

# LES INTOX DU TRAITÉ SUR LA CHARTE DE L'ÉNERGIE

UN GUIDE POUR CITOYENS, MILITANTS, JOURNALISTES  
ET DÉCIDEURS POLITIQUES



## Les intox du Traité sur la Charte de l'Énergie Un guide pour citoyens, militants, journalistes et décideurs politiques

Publié par PowerShift, Corporate Europe Observatory (CEO) et le Transnational Institute (TNI)

Berlin, Bruxelles, Amsterdam, février 2021

Co-publié par : 11.11.11, Acción Ecológica, AITEC, ATTAC Austria, ATTAC France, Both ENDS, Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland (BUND), Campaña No a los Tratados de Comercio e Inversión España, Center for Energy, Ecology and Development (CEED), Chile Sustentable, CNCD, Ecologistas en Acción, Entraide et Fraternité, Focus on the Global South, Forum Umwelt & Entwicklung, Amis de la Terre Europe, Handel Anders! Coalitie, Observatorio Latinoamericano de Conflictos Ambientales, Plataforma TROCA, Plateforme "América Latina mejor sin TLCs", Internationale des Services Publics, SEATINI, Réseau Seattle to Brussels, SOMO, Umanotera, War on Want.

Auteurs : Fabian Flues, Pia Eberhardt et Cecilia Olivet

Traduction: Clémence Hutin

Relecture : Paula Dobbyn et Lora Verheecke pour la version française

Mise en page : Maria Chevalier

Remerciements : Nous remercions entre autres Luciana Ghiotto, Faith Lumonya, Cornelia Maarfield, Kyla Tienhaara et Yamina Saheb, qui ont contribué à ce texte par leurs discussions et leurs précieux commentaires. Nous remercions aussi Lucia Barcena pour son travail de recherche.

Le contenu de ce rapport peut être cité ou reproduit à des fins non commerciales à condition d'en préciser la source.



# TABLE DES MATIÈRES

<b>PARTIE 1</b>	
<b>INTRODUCTION</b>	4
<b>PARTIE 2</b>	
<b>UN ACCORD DE PLUS EN PLUS POLÉMIQUE</b>	5
<b>PARTIE 3</b>	
<b>LES PARTISANS DU TCE</b>	7
<b>PARTIE 4</b>	
<b>REPONDRE AUX PRINCIPAUX ARGUMENTS EN FAVEUR DU TCE</b>	9
<b>Intox 1.</b> Le TCE accroît les investissements étrangers	10
<b>Intox 2.</b> Le TCE promeut l'état de droit	11
<b>Intox 3.</b> Le TCE est la seule façon de protéger les investisseurs dans le secteur de l'énergie à l'étranger, en particulier dans les pays où les systèmes judiciaires sont faibles	12
<b>Intox 4.</b> Les États gagnent la majeure partie des poursuites dans le cadre du TCE	13
<b>Intox 5.</b> Les investisseurs gagnent moins d'argent qu'ils ne prétendent	14
<b>Intox 6.</b> Le TCE est utilisé par des petites et moyennes entreprises (PME) le plus souvent	15
<b>PARTIE 5</b>	
<b>INTOX : LE TCE AIDERAIT À LUTTER CONTRE LE CHANGEMENT CLIMATIQUE</b>	17
<b>Intox 7.</b> Grâce au TCE, il y aura plus d'argent pour les énergies renouvelables	18
<b>Intox 8.</b> Le TCE ne favorise pas les énergies fossiles — il protège toutes les énergies de façon égale	19
<b>Intox 9.</b> Le TCE protège le climat en tenant les gouvernements responsables de leurs engagements envers les énergies renouvelables	20
<b>Intox 10.</b> De nombreux investisseurs dans les énergies renouvelables ont été lésés en Espagne et ailleurs — le TCE est la seule manière de garantir leur accès à la justice	21
<b>PARTIE 6</b>	
<b>INTOX : LA MODERNISATION DU TCE RÉGLERAIT SES PROBLÈMES</b>	23
<b>Intox 11.</b> La modernisation va aligner le TCE sur les objectifs climatiques	24
<b>Intox 12.</b> Intégrer le "droit des États de réglementer" dans le TCE va empêcher les investisseurs d'attaquer les politiques publiques	25
<b>Intox 13.</b> La modernisation va aligner le TCE sur la politique d'investissement européenne	27
<b>Intox 14.</b> Quitter le TCE n'est pas une option, chaque pays quittant la Charte court le risque de poursuites judiciaires pendant 20 ans — il vaut mieux s'y impliquer	28
<b>Intox 15.</b> Nous ne pouvons pas abandonner le TCE car il faut défendre le multilatéralisme	29
<b>PARTIE 7</b>	
<b>INTOX : REJOINDRE LE TCE BÉNÉFICIERAIT LES PAYS DU SUD</b>	31
<b>Intox 16.</b> Le TCE permet d'accéder aux services d'énergie modernes et réduit la précarité énergétique	32
<b>Intox 17.</b> Devenir membre du TCE permet aux pays de participer aux décisions dans le domaine de l'énergie	33
<b>Intox 18.</b> Les ONG n'ont pas à dire aux États de ne pas rejoindre le TCE	34
<b>PARTIE 8</b>	
<b>6 RAISONS DE QUITTER OU DE NE PAS REJOINDRE LE TCE</b>	36
<b>PARTIE 9</b>	
<b>RESSOURCES CLÉS</b>	37

# INTRODUCTION

Cinq ans après la signature de l'Accord de Paris, un autre traité international peu connu crée la controverse : le Traité sur la Charte de l'Énergie (TCE). Le TCE est l'antithèse de l'Accord de Paris, permettant aux entreprises d'énergies fossiles de poursuivre des États en justice du fait de leurs politiques climatiques, au lieu de renforcer l'action climatique internationale.

Le TCE a été signé il y a plus de deux décennies sans véritable débat public. Il protège tous les investissements dans le secteur de l'énergie, y compris les mines de charbon, les champs pétrolifères et les gazoducs. Toute action gouvernementale qui nuirait aux bénéfices d'une entreprise découlant de ces investissements peut être contestée en dehors des tribunaux existants, devant des tribunaux internationaux composés de trois avocats privés. Les gouvernements peuvent être contraints de payer d'énormes sommes en dédommagements s'ils perdent une poursuite basée sur le TCE. La société pétrolière et gazière Rockhopper par exemple, poursuit l'Italie suite à son interdiction de nouveaux forages pétroliers en mer. La société de charbon RWE poursuit les Pays-Bas pour sa sortie du charbon. Plusieurs pays d'Europe de l'Est ont été poursuivis pour avoir fait baisser les prix de l'électricité, ayant ainsi réduit les bénéfices des entreprises du secteur. Ces poursuites démontrent comment le TCE peut aussi être utilisé pour attaquer les politiques visant à réduire la précarité énergétique.

Les menaces que le TCE fait peser sur l'action climatique a poussé la Commission européenne à le qualifier de « dépassé » et de « non-durable ». Des parlementaires de toute l'Europe ont appelé les États membres de l'UE à se retirer conjointement du TCE, s'il continue de protéger les énergies polluantes. Suite aux premières poursuites dans le cadre du TCE, l'Italie a déjà quitté l'accord.

Mais de puissants intérêts s'apprêtent à défendre le traité — et même à l'étendre à de nouveaux États signataires, en particulier en Afrique, en Asie et en Amérique latine. Ces intérêts incluent le lobby des énergies fossiles, qui tient à conserver ses puissants privilèges juridiques, les avocats remportant des millions grâce aux affaires du TCE, et le secrétariat du TCE, ayant des liens étroits avec ces deux industries, et dont la survie dépend de la perpétuation du traité — et la liste se poursuit.

Dans un contexte de polémique grandissante, ce guide a pour but d'aider les militants, citoyens, journalistes et décideurs politiques à contrer la propagande en faveur du TCE. Il liste les partisans du TCE et leurs arguments, et propose des contre-argumentaires, références à l'appui.

Alors que nous sommes à un moment crucial pour prévenir une catastrophe climatique et garantir la possibilité de légiférer dans l'intérêt général, un accord dépassé nuisant à l'action climatique et au droit des gouvernements d'agir dans l'intérêt de leurs citoyens doit être aboli. Le TCE doit disparaître — ce qui nécessite une action politique et collective et des arguments pertinents.

# UN ACCORD DE PLUS EN PLUS POLÉMIQUE

Le Traité sur la Charte de l'Énergie (TCE) est un accord international de 1994 régulant le secteur de l'énergie, accordant des droits spéciaux aux investisseurs et un accès aux tribunaux d'arbitrage. Ses membres comprennent 53 pays d'Europe de l'Ouest et de l'Est, d'Asie centrale et occidentale, le Japon, la Jordanie et le Yémen<sup>1</sup>, ainsi que l'Union européenne (UE) et la Communauté européenne de l'énergie atomique (EURATOM).

Le TCE comprend de nombreuses règles — y compris sur le transit et le commerce de l'énergie — mais les dispositions relatives aux protections des investissements étrangers dans le secteur de l'énergie en sont la pierre angulaire. Ces dispositions donnent des pouvoirs étendus aux investisseurs étrangers dans le secteur de l'énergie, y compris le privilège de poursuivre des gouvernements en dehors des tribunaux existants, dans le cadre de tribunaux internationaux composés de trois avocats privés, des arbitres. Dans le cadre de ces tribunaux, les entreprises peuvent réclamer des dédommagements importants à des gouvernements si elles estiment que des mesures publiques ont nui à leurs investissements. Les entreprises peuvent alors réclamer non seulement l'argent investi mais aussi des bénéfices escomptés, et des intérêts supplémentaires. Ainsi les États peuvent être contraints de payer d'énormes sommes en dommages et intérêts s'ils perdent une affaire (voir encadré 1).

## ENCADRÉ 1

### Quelques poursuites clés d'investisseurs contre les États dans le cadre du TCE

**Les entreprises s'opposent à la protection de l'environnement — Vattenfall v. l'Allemagne 1 & 2 :** En 2009, la société énergétique suédoise Vattenfall a poursuivi l'Allemagne, réclamant 1,4 milliard d'euros de compensation pour les normes environnementales s'appliquant à l'une de ses centrales électriques au charbon. Le cas a été réglé en 2011 suite à l'accord du gouvernement local d'assouplir les restrictions, aggravant les impacts environnementaux de l'usine sur l'Elbe, ses stocks de poissons et sa vie aquatique.<sup>2</sup> En 2012, Vattenfall a intenté une nouvelle action en justice, réclamant 6,1 milliards d'euros (intérêts compris) pour la perte de profits liés à deux de ses réacteurs nucléaires. Cette affaire, toujours en cours, conteste la décision de l'Allemagne d'accélérer sa sortie du nucléaire. En septembre 2020, l'affaire avait déjà coûté 22 millions d'euros en frais de défense juridique aux contribuables allemands.<sup>3</sup>

**Les entreprises s'opposent aux interdictions de forage pétrolier — Rockhopper v. Italie :** En 2017, la société pétrolière et gazière britannique Rockhopper a poursuivi le gouvernement italien pour son refus d'accorder des concessions pour le forage pétrolier en mer Adriatique. Le refus s'explique par l'interdiction de nouvelles opérations pétrolières et gazières à proximité des côtes du pays par le Parlement italien en raison de préoccupations environnementales, de risques de tremblement de terre et d'impacts sur le tourisme et la pêche.<sup>4</sup> Rockhopper réclame jusqu'à 350 millions de dollars, soit sept fois le montant réellement dépensé pour développer le projet. De façon surprenante, la poursuite a été lancée 16 mois après la sortie de l'Italie du TCE,<sup>5</sup> le traité protégeant les investissements pendant 20 ans après le retrait d'un pays.<sup>6</sup>

**Les entreprises s'opposent à l'action climatique — Vermilion v. France et RWE v. Pays-Bas :** En 2017, la société pétrolière et gazière canadienne Vermilion a menacé de poursuivre la France en vertu du TCE pour un projet de loi visant à mettre fin à l'extraction d'énergies fossiles sur le territoire français, y compris en Outre-mer, d'ici 2040.<sup>7</sup> La menace de poursuites a potentiellement contribué à édulcorer la loi, dont la version finale permet le renouvellement des permis d'exploitation après cette date.<sup>8</sup> L'entreprise énergétique allemande RWE utilise une poursuite TCE pour s'opposer à la transition aux énergies renouvelables. En février 2021, RWE a déposé une demande d'arbitrage contre les Pays-Bas du fait d'une loi interdisant l'utilisation du charbon pour la production d'électricité d'ici 2030. La société réclame 1,4 milliard d'euros de dédommagement.<sup>9</sup>

Alors que le TCE et ceux qui en profitent ont longtemps échappé à l'attention du grand public, la vigilance s'est accrue ces dernières années. Des experts, syndicats, ONG environnementales et associations travaillant sur le commerce appellent les membres du TCE à se retirer de l'accord, un « traité dépassé risquant de saper les mesures climatiques nécessaires. »<sup>10</sup> La Commission européenne a qualifié le TCE de « dépassé », « ni durable, ni adapté aux défis actuels. »<sup>11</sup> Des décideurs dans toute l'Europe ont exigé une réécriture fondamentale de l'accord — ou son abandon.<sup>12</sup> À la suite des premières poursuites dans le cadre du TCE, l'Italie s'est retirée de l'accord en décembre 2014.<sup>13</sup>

Dans un contexte de controverse grandissante, les États membres du TCE ont approuvé en novembre 2018 une liste de points pour « moderniser » l'accord.<sup>14</sup> Des négociations sont en cours depuis 2020 et devraient durer plusieurs années. Tous les membres du TCE doivent accepter de réformer le traité, cependant plusieurs d'entre eux s'interrogent sur la nécessité même de tout changement (voir la partie 6 pour plus d'informations).

Dans le même temps, les partisans du TCE travaillent discrètement à augmenter le nombre de pays membres en Afrique, en Asie et en Amérique latine. En conséquence, de nombreux pays devraient rejoindre le TCE, accordant des privilèges extrêmes aux investisseurs : le Pakistan, le Burundi, l'Eswatini (anciennement Swaziland) et la Mauritanie (en processus de ratification du TCE), l'Ouganda (qui pourrait être le prochain pays invité à devenir membre), ainsi que le Bangladesh, le Tchad, la Chine, la Gambie, le Maroc, le Niger, le Nigéria, le Panama, le Sénégal et la Serbie (que le secrétariat du TCE soutient dans ses rapports d'adhésion). Dans son programme de travail de 2020, le secrétariat envisageait également des activités de sensibilisation visant le Kenya, l'Iran et la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO), et souhaitait cibler les pays d'Asie du Sud-Est en particulier.<sup>15</sup> (Voir la partie 7 pour plus d'informations sur l'expansion).

Ce processus est mené par le secrétariat du TCE principalement, et par ceux qui génèrent des profits grâce aux poursuites d'investisseurs au titre de l'accord : les grandes sociétés de l'énergie et les avocats spécialistes en arbitrage d'investissement. Ce guide examine de plus près les bénéficiaires du TCE dans la partie suivante.

## ENCADRÉ 2

### Le TCE en chiffres<sup>16</sup>

- Aucun accord de commerce et d'investissement dans le monde n'a déclenché autant de poursuites entre investisseurs et États que le TCE. En octobre 2020, le secrétariat du TCE a répertorié **134** réclamations d'entreprises. Les procédures pouvant être tenues secrètes, le nombre réel de plaintes est probablement plus élevé.
- Le nombre de poursuites d'investisseurs dans le cadre du TCE a explosé ces dernières années. Alors que **19** affaires seulement avaient été enregistrées au cours des dix premières années de l'accord (1998-2007), **102** poursuites auraient été intentées au cours de la dernière décennie (2010-2019), soit une augmentation de **437%** du nombre de poursuites connues. Cette tendance devrait se poursuivre.
- Un grand nombre de poursuites TCE connues, **66%**, ont été intentées par un investisseur d'un État membre de l'UE contre le gouvernement d'un autre membre de l'UE, réclamant d'importantes sommes d'argent public, qui ne pourraient sans doute pas être réclamées via le système juridique de l'UE.
- **60%** des affaires TCE connues, tranchées avant octobre 2020, bénéficiaient aux investisseurs soit sous la forme d'un règlement (**12%**) soit d'une décision en faveur de l'investisseur (**48%**).<sup>17</sup>
- Dans le cadre du TCE, les gouvernements ont été condamnés ou ont accepté de payer plus de **52 milliards de dollars** d'argent public en dommages et intérêts — plus que l'investissement annuel nécessaire pour financer l'accès à l'énergie à tous dans le monde.<sup>18</sup>
- Les poursuites TCE, pour lesquelles ces informations sont disponibles (seulement 25 cas sur 52), ont une valeur collective de **28 milliards de dollars**, soit le coût annuel de l'adaptation au changement climatique sur le continent africain.<sup>19</sup>
- Les frais juridiques des affaires s'élèvent en moyenne à **4,9 millions de dollars** pour les États poursuivis et à **6 millions de dollars** pour les investisseurs<sup>20</sup>, mais ils peuvent être beaucoup plus élevés. Dans les affaires TCE liées au démantèlement de l'ancien géant pétrolier Yukos, aujourd'hui disparu, ils ont atteint **124 millions de dollars**, dont la Russie a dû payer près de **103 millions de dollars**.<sup>21</sup>

# LES PARTISANS DU TCE

De manière générale, les partisans du TCE se divisent en quatre groupes : premièrement, le secrétariat du TCE, ayant des liens étroits avec les avocats spécialisés en arbitrage d'investissement et les multinationales de l'énergie, sa survie dépendant de l'existence du TCE ; deuxièmement, les avocats et les arbitres gagnant de belles sommes grâce aux procès du TCE ; troisièmement, les multinationales de l'énergie qui peuvent utiliser le traité pour obtenir d'importantes sommes d'argent public et faire pression contre des réglementations qui réduiraient leurs bénéfices ; et enfin, les gouvernements ou plutôt, certaines parties des gouvernements comme les ministères de l'énergie et de l'industrie, qui défendent trop souvent les intérêts des entreprises investissant à l'étranger.

Confrontés à des critiques de plus en plus fortes contre le TCE, de la part de parlements et du grand public, les partisans du traité ont compris qu'il était difficile de défendre le statu quo. Leur objectif est désormais de maintenir, voire d'augmenter la portée du TCE, tout en permettant des changements superficiels pour apaiser les critiques.



## Le secrétariat du TCE

Basé à Bruxelles, le secrétariat du TCE a été créé au milieu des années 1990. Aujourd'hui, il compte environ 25 employés permanents<sup>22</sup> et son budget annuel de 4 millions d'euros est largement financé par l'UE et ses États membres.<sup>23</sup>

Sans le TCE, le secrétariat perdrait sa raison d'être. Cet intérêt intrinsèque à l'existence du TCE remet en question la neutralité du secrétariat. Pour survivre, le secrétariat a joué un rôle actif pour faciliter — et donc façonner — le processus de « modernisation » du traité dépassé.<sup>24</sup> Dans le même temps, il a été l'organe le plus actif pour promouvoir l'adhésion de nouveaux États au TCE.<sup>25</sup> Plus récemment, il a qualifié le TCE de « complément de l'Accord de Paris »<sup>26</sup> et a tenté de changer l'image de plus en plus négative du TCE.<sup>27</sup>

Le secrétariat a également promu le traité comme un moyen pour les investisseurs d'être compensés pour la sortie progressive des énergies fossiles,<sup>28</sup> tout en maintenant des liens étroits avec les multinationales de l'énergie et les cabinets d'avocats profitant largement du TCE.

## Cabinets d'avocats et arbitres

Les avocats et les arbitres bénéficient financièrement des poursuites d'investisseurs en vertu du TCE. Dans l'affaire *Stati v. Kazakhstan* par exemple, l'arbitre agissant en tant que président a touché 400 000 euros, et les deux arbitres ont touché 200 000 euros chacun.<sup>29</sup> Si ces montants paraissent exorbitants, ils sont en fait relativement faibles par rapport aux frais des cabinets d'avocats. Par exemple, dans l'affaire opposant Khan Resources à la Mongolie, l'investisseur aurait versé près de 7 millions de dollars de frais juridiques au cabinet d'avocats Crowell & Moring. Les arbitres ont ordonné à l'État de couvrir ces frais.<sup>30</sup>

Un petit groupe d'arbitres et de cabinets d'avocats tire profit des poursuites liées au TCE. Fin 2017, 25 arbitres avaient rendu des décisions dans 44% des affaires TCE. Cinq cabinets d'avocats prestigieux sont impliqués à eux seuls dans près de la moitié des affaires connues.<sup>31</sup>

Il n'est pas surprenant que les avocats impliqués dans les affaires TCE défendent souvent le traité. Un exemple est la Fédération européenne pour le droit des investissements et l'arbitrage (EFILA), un lobby défendant l'arbitrage, dont les membres incluent des cabinets d'avocats tels que King & Spalding (impliqué dans 22 affaires TCE), Allen & Overy (impliqué dans 18 affaires TCE), Mannheimer Swartling (5 affaires TCE), et qui compte parmi

les membres de son conseil d'administration des représentants de Luther (3 affaires TCE) et Cuatrecasas (9 affaires TCE).<sup>32</sup> Le lobby a tout fait pour défendre le TCE<sup>33</sup>, en publiant notamment des documents détaillés en réponse à des publications critiques.<sup>34</sup>

Certains des cabinets d'avocats les plus souvent impliqués dans des affaires TCE sont également membres de son groupe de travail consultatif juridique, qui soutient « le travail du secrétariat de la Charte de l'Énergie pour discuter d'améliorations aux mécanismes de règlement des différends dans le cadre du Traité sur la Charte de l'Énergie. »<sup>35</sup> Les deux-tiers des avocats du groupe de travail ont un intérêt financier aux poursuites d'investisseurs visant des États, beaucoup étant fondées sur le TCE.<sup>36</sup> Ce groupe consultatif donne à des avocats ayant intérêt à maintenir les privilèges des investisseurs un moyen d'influencer le secrétariat et les États membres du TCE directement.

## Multinationales de l'énergie

En fin de compte, les principaux bénéficiaires du TCE sont les entreprises dans le secteur de l'énergie. Elles sont les seules à pouvoir engager des poursuites et récolter des dédommagements valant des millions ou des milliards d'euros d'argent public, ainsi que des victoires telles que l'affaiblissement de réglementations environnementales.

Même si les multinationales de l'énergie évitent de s'exprimer publiquement sur le TCE, elles font pression en coulisses. Des entreprises comme Shell, BP, Enel, Union Fenosa, Abengoa et Uniper font partie du groupe consultatif de l'industrie du TCE.<sup>37</sup> En 2019, ce comité consultatif a confirmé que dans le cadre du TCE, « l'industrie est régulièrement consultée sur des questions importantes, et son avis est pris en considération lors de discussions sur les priorités. »<sup>38</sup> Les termes de référence définissant le travail du groupe révèlent comment ses perspectives et opinions visent à façonner le travail du secrétariat et influencer les discussions entre membres du TCE.<sup>39</sup>

Les investisseurs conseillant le secrétariat soutiennent la modernisation du TCE à condition que cela augmente leur pouvoir, par exemple en « étendant la protection des investissements à la phase de pré-investissement », <sup>40</sup> ce qui permettrait aux investisseurs d'engager des poursuites avant même qu'un projet ne soit initié. Ils demandent aussi que « les dispositions du TCE relatives à l'expropriation et aux procédures de dédommagements équitables (...) ne soient diluées d'aucune façon. »<sup>41</sup> De plus, l'industrie fait valoir « qu'une définition ou des mesures supplémentaires pour protéger le "droit des États de réglementer" ne semble pas nécessaire. »<sup>42</sup> Les réformes proposées par les multinationales de l'énergie rendraient ainsi le traité encore plus dangereux pour les citoyens, l'environnement et la démocratie.

## Gouvernements

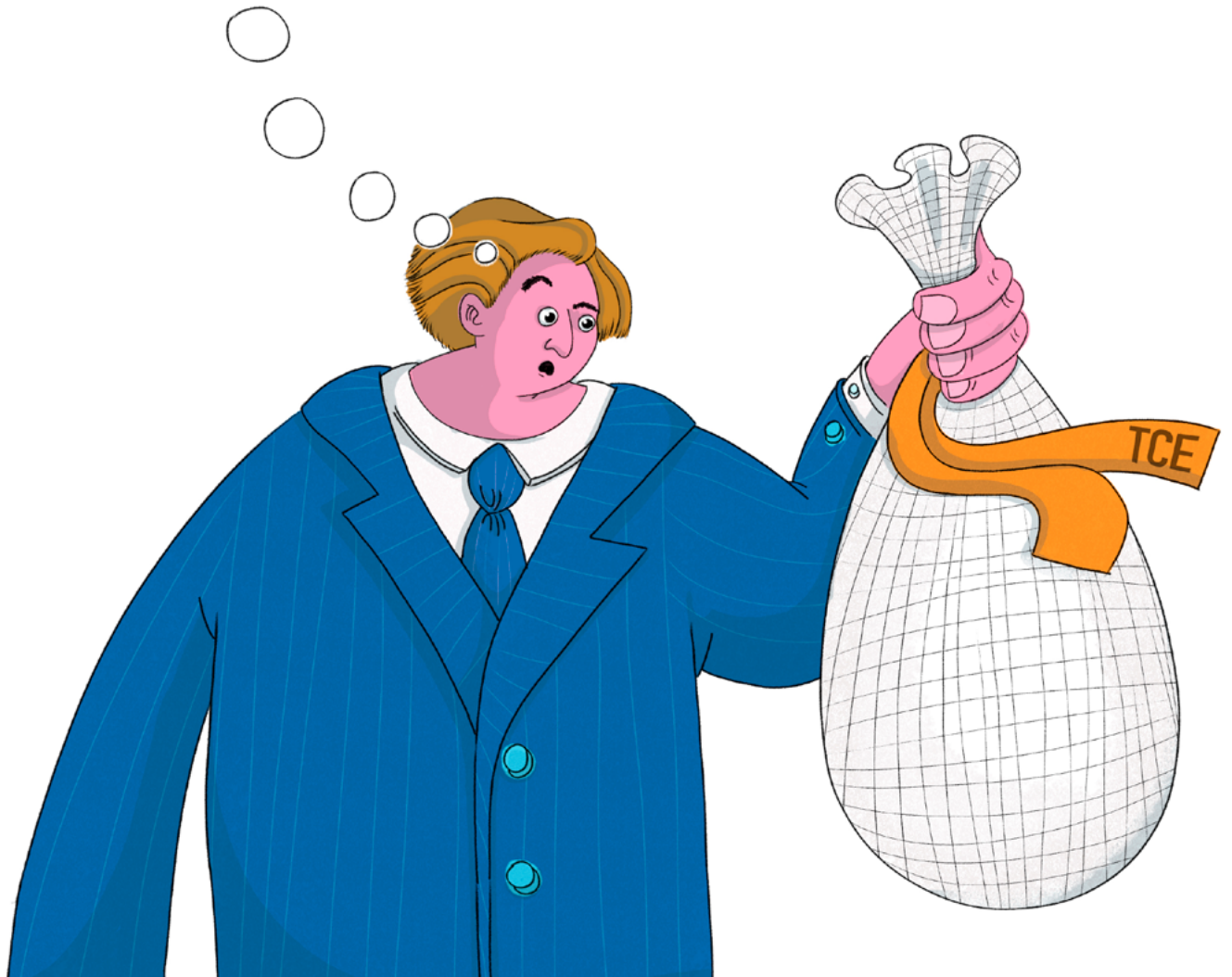
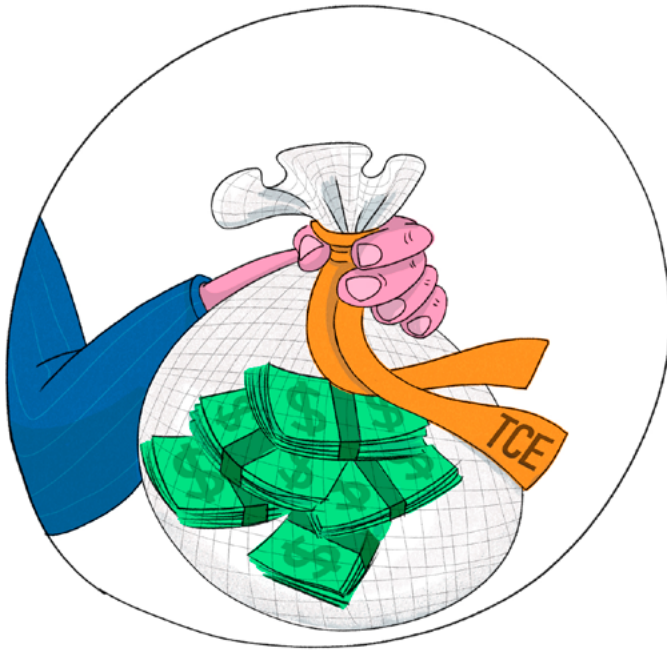
Les États sont les signataires du TCE. Ils ont le pouvoir de maintenir, modifier ou mettre fin au traité. Actuellement, aucun État membre ne semble souhaiter y mettre fin. Les ministères de l'économie sont souvent particulièrement favorables au maintien d'un traité donnant aux investisseurs nationaux un outil puissant pour faire des bénéfices à l'étranger. Néanmoins, les gouvernements ont des vues divergentes sur l'avenir du TCE.

D'une part, le Japon, avec le soutien de pays exportateurs d'énergie comme le Kazakhstan, a fermement défendu le statu quo et rejette toute modification majeure du TCE.<sup>43</sup> En revanche, la Commission européenne et les États membres de l'UE cherchent à réformer le traité pour justifier leur appartenance à un accord qu'ils ont jugé « dépassé ». <sup>44</sup> C'est pourquoi les gouvernements de l'UE sont la force motrice des négociations sur la modernisation.

Face à une opposition croissante au traité, venant des députés européens en particulier,<sup>45</sup> la Commission européenne sait qu'elle doit présenter des résultats des négociations de modernisation, afin que le TCE paraisse compatible avec l'Accord de Paris et le Pacte Vert européen. Il existe cependant un grand risque que des réformes mineures du TCE soient approuvées et présentées comme des changements majeurs réglant tous ses aspects problématiques.



# *REPONDRE AUX PRINCIPAUX ARGUMENTS EN FAVEUR DU TCE*



# Intox 1



Le TCE accroît les investissements étrangers!



## Réalité

*Rien n'indique que le TCE augmente les investissements. Ni les analystes, ni les investisseurs, ni les représentants du gouvernement ne considèrent les traités d'investissement comme des facteurs importants dans les décisions d'investissement.*

“ L'un des principaux objectifs du Traité est de créer le climat de prévisibilité nécessaire pour attirer le secteur privé. ”

Site internet géré par le secrétariat du TCE<sup>46</sup>

“ En réduisant les risques politiques auxquels sont confrontés les investisseurs étrangers dans un pays hôte, le Traité vise à renforcer la confiance des investisseurs et à contribuer à augmenter les flux d'investissements internationaux. ”

Site internet géré par le secrétariat TCE<sup>47</sup>

Il n'existe aucune preuve claire que des accords d'investissement comme le TCE augmentent les investissements. L'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) conclut dans une étude des données disponibles qu'il n'y a **aucune preuve empirique que la protection des investissements augmente les investissements directs étrangers (IDE)**.<sup>48</sup> Cela a été confirmé par une méta-analyse récente de 74 études universitaires, concluant que les accords d'investissement «ont un effet si faible sur l'IDE qu'il est considéré comme négligeable ou nul.»<sup>49</sup> L'existence d'accords d'investissement ne fait pas partie des 167 critères que Bloomberg New Energy Finance utilise pour évaluer l'attractivité d'un pays pour les investissements dans les énergies renouvelables,<sup>50</sup>

tandis que les pays qui n'ont jamais signé ou qui ont récemment mis fin à des traités d'investissement sont classés comme offrant les meilleures opportunités pour les investisseurs dans les énergies renouvelables.<sup>51</sup> Les gouvernements ont également commencé à prendre conscience que **la promesse d'attirer des IDE par le biais de traités d'investissement n'a pas été tenue**. À la suite de l'annulation par l'Afrique du Sud de certains traités bilatéraux d'investissement (TBI), des traités internationaux avec des privilèges pour les investisseurs similaires au TCE, un responsable politique a expliqué : « L'Afrique du Sud n'attire pas d'IDE importants venant des nombreux partenaires avec lesquels nous avons des TBI, et continue dans le même temps d'attirer des investissements de pays avec lesquels nous n'avons pas signé de TBI. En bref, les TBI n'ont pas été décisifs pour attirer des investissements en Afrique du Sud. »<sup>52</sup> Cela a été le cas dans d'autres pays. En Indonésie, les investissements étrangers en provenance des Pays-Bas ont même augmenté suite à la décision du pays de mettre fin à ses traités d'investissement avec les Pays-Bas et d'autres pays.<sup>53</sup> L'Équateur est parvenu à la même conclusion suite à une étude approfondie.<sup>54</sup> Et le Brésil reçoit le plus grand nombre d'IDE en Amérique latine<sup>55</sup> bien qu'il soit l'un des rares pays à n'avoir jamais ratifié un traité autorisant des procédures d'arbitrage entre investisseurs et États.

Des études suggèrent que **de nombreux investisseurs ne sont même pas conscients de l'existence de traités d'investissement** lorsqu'ils décident d'investir dans un pays. S'ils en étaient conscients, les traités ne représenteraient pas un facteur important dans leur prise de décision.<sup>56</sup> Pour les investissements dans l'énergie éolienne dans les pays en développement en particulier, des études ont montré que le contexte législatif (comme la possibilité d'accès au réseau électrique) et les facteurs économiques (comme les tarifs de rachat) étaient les facteurs les plus importants pour attirer les investissements directs étrangers, tandis que les accords d'investissement ne figuraient pas parmi les facteurs énumérés.<sup>57</sup>

# Intox 2



Le TCE promet  
l'état de droit !



## Réalité

*Le TCE porte atteinte à l'état de droit. Il soutient un système juridique opaque et biaisé, accessible uniquement aux investisseurs étrangers, et peut saper des systèmes judiciaires fondés sur l'état de droit.*

“ L'objectif fondamental du Traité sur la Charte de l'Énergie est de renforcer le respect du droit dans le domaine de l'énergie, en créant des règles du jeu équitables, devant être respectées par tous les gouvernements participants. ”

Site internet géré par le secrétariat du TCE<sup>58</sup>

“ Le Traité sur la Charte de l'Énergie... s'efforce d'être un outil utile pour promouvoir l'équité et l'état de droit dans le secteur de l'énergie. ”

Urban Rusnák, secrétaire général du TCE<sup>59</sup>

communautés affectées ne peuvent pas y déposer de réclamations. Comme l'écrivait Joseph Stiglitz, lauréat du prix Nobel d'économie, dans une lettre ouverte : « Pour protéger et faire respecter l'état de droit, nos idéaux d'équité et de justice doivent s'appliquer dans toutes les situations et de manière égale pour tous. Le règlement des différends entre investisseurs et États, en revanche, est un système fondé sur un différentiel d'accès. »<sup>61</sup>

**b) est très opaque, truffé de conflits d'intérêts et en contradiction flagrante avec le principe de l'indépendance judiciaire.** Il n'y a aucune obligation dans le TCE de publier les poursuites ou les procédures. Le secrétariat du TCE lui-même n'a pas connaissance de toutes les affaires, car elles peuvent être tenues secrètes.<sup>62</sup> Les arbitres tranchant les affaires sont fortement incités à interpréter les dispositions des traités au sens large et en faveur des investisseurs étrangers, car une interprétation favorable aux investisseurs signifiera plus de nominations, de pouvoir et de bénéfices financiers pour eux à l'avenir. La pratique de la double casquette — les mêmes personnes agissant comme arbitres et conseils dans différentes affaires — crée d'autres conflits d'intérêts, car un arbitre pourrait interpréter le TCE de manière avantageuse pour lui-même et ses clients dans d'autres affaires.<sup>63</sup>

Les caractéristiques du système de règlement des différends du TCE vont à l'encontre des normes fondamentales de l'état de droit — que le traité favorise selon les partisans du TCE.

**2. Le TCE n'oblige pas les investisseurs à porter leurs réclamations devant les tribunaux nationaux en premier lieu,** une exigence générale dans d'autres domaines du droit international comme par exemple les droits de l'homme. En donnant à quelques uns des acteurs les plus puissants de la société un espace

spécifique pour leurs plaintes, le système d'arbitrage n'incite pas les États à améliorer leurs systèmes juridiques nationaux.<sup>64</sup> Des études ont montré que dans certains cas, les traités d'investissement avaient même un impact négatif sur les institutions juridiques nationales.<sup>65</sup>

**3. Le TCE est principalement utilisé pour poursuivre des pays dotés de systèmes juridiques solides.** Plus des deux-tiers des affaires TCE ont été déposées contre l'Union européenne et ses États membres.<sup>66</sup> Cela montre comment les investisseurs étrangers contournent des systèmes judiciaires nationaux fondés sur l'état de droit, optant pour un espace leur étant plus favorable. La Cour de justice de l'Union Européenne a tranché dans une décision historique que les poursuites d'investisseurs entre États membres de l'UE étaient illégales, car elles portent atteinte à l'ordre juridique de l'Union européenne.<sup>67</sup>

## Intox 3



Le TCE est la seule façon de protéger les investisseurs dans le secteur de l'énergie à l'étranger, en particulier dans les pays où les systèmes judiciaires sont faibles !



## Réalité

“ La philosophie sous-jacente du TCE est que dans un différend entre l'État et un investisseur étranger, les tribunaux nationaux font partie de l'État — le Traité constitue donc le seul espace neutre possible pour régler des différends. ”

Thomas Wälde, professeur de droit, avocat, arbitre et expert en procédures du TCE<sup>68</sup>

“ L'arbitrage est depuis longtemps le mécanisme privilégié pour garantir aux investisseurs qu'ils soient protégés d'une éventuelle partialité pro-étatique dans les tribunaux. ”

Andrei V. Belyi, ancien membre du secrétariat du TCE<sup>69</sup>

“ Il peut être difficile de faire en sorte que l'état de droit soit appliqué par les tribunaux nationaux dans certains pays... de manière impartiale et indépendante. ”

Lobby sur l'arbitrage d'investissement EFILA<sup>70</sup>

*Les investisseurs ont de nombreuses options pour protéger leurs investissements à l'étranger, mais le TCE est la plus attrayante car elle peut rapporter gros. Dans tous les cas, les pays dont le système judiciaire est faible ne sont pas la principale cible des poursuites des investisseurs.*

Les investisseurs étrangers ont un grand nombre d'options pour se protéger et réclamer leurs droits :

**1. Les investisseurs étrangers ont le droit de réclamer des dédommagements pour des actes répréhensibles présumés dans les tribunaux du pays hôte** — comme tout le monde. Lorsque Vattenfall était mécontent de la sortie du nucléaire en Allemagne, par exemple, l'entreprise a poursuivi le gouvernement devant la plus haute cour du pays. Cette dernière a estimé que la sortie du nucléaire de l'Allemagne était constitutionnelle, mais a statué que Vattenfall et d'autres avaient droit à une compensation financière limitée pour certaines actions gouvernementales liées à cette décision.<sup>71</sup> Malgré cela, Vattenfall a maintenu une poursuite parallèle dans le cadre du TCE, réclamant

6,1 milliards d'euros (voir encadré 1) — faisant sans doute le pari d'un plus gros gain que ne le permettrait la loi allemande. Alors que la constitution allemande ne considère pas les bénéfices futurs comme des biens protégés, les tribunaux TCE compensent souvent les investisseurs pour les bénéfices hypothétiques qu'un investissement aurait pu générer (voir l'intox 5).

## 2. Les investisseurs ont de nombreuses options supplémentaires pour se protéger :

- a) une assurance « risque politique » privée peut protéger les investisseurs contre des risques tels que la confiscation, la nationalisation et l'annulation de contrats ;
- b) l'Agence multilatérale de garantie des investissements (AMGI) de la Banque mondiale fournit des garanties aux investisseurs pour les pertes causées par des risques tels que l'expropriation, l'inconvertibilité monétaire, les transferts de devises, la guerre civile ou les troubles publics ;
- c) des assurances proposées par le pays d'origine de l'investisseur. La plupart des pays qui exportent des capitaux fournissent une assurance aux entreprises qui investissent à l'étranger, similaire à celle proposée par la Banque mondiale.<sup>72</sup>

3. En règle générale, **un investisseur peut négocier l'accès à l'arbitrage investisseur-État dans des contrats avec l'État hôte relatifs à un projet d'investissement spécifique.** Le gouvernement peut alors évaluer si cette possibilité est justifiée pour l'investissement spécifique, au lieu de signer un chèque en blanc à tous les investisseurs étrangers des plus de 50 États signataires du TCE.

Quoi qu'il en soit, les pays dont le système judiciaire est faible ne sont pas la cible principale des affaires du TCE (ou d'autres traités d'investissements). À l'échelle mondiale, **la plupart des poursuites entre investisseurs et États sont intentées contre des pays démocratiques dotés d'un solide état de droit.** Une étude de 2014 a révélé qu'à partir du milieu des années 1990, la plupart des « arbitrages en matière d'investissement ont été intentés contre des gouvernements affichant, en moyenne, un niveau relativement élevé de développement démocratique et d'état de droit. »<sup>73</sup> C'est également le cas du TCE. Plus des deux-tiers des affaires du TCE connues ont été déposées contre l'Union européenne et ses États membres.<sup>74</sup> Cela démontre que le TCE n'est pas un outil d'accès à la justice dans les pays aux systèmes juridiques faibles, mais plutôt un moyen sûr d'obtenir de l'argent (voir les intox 2 et 5).

Point important, **il n'y a pas non plus de preuve solide de partialité systématique contre les investisseurs étrangers** qui justifierait l'existence de tribunaux spéciaux à leur disposition. Au contraire, une étude sur le traitement des investisseurs étrangers dans les pays en développement a révélé que les relations des entreprises étrangères avec les gouvernements hôtes « ont tendance à être aussi bonnes, voire meilleures, que celles rapportées par leurs homologues nationaux. »<sup>75</sup> Les pays à faible revenu affichent le meilleur traitement des investisseurs étrangers par rapport aux investisseurs nationaux — ces mêmes pays ayant un système juridique prétendument faible. Comme le concluent les auteurs de l'étude : « Être une entreprise étrangère est un avantage politique, plutôt qu'un risque. »<sup>76</sup>

# Intox 4



Les États gagnent la majeure partie des poursuites dans le cadre du TCE



## Réalité

*La majorité des affaires du TCE se concluent de façon favorable pour les investisseurs. Dans près de 60% des cas résolus, les investisseurs ont reçu une compensation financière ou d'autres concessions dans le cadre d'un règlement. En outre, une multitude d'affaires n'ont jamais été soumises à l'arbitrage, les investisseurs ayant obtenu ce qu'ils voulaient grâce à la menace d'une indemnisation importante, ce qui démontre également comment le TCE favorise les investisseurs.*

Les investisseurs ont été compensés dans seulement 44% des cas TCE.

Statistique publiée par le secrétariat du TCE<sup>77</sup>

Les statistiques ne comptant que les dédommagements financiers sont trompeuses car elles ne montrent pas comment le TCE bénéficie aux investisseurs et nuit aux pouvoirs réglementaires des gouvernements :

**1. La majorité (60%) des poursuites du TCE tranchées dans un tribunal ont favorisé l'investisseur**, soit parce que le tribunal a statué en sa faveur, soit parce qu'un accord a été trouvé, certainement avantageux pour l'investisseur<sup>78</sup>. Dans le cas des poursuites du TCE contre l'Espagne par exemple, les tribunaux se sont rangés du côté des investisseurs dans 86% des cas.<sup>79</sup> Il faut aussi noter que, dans le cadre du TCE, les États ne peuvent jamais vraiment "gagner" — ils peuvent au mieux espérer ne pas devoir dédommager un investisseur.

Les accords doivent être perçus comme des outils bénéficiant aux investisseurs car ils leur permettent d'obtenir gain de cause. Le dépôt d'une plainte peut faire pression sur un gouvernement afin qu'il assouplisse ou retire une loi ou un règlement en cours d'élaboration. L'entreprise suédoise Vattenfall, par exemple, a poursuivi l'Allemagne suite à l'introduction par la ville de Hambourg de mesures de protection de l'eau plus strictes, qui auraient affecté sa centrale électrique au charbon. Vattenfall a exigé plus d'un milliard d'euros de dédommagements via le TCE, mais a accepté de retirer sa plainte quand la ville a accepté d'affaiblir sa réglementation de l'eau (voir encadré 1).<sup>80</sup> Les politiciens locaux ont admis que la ville avait été poussée à assouplir ses règles environnementales du fait du montant élevé de ce dédommagement. Comme le décrit un cabinet d'avocats : « Lorsqu'ils envisagent de déposer une plainte, les investisseurs doivent garder à l'esprit qu'environ 30 à 40% des différends sont généralement réglés avant la sentence finale. Initier une plainte peut permettre à l'investisseur de créer un moyen de pression et d'obtenir un résultat satisfaisant. »<sup>81</sup>

**2. Parfois, les investisseurs n'ont même pas besoin de déposer une plainte pour obtenir ce qu'ils veulent.** En 2017 par exemple, la compagnie pétrolière et gazière canadienne Vermilion a menacé de poursuivre la France en vertu du TCE pour un projet de loi visant à mettre fin à l'extraction d'énergies fossiles sur le territoire français d'ici 2040. Cette menace a probablement contribué à édulcorer la loi, dont la version finale permet le renouvellement de permis d'exploitation après cette date (voir encadré 1).<sup>82</sup> Un autre exemple est la sortie du charbon en Allemagne, pour laquelle le gouvernement allemand promet 4,35 milliards d'euros de dédommagements aux entreprises du charbon. Selon des experts, on peut expliquer cette somme élevée par la possibilité que les entreprises aient renoncé à leurs droits de plainte concernant la sortie du charbon en vertu du TCE.<sup>83</sup> Comme l'a dit un avocat spécialisé en arbitrage à un journaliste : « Je travaille beaucoup sur des menaces de plaintes qui ne vont jamais à l'arbitrage... C'est beaucoup plus courant... Il vaut mieux faire les choses discrètement. »<sup>84</sup>

# Intox 5



Les investisseurs gagnent moins d'argent qu'ils ne prétendent !



## Réalité

Les tribunaux ordonnent souvent aux États de verser une indemnité nettement inférieure à celle réclamée par l'investisseur. Dans un tiers de toutes les poursuites connues où un État a été condamné à verser une indemnité, la somme était 30% inférieure à celle réclamée initialement par la société.

Statistiques publiées par le secrétariat du TCE<sup>85</sup>

ainsi : « le plaignant commence par une demande mirobolante pour faire paraître un chiffre inférieur, mais toujours mirobolant, comme raisonnable. »<sup>86</sup> La stratégie de la société minière Khan Resources en est un excellent exemple. Khan Resources a poursuivi la Mongolie suite à la révocation de ses licences minières par le pays en raison de violations d'une nouvelle loi sur la sûreté nucléaire. La société a demandé 326 millions de dollars de compensation en vertu du TCE alors qu'elle n'avait investi qu'entre 16,7 et 50 millions de dollars (le montant exact est contesté).<sup>87</sup> La stratégie a payé et la Mongolie a finalement dû payer 70 millions de dollars de dédommagements — représentant un bénéfice exceptionnel d'au moins 20 millions de dollars pour les investisseurs.<sup>88</sup> Pourtant, dans les statistiques du secrétariat du TCE, Khan Resources semble n'avoir obtenu que 24,5% de sa demande initiale.<sup>89</sup>

**2. Les tribunaux d'arbitrage calculent souvent la valeur d'un investissement de façon avantageuse pour les investisseurs. Au lieu d'utiliser la valeur réellement investie par l'investisseur, les tribunaux calculent de plus en plus souvent les compensations sur la base de bénéfices hypothétiques qu'un investissement aurait pu générer.**<sup>90</sup> L'utilisation croissante de cette méthode de calcul est considérée comme « un facteur clé dans l'augmentation des indemnités dans les affaires au cours des deux dernières décennies. »<sup>91</sup> Un expert a remarqué que cette méthode de calcul des indemnités est « biaisée du fait de sa mauvaise application, et elle a justifié des évaluations plus que "fantaisistes", "de proportions chimériques" ». <sup>92</sup> Le professeur de droit international Robert Howse a qualifié cela de « science poubelle. »<sup>93</sup>

Sans surprise, les investisseurs calculent souvent à juste titre qu'un procès en arbitrage débouchera sur une indemnité plus élevée qu'un jugement d'un tribunal national ou international. Un exemple édifiant est la sentence TCE la plus élevée de l'histoire des arbitrages. Un tribunal a ordonné à la Russie de verser aux anciens actionnaires de la compagnie pétrolière Yukos 50 milliards de dollars d'indemnité. Les actionnaires de Yukos se sont également adressés à la Cour européenne des droits de l'homme pour réclamer une indemnité dans la même affaire, où ils ont remporté 1,9 milliard d'euros — moins de 5% de la somme perçue dans le cadre du TCE.<sup>94</sup>

*Les investisseurs gonflent souvent le montant réclamé initialement pour augmenter l'indemnité finale. Les méthodes de calcul des indemnités favorisent également les investisseurs.*

Les paiements reçus par les investisseurs quand ils gagnent une affaire TCE varient considérablement. Parfois, les investisseurs obtiennent presque 100% du montant réclamé. Dans d'autres cas, il s'agit d'environ 10%. Mais l'indemnité est réclamée et calculée de façon problématique dans les affaires d'arbitrage :

**1. Les investisseurs gonflent souvent leur réclamation initiale pour augmenter la compensation finale.** Un avocat de premier plan en arbitrage d'investissement décrit cette stratégie

# Intox 6



Le TCE est utilisé par des petites et moyennes entreprises (PME) le plus souvent !



## Réalité

*Le secrétariat du TCE utilise une définition inexacte et trompeuse des PME incluant les multinationales, pour affirmer que la majorité des affaires du TCE sont introduites par des PME. Ce n'est pas le cas. En raison de ses coûts élevés, de longues procédures et de faibles chances de gagner (par rapport aux grandes entreprises), l'arbitrage n'est pas une option attrayante pour les PME.*

“ La majorité des plaintes relatives aux investissements en vertu du Traité sont déposées par des petites ou moyennes entreprises (environ 60%). ”

Secrétariat du TCE<sup>95</sup>

En octobre 2020, 261 PME avaient déjà déposé une plainte dans le cadre du TCE, tandis que 7 affaires seulement avaient été déposées par de grandes entreprises.

Statistique publiée par le secrétariat du TCE<sup>96</sup>

lancé deux procédures TCE contre l'Allemagne, se fait passer pour une PME, malgré ses 20 000 employés et un bénéfice annuel de près de 1,5 milliard d'euros.<sup>98</sup> De même, la compagnie d'électricité belge Electrabel, ayant poursuivi la Hongrie en vertu du TCE, a réalisé un chiffre d'affaires de 18,7 milliards d'euros et un bénéfice avant impôt de 3,3 milliards d'euros en 2018 — elle est comptée comme une PME.<sup>99</sup> Sans surprise, cette définition des PME va à l'encontre de celle utilisée par la Commission européenne, qui définit les PME comme des entreprises de moins de 250 salariés ou déclarant des revenus annuels inférieurs à 50 millions d'euros.<sup>100</sup>

Une enquête menée il y a quelques années auprès de vraies PME a montré que peu d'entre elles considèrent l'arbitrage dans le cadre de traités comme le TCE comme un outil important, et plus d'un tiers considère que de tels traités pourraient les désavantager par rapport à leurs concurrents étrangers.<sup>101</sup> La résolution de litiges dans les tribunaux d'arbitrage internationaux n'est pas populaire auprès des PME pour différentes raisons :

**1. Coûts :** les arbitrages d'investissement sont très coûteux. **Ils coûtent aux investisseurs en moyenne 6 millions de dollars**, en frais d'avocats principalement.<sup>102</sup> Dans près de la moitié des affaires conclues du TCE, chaque partie a dû régler ses propres dépenses, même en cas de victoire.<sup>103</sup> Ces sommes sont beaucoup plus difficiles à réunir pour une PME que pour une multinationale, et si la demande d'indemnisation est inférieure aux coûts potentiels d'une plainte, cette dernière n'a pas de sens.

**2. Durée :** **il faut en moyenne quatre ans pour trancher une affaire d'arbitrage** (ce qui explique son coût).<sup>104</sup> De nombreuses PME n'ont pas les moyens d'attendre un verdict sur une période aussi longue, d'autant plus que les tribunaux nationaux des pays de l'UE sont plus rapides.<sup>105</sup>

**3. Chances de victoire :** **les PME ont moins de chances de gagner dans les affaires d'arbitrage que les grandes entreprises.** Une étude ayant analysé les dédommagements connus et publics a révélé en 2015 que les petites entreprises ont un taux de réussite de 45,5%. Les entreprises de taille moyenne ont remporté 55,6% des cas, tandis que les grandes entreprises en ont remporté 70,8%.<sup>106</sup> La même étude a indiqué que les bénéficiaires d'indemnisations ordonnées par les tribunaux d'arbitrage « dans l'ensemble, étaient surtout des entreprises dont le chiffre d'affaires annuel était supérieur à 1 milliard de dollars — en particulier les très grandes entreprises avec plus de 10 milliards de dollars. »<sup>107</sup>

Comme l'a fait remarquer un journaliste suivant les affaires d'arbitrage : « Quoi que l'on pense du règlement des différends entre investisseurs et États, ce système n'est pas très utilisé par de vrais petits demandeurs pour obtenir justice. »<sup>108</sup>



# ***INTOX : LE TCE AIDERAIT À LUTTER CONTRE LE CHANGEMENT CLIMATIQUE***



# Intox 7



Grâce au TCE, il y aura plus d'argent pour les énergies renouvelables !



## Réalité

*Les traités d'investissement ne sont pas un facteur important pour les investisseurs en énergies renouvelables.*

Comme le montre l'intox 1, rien n'indique qu'un traité comme le TCE augmente réellement les investissements. De fait, le TCE ne contient pas de dispositions stimulant les investissements dans les énergies renouvelables spécifiquement, par exemple en favorisant les investissements dans les énergies bas-carbone.

**Pour les investisseurs dans les énergies renouvelables, les traités comme le TCE ne sont pas un facteur important** comme le rapporte une enquête de 2019 de Bloomberg New Energy Finance. L'enquête a classé l'attractivité de plus de 100 pays du Sud sur la question des investissements dans les énergies renouvelables.<sup>112</sup> Le pays le mieux classé, l'Inde, a récemment mis fin à la plupart de ses traités d'investissement, et développé un nouveau modèle réduisant considérablement les droits accordés aux investisseurs.<sup>113</sup> Le Brésil, classé troisième, n'a jamais signé de traité permettant aux investisseurs de poursuivre le pays devant des tribunaux d'arbitrage privés.<sup>114</sup> L'existence de traités d'investissement ne faisait pas partie des 167 indicateurs pris en compte pour cette étude. De même, les rapports de l'Agence internationale de l'énergie ne mentionnent pas les traités d'investissement lorsqu'ils présentent les facteurs nécessaires pour accroître les investissements dans les énergies renouvelables.<sup>115</sup>

**Un traité international qui aurait pour but de soutenir la transition énergétique et le déploiement des énergies renouvelables serait bien différent du TCE.** Il aiderait ses signataires à augmenter leurs objectifs d'énergies renouvelables et de réduction des gaz à effet de serre de manière coordonnée.<sup>116</sup> Il augmenterait également le soutien aux énergies renouvelables en autorisant explicitement certaines mesures de politique industrielle durable, telles que des exigences en matière d'emplois locaux, à l'origine de litiges dans le

“ La (...) stabilité, la transparence et la prévisibilité qui sous-tendent le processus de la Charte de l'Énergie fournissent la base nécessaire aux investisseurs, entreprises et décideurs politiques pour accélérer l'investissement dans les technologies plus propres et l'efficacité énergétique, en toute confiance. ”

Site du secrétariat du TCE<sup>109</sup>

“ Le TCE n'est pas une formule magique pour résoudre le changement climatique, mais il peut être un outil efficace pour les gouvernements ayant la volonté politique d'attirer les investissements propres. ”

Lobby pour l'arbitrage d'investissement EFILA<sup>110</sup>

“ L'Accord de Paris et les objectifs de développement durable des Nations Unies nécessitent d'énormes investissements dans les sources d'énergie durables. Mais l'Accord de Paris ne protège pas les investissements, le commerce ou le transport de l'énergie. C'est là que le Traité sur la Charte de l'Énergie peut jouer un rôle clé. ”

Urban Rusnák, secrétaire général du TCE<sup>111</sup>

cadre d'accords commerciaux et d'investissement par le passé. Dans le même temps, un tel traité obligerait les États à appliquer les accords environnementaux internationaux existants, à établir une tarification efficace sur le carbone et à éliminer progressivement les subventions aux énergies fossiles.<sup>117</sup> De telles mesures pourraient véritablement soutenir la transition vers les énergies renouvelables, mais elles ne sont pas envisagées dans les négociations de modernisation du TCE (voir également l'intox 11).

## Intox 8



Le TCE ne favorise pas les énergies fossiles. Il protège toutes les énergies de façon égale!



## Réalité

“ Le TCE est neutre du point de vue des technologies. ”

Lobby sur l'arbitrage d'investissement EFILA<sup>118</sup>

“ Le traité est neutre. Il protège tous les investissements énergétiques: fossiles, renouvelables, nucléaires. ”

Urban Rusnák, secrétaire général du TCE<sup>119</sup>

*Loin d'être neutre, le TCE protège tous les investissements existants, la majorité d'entre eux étant dans le secteur fossile.*

Le secrétariat du TCE présente ouvertement le TCE comme « neutre du point de vue des technologies » — il traiterait toutes les sources d'énergie de façon égale, qu'elles soient renouvelables ou fossiles.<sup>120</sup> Pourtant, le TCE protège les investissements existants — la plupart se situant dans le secteur fossile ou nucléaire. Même dans la période 2013-2018, lorsque les investissements dans les énergies renouvelables étaient exceptionnellement élevés, ils ne représentaient que 20% des nouveaux

investissements couverts par le TCE. À titre de comparaison, **les investissements dans les énergies fossiles représentaient 56% des nouveaux investissements couverts par le TCE.**<sup>121</sup> Cela reflète les tendances mondiales : en 2020, les énergies renouvelables représentaient 23% des investissements dans l'approvisionnement énergétique, contre 55% pour les énergies fossiles, soit environ 700 milliards de dollars (la part restante est allée aux réseaux électriques et aux centrales nucléaires).<sup>122</sup> Les subventions massives pour les énergies fossiles sont estimées à 5 200 milliards de dollars dans le monde et à 289 milliards de dollars par an dans l'UE.<sup>123</sup>

Les investissements massifs dans les énergies fossiles et les subventions gouvernementales au secteur sont particulièrement inquiétants car **le TCE protège les investisseurs de mesures gouvernementales pouvant réduire la valeur de leurs investissements.** Or, pour atteindre les objectifs de l'Accord de Paris, les gouvernements doivent prendre des mesures rapides et décisives pour réduire l'extraction et la consommation d'énergies fossiles. Cela inclut la fermeture des mines et des centrales électriques au charbon, la réduction de la consommation de pétrole et de gaz naturel, et la fin des subventions aux énergies fossiles. En 2015, on estimait qu'« un tiers des réserves de pétrole, la moitié des réserves de gaz et plus de 80% des réserves de charbon devraient rester sous terre » pour avoir 50% de chances de rester en dessous d'un réchauffement mondial de 2°C.<sup>124</sup> Si les gouvernements prennent la situation au sérieux, les investissements dans les énergies et les infrastructures fossiles perdront rapidement de la valeur — et les investisseurs pourront recourir au TCE pour exiger des compensations massives. C'est l'avantage précis du TCE selon ses partisans. Le secrétaire général du TCE l'a même promu comme un outil permettant aux investisseurs de recevoir des indemnités pour les infrastructures fossiles devant être fermées plus tôt que prévu.<sup>125</sup>

Des experts ont élaboré des propositions de réforme du TCE qui résoudraient ces problèmes et l'aligneraient à l'Accord de Paris. Une telle réforme « différencierait les investissements énergétiques à forte intensité en

carbone, qui recevraient un traitement moins favorable et seraient enfin éliminés, et les investissements dans l'énergie bas-carbone, qui seraient encouragés. »<sup>126</sup> Il est également proposé d'utiliser les traités d'investissement pour éliminer les énergies fossiles, par exemple, en obligeant les États à cesser d'autoriser de nouveaux investissements polluants, à réduire les investissements existants et à éliminer les soutiens aux énergies fossiles tels que les subventions et les crédits à l'exportation.<sup>127</sup> Mais aucune de ces propositions n'est discutée dans les négociations de réforme du TCE (voir également l'intox 11).

## Intox 9



**Le TCE protège le climat en tenant les gouvernements responsables de leurs engagements envers les énergies renouvelables !**



## Réalité

**Les tribunaux nationaux et européens sont bien plus appropriés et équitables pour que les gouvernements tiennent leurs engagements.**

Les outils de soutien aux énergies renouvelables sont importants pour la transition énergétique, mais ils doivent être flexibles et permettre des ajustements. Récemment, par exemple, les coûts de production des énergies renouvelables ont chuté brutalement : l'énergie éolienne est 70% moins chère et le coût des grands projets solaires a chuté de 89% au cours des 10 dernières années.<sup>131</sup> En période de crise économique ou budgétaire, les gouvernements doivent pouvoir ajuster leurs soutiens publics pour trouver un équilibre entre les différents besoins et responsabilités. Sinon, ils pourraient hésiter à accorder des subventions aux énergies renouvelables. Ceci étant, si les gouvernements retirent ou réduisent soudainement leur soutien aux énergies renouvelables, cela peut nuire aux investisseurs, qu'il s'agisse de projets citoyens ou de grands fonds d'investissement. Mais le TCE n'est pas le bon instrument pour protéger les investisseurs dans les énergies renouvelables et protéger la transition énergétique :

1. Les engagements climatiques des pays doivent être suivis dans un système judiciaire juste, indépendant et transparent. L'arbitrage du TCE est l'exact opposé : il n'est accessible qu'à

“ Le TCE est à ce jour le seul outil multilatéral possible pour les investisseurs à l'étranger souhaitant défendre leurs droits contre des tentatives imprévues et injustifiées de réduire les soutiens publics aux énergies renouvelables. ”

Ancien membre du secrétariat du TCE Andrei V. Belyi<sup>128</sup>

“ C'est grâce au TCE que les investisseurs dans les énergies renouvelables ont pu récupérer une partie des pertes subies suite à des changements abrupts de lois. ”

Lobby sur l'arbitrage d'investissement EFILA<sup>129</sup>

“ Les statistiques des affaires du TCE montrent que la plupart des réclamations sont précisément liées à des projets de développement d'énergies renouvelables (... ) (Le) TCE aujourd'hui protège d'abord les énergies renouvelables (...) d'une détérioration unilatérale du climat d'investissement dans les pays hôtes, des membres de l'UE essentiellement. ”

Andrey Konoplyanik, conseiller de Gazprom et ancien secrétaire général adjoint du secrétariat du TCE<sup>130</sup>

certains des groupes les plus riches de notre société (les investisseurs étrangers), le processus est opaque (les poursuites peuvent être tenues secrètes et très peu d'informations sont publiques dans les procédures connues), et les arbitres sont fortement incités à favoriser les investisseurs (car un plus grand nombre de plaintes d'investisseurs signifie de plus grands gains pour eux). **Les tribunaux nationaux et européens, en revanche, sont une plateforme juste et efficace pour tenir les gouvernements responsables de leurs engagements climatiques**, car ils offrent un accès égal à tous, des communautés locales aux investisseurs étrangers. La plupart des systèmes judiciaires nationaux sont aussi conçus pour tenir compte des différents secteurs et intérêts présents dans la société. À l'inverse, le système d'arbitrage du TCE est conçu pour servir les intérêts des investisseurs étrangers uniquement.

2. Au niveau européen, des progrès ont été réalisés pour résoudre le problème des changements rétroactifs quand aux subventions pour les énergies renouvelables. **La nouvelle directive européenne sur les énergies renouvelables interdit aux pays de modifier leurs soutiens rétroactivement de manière imprévisible**,<sup>132</sup> et cette règle peut être appliquée par les tribunaux nationaux et européens. Ce système est plus équitable car ces règles s'appliquent à tous — les investisseurs étrangers et nationaux et les communautés locales.

3. Le TCE ne protège que les entreprises étrangères ayant investi dans les énergies renouvelables, **et non les entreprises locales ou les investisseurs nationaux**. Et pourtant, les communautés locales, les communes et les coopératives sont des moteurs importants de la transition énergétique. Les deux pays européens qui ont installé le plus d'énergies renouvelables depuis 2009, le Danemark et l'Allemagne, par exemple, affichent une forte participation citoyenne dans la transition. Au Danemark par exemple, les développeurs de projets éoliens doivent être détenus à 20% au moins par les communautés locales.<sup>133</sup> Ces projets à petite échelle permettent souvent de rallier le soutien local nécessaire pour déployer les énergies renouvelables, car ils ont tendance à bénéficier davantage à l'économie locale.<sup>134</sup> Les entreprises étrangères qui ont utilisé le TCE, en revanche, sont généralement celles qui ont le moins besoin de protection (parce qu'elles ont d'autres d'assurances, voir l'intox 3) et la méritent le moins (parce qu'elles spéculent et investissent également dans les énergies fossiles, voir l'intox 10).

4. Le TCE peut dédommager les investisseurs étrangers si les clauses du TCE ont été violées, mais ne peut pas forcer les gouvernements à adopter de meilleures politiques climatiques. **Les tribunaux nationaux, cependant, sont utilisés pour obliger les gouvernements à adopter des politiques et objectifs climatiques plus élevés**<sup>135</sup> — la meilleure façon de soutenir le développement rapide des énergies renouvelables de manière juste et équitable.

# Intox 10



De nombreux investisseurs dans les énergies renouvelables ont été lésés en Espagne et ailleurs — le TCE est la seule manière de garantir leur accès à la justice !



## Réalité

“ Des États, comme l'Espagne (...) ont retiré des incitations ou subventions. De tels changements législatifs ont nui au développement et à la croissance des énergies renouvelables. Il se peut que des recours pour ces investissements soient minimes, voire inexistant, dans le système juridique national. ”

Conseils donnés par le cabinet d'avocats d'investissement Baker McKenzie<sup>136</sup>

“ Les investisseurs du secteur des renouvelables sont désormais confrontés à une situation difficile dans plusieurs pays européens. Alors que les recours nationaux sont peu prometteurs, les investisseurs étrangers ont des options en vertu des traités internationaux d'investissement. ”

Cabinet d'avocats en arbitrage d'investissement King & Spalding<sup>137</sup>

“ Les gouvernements du monde entier ont récemment réduit leurs programmes de soutien aux producteurs d'énergie verte (...) Le risque posé par ces mesures, à savoir le risque politique et législatif, ne permet généralement pas aux entreprises lésées de lancer des poursuites judiciaires, du moins au niveau national. Les traités internationaux d'investissement peuvent en revanche offrir une option à des parties affectées. ”

Cabinet d'avocats en arbitrage d'investissement K&L Gates<sup>138</sup>

*La majorité des investisseurs qui ont poursuivi l'Espagne en vertu du TCE étaient des fonds d'investissement ou des sociétés écran ayant spéculé. Le fait que ces entreprises puissent remporter des indemnités élevées suite à des investissements risqués, alors que des milliers d'entreprises espagnoles d'énergies renouvelables tentent toujours de récupérer leurs pertes devant les tribunaux nationaux, révèle les sérieux problèmes posés par le TCE et l'arbitrage d'investissement plus largement.*

L'Espagne est le pays le plus poursuivi en vertu du TCE. 47 plaintes visaient le pays en octobre 2020, toutes liées aux réductions des subventions dans le secteur des renouvelables.

Dans les années 2000, le gouvernement espagnol avait mis en place un généreux programme de soutien aux énergies renouvelables, attirant un grand nombre d'investisseurs financiers.<sup>139</sup> Mais suite à une crise financière et au lobbying de grandes entreprises,<sup>140</sup> le gouvernement conservateur a annulé les garanties de prix pour les producteurs d'énergies renouvelables, sous prétexte qu'elles étaient devenues trop coûteuses. Cette décision a nui à la transition énergétique, au climat et aux usagers dont les factures d'électricité ont augmenté. Cela a aussi été un désastre financier pour de nombreux citoyens, des petites et moyennes entreprises et des municipalités qui avaient investi en raison des subventions. Ces revendications ne justifient pas le TCE. Étudier la liste des entreprises ayant utilisé le TCE pour poursuivre le gouvernement espagnol montre que cet outil rend “justice” au mauvais genre d'investisseurs :

**1. Le TCE a délaissé les petits investisseurs espagnols** car alors même qu'ils ont souffert des mêmes coupes, ils n'ont pas pu réclamer d'indemnisation devant les tribunaux d'arbitrage. La Cour suprême espagnole et la Cour constitutionnelle ont jugé que les réductions des subventions aux énergies renouvelables étaient légales.<sup>141</sup> Ils ont rejeté la demande d'indemnisation de plus de 60 000 familles espagnoles affectées.<sup>142</sup> Cela a créé un système de justice à deux vitesses, privilégiant les investisseurs fortunés.<sup>143</sup> Les investisseurs étrangers ont bénéficié de subventions accordées par des mesures pour les énergies renouvelables sans courir le même risque économique que les autres investisseurs.

**2.** Au moins la moitié des entreprises poursuivant l'Espagne avaient investi après le début de la crise économique de 2008 et l'introduction de premiers changements dans les subventions aux énergies renouvelables par le gouvernement.<sup>144</sup> Ces investisseurs auraient dû être pleinement conscients des risques, mais ont par la suite fait valoir que l'Espagne avait violé leurs "attentes légitimes" en réduisant les subventions.<sup>145</sup> Les arbitres ont accepté cet argument plusieurs fois, tout en sachant que certains investisseurs avaient conscience des changements au moment de leur investissement.<sup>146</sup> Le cas **des spéculateurs** utilisant le TCE pour réclamer des dédommagements importants, alors qu'ils savaient que les subventions seraient réduites lorsqu'ils investissaient, ne révèle pas d'un système juste, mais d'un système récompensant des investissements risqués et malavisés ayant mal tourné.

**3.** La grande majorité des investisseurs ayant poursuivi l'Espagne sont des fonds d'investissement ayant investi dans le secteur espagnol des énergies renouvelables pour réaliser des gains importants.<sup>147</sup> Dans 85% des 47 plaintes TCE, l'investisseur est **un fonds de participation ou un autre type d'acteur financier, dont beaucoup investissent également dans des projets d'énergie sale**, tels que le charbon, le pétrole, le gaz et l'énergie nucléaire.<sup>148</sup> Les dédommagements que l'Espagne doit payer peuvent ainsi facilement se retrouver dans les poches des actionnaires ou financer des projets d'énergies fossiles.

**4.** Grâce à la définition large des termes "investisseur" et "investissement" dans le TCE, **les sociétés écran** (entreprises n'ayant pratiquement pas d'employés, créées pour transférer leurs bénéfices et pratiquer l'évasion fiscale) ont pu poursuivre l'Espagne à plusieurs reprises. Dix plaintes sur 11 venant d'investisseurs basés aux Pays-Bas provenaient de sociétés écran.<sup>149</sup> Par exemple, les "sociétés néerlandaises" Isolux Infrastructure et Charanne, ayant poursuivi l'Espagne au titre du TCE, sont des sociétés écran des hommes d'affaires espagnols Luis Delso et José Gomis, deux des personnes les plus riches d'Espagne par le passé.<sup>150</sup> L'Agence fiscale espagnole a accusé Delso et Gomis d'évasion fiscale et les a condamnés pour fraude fiscale.<sup>151</sup> Bien qu'ils aient été exonérés en raison d'un point technique,<sup>152</sup> ils sont actuellement poursuivis pour fraude<sup>153</sup> et corruption dans d'autres affaires.<sup>154</sup>

Les investisseurs ayant poursuivi l'Espagne ont empoché plus d'un milliard d'euros, une somme qui manque aujourd'hui aux énergies renouvelables.<sup>155</sup> Le gouvernement espagnol a récemment offert aux investisseurs des énergies renouvelables un rendement garanti de plus de 7% pour leurs investissements sur une période de 12 ans s'ils acceptaient d'abandonner leurs plaintes TCE.<sup>156</sup> Alors que les associations espagnoles d'énergie solaire et éolienne ont réagi positivement à l'offre,<sup>157</sup> un avocat a déclaré que cela « représentait des "clopinettes" par rapport aux montants que les investisseurs pouvaient gagner en déposant une plainte. »<sup>158</sup> Cela expliquerait pourquoi seuls quelques investisseurs ont accepté cette offre à ce jour.<sup>159</sup> Le TCE permettant de dédommager des bénéfices futurs hypothétiques, cette option est souvent bien plus lucrative pour empocher un retour sur investissement convenable. Cela montre comment les investisseurs n'ont pas besoin du TCE pour obtenir justice, mais plutôt pour garantir leurs profits.

# *INTOX: LA MODERNISATION DU TCE RÉGLERAIT SES PROBLÈMES*





# Intox 11



La modernisation va aligner le TCE sur les objectifs climatiques !



## Réalité

*La modernisation du TCE a très peu de chances d'aligner le traité aux objectifs climatiques. Les propositions discutées aujourd'hui continueraient de protéger les énergies fossiles contre de futures lois cherchant à les réguler. Et comme les amendements au traité nécessitent l'accord unanime de tous les membres, on ne peut s'attendre qu'à des changements superficiels.*

Il y a de fortes chances que la modernisation du TCE ne l'aligne pas aux objectifs climatiques :

**1. Les chances de réforme radicale du TCE sont très faibles. Toute modification du TCE requiert l'unanimité, mais les pays membres ne peuvent même pas s'accorder sur le besoin de réforme.** Des membres comme le Japon ont déjà déclaré qu'ils ne voyaient pas de besoin de changement.<sup>163</sup> Un rapport interne de la Commission européenne de 2017 a jugé la modification du TCE "irréaliste".<sup>164</sup> Pourtant, pour aligner le TCE avec l'Accord de Paris et éviter le risque posé par ses mesures de protection des investissements, il faut radicalement réformer ce traité.

**2. La protection des énergies fossiles devrait se poursuivre pendant de nombreuses années.** Aucun État membre du TCE n'a proposé de sortie rapide des énergies fossiles pour moderniser le traité. La Commission européenne a proposé de continuer à protéger tous les investissements fossiles existants jusqu'aux années 2030, et plus longtemps encore dans certains cas.<sup>165</sup> Pourtant, les

“ Le but de la réforme du Traité sur la Charte de l'Énergie est de mettre le développement durable et le changement climatique au premier plan. ”

Cabinet d'avocats en arbitrage d'investissement Aceris Law<sup>160</sup>

“ Si l'UE réussit sa proposition ambitieuse, le TCE pourrait être le traité d'investissement le plus vert jamais négocié. ”

Évaluation de la proposition de modernisation de l'UE sur un blog influent sur l'arbitrage d'investissement<sup>161</sup>

“ J'attends un nouveau Traité sur la Charte de l'Énergie d'ici un an ou deux, en complément de l'Accord de Paris sur le climat. ”

Urban Rusnák, secrétaire général du TCE, sur le processus de modernisation<sup>162</sup>

études montrent qu'il faut considérablement réduire notre consommation d'énergies fossiles d'ici 2030 si l'UE veut respecter les engagements de l'Accord de Paris.<sup>166</sup> Et même ces propositions timides et insuffisantes ont peu de chances d'être soutenues à l'unanimité par les États membres du TCE, dont beaucoup sont fortement dépendants des exportations d'énergies fossiles.

**3. Les vastes privilèges qu'offre le TCE aux investisseurs et les tribunaux d'arbitrage biaisés vont perdurer.** Aucun État membre du TCE n'a proposé de supprimer ce mécanisme du TCE ou d'exiger que les investisseurs passent d'abord par les juridictions nationales. Les mêmes arbitres, dont les profits augmentent plus il y a d'affaires TCE, et dont les jugements ont favorisé les investisseurs par le passé, continueront de juger si un État a violé le traité et doit payer une compensation (voir également l'intox 13).<sup>167</sup>

**4. Etendre les protections du TCE à de nouvelles sources d'énergie,** comme le propose l'UE,<sup>168</sup> risque d'augmenter le nombre de poursuites visant des politiques durables. Des technologies comme l'hydrogène et la biomasse ne sont pas propres et leur rôle dans la transition énergétique ne repose, dans le meilleur des cas, sur aucune base solide. En ce qui concerne l'hydrogène, la proposition de la Commission européenne ne différencie pas l'hydrogène produit à partir d'énergies fossiles ou renouvelables. La biomasse comporte différents risques environnementaux et sociaux. Les membres du TCE risquent des poursuites coûteuses s'ils protègent ces technologies et réalisent ensuite que les normes de durabilité doivent être renforcées.<sup>169</sup>

Alors que le temps presse pour l'action climatique, **les négociations sur le TCE progressent très lentement.** Le processus de modernisation du TCE a été lancé en 2017,<sup>170</sup> mais les négociations n'ont commencé qu'en 2020. Les trois cycles de négociation de 2020 n'ont donné lieu à aucun progrès tangible.<sup>171</sup> Plus de 115 députés européens et 160 députés de différents États membres de l'UE ont souligné que le processus de modernisation ne pouvait pas durer des années alors que le changement climatique s'accélère à une vitesse vertigineuse.<sup>172</sup> Selon l'experte Yamina Saheb, ancienne employée du secrétariat du TCE : « Les résultats potentiels de la modernisation du TCE, s'il y en a, seront marginaux par rapport aux défis soulevés par le TCE pendant les deux décennies de son existence. »<sup>173</sup>

Avant le début des négociations sur le TCE, des experts et universitaires ont élaboré un modèle de traité international sur l'énergie propre et l'investissement.<sup>174</sup> Ceci étant, leur proposition est si éloignée des résultats possibles des négociations de modernisation du TCE que son adoption serait bien plus probable si des pays partageant les mêmes idées repartaient de zéro ensemble, plutôt que d'essayer de réformer le TCE.

# Intox 12



Intégrer le "droit des États de réglementer" dans le TCE va empêcher les investisseurs d'attaquer les politiques publiques !



## Réalité

*La proposition de l'UE sur le droit de réglementer est un écran de fumée. Elle ne protégerait pas l'action climatique et d'autres politiques publiques de plaintes coûteuses (et potentiellement victorieuses) d'investisseurs.*

La proposition de l'UE pour moderniser le TCE inclut le droit des pays de réglementer. Les États signataires devraient « réaffirmer le droit de réglementer sur le territoire pour atteindre des objectifs politiques légitimes, tels que la protection de l'environnement, y compris la lutte contre le changement climatique... » En outre, les droits des investisseurs étrangers du TCE « ne doivent pas être interprétés » comme un engagement des pays à « ne pas modifier leur cadre juridique et réglementaire, y compris de façon susceptible de nuire à des investissements ou des attentes d'investisseurs en matière de bénéfiques. »<sup>178</sup>

Une étude plus approfondie de ce texte révèle qu'il est trompeur, donnant un faux sens de sécurité :

1. La question clé dans les procédures TCE n'est pas de savoir si les États ont le droit de légiférer. Ils ont ce droit. Plusieurs tribunaux TCE l'ont confirmé. La question est de déterminer si les États violent les droits des investisseurs du TCE quand ils légifèrent. En d'autres termes : les États sont libres de réglementer — mais ils peuvent être condamnés à payer des milliards en argent public si un tribunal juge qu'une nouvelle loi a traité un investisseur de façon « injuste. » Dans une affaire TCE que l'Espagne a perdu, par exemple, le tribunal a confirmé que « l'État a le droit de réglementer et les investisseurs

“ Le TCE modernisé devrait réaffirmer explicitement le “droit de réglementer”, c'est-à-dire le droit des parties contractantes d'adopter des mesures pour la protection de la santé, de la sécurité, de l'environnement et d'autres objectifs de politique publique. ”

Conseil de l'Union européenne<sup>175</sup>

“ Cette réaffirmation du droit de réglementer doit, entre autres, donner aux États la marge de manœuvre nécessaire pour mettre en œuvre la transition énergétique. ”

Ulrich Nussbaum, secrétaire d'État, ministère allemand des Affaires économiques et de l'Énergie<sup>176</sup>

“ L'Union européenne a récemment proposé de moderniser le chapitre sur l'investissement du TCE — s'il est adopté, il rendra les plaintes des investisseurs beaucoup plus difficiles (y compris) en renforçant considérablement le droit de réglementer des États hôtes. ”

Cabinet d'avocats en arbitrage d'investissement Winston & Strawn<sup>177</sup>

doivent s'attendre à ce que la législation change. » Quand bien même, il a jugé que l'Espagne avait violé le TCE en « modifiant radicalement » ses mécanismes de soutien aux énergies renouvelables : l'Espagne « avait dépassé les limites » et « violé l'obligation de traitement juste et équitable... quand le système antérieur fut définitivement remplacé par un système entièrement différent », a soutenu le tribunal.<sup>179</sup> **Réaffirmer le droit de réglementer** dans le TCE, tout en préservant les vastes privilèges des investisseurs, **n'empêchera pas les plaintes visant les politiques publiques légitimes, et n'empêchera pas les arbitres de condamner les États.** Cela représente également un risque de “gel réglementaire” — moins de réglementations pour éviter des poursuites et apaiser les investisseurs — dans un contexte d'urgence climatique.

2. Le texte proposé **ne crée pas d'exception pour la législation d'intérêt public**. Une dérogation aurait simplement déclaré que les mesures d'intérêt public telles que la protection environnementale ou sociale ne violent pas les droits des investisseurs du TCE.<sup>180</sup> Il faut souligner que la proposition de l'UE est très claire sur la question des subventions : « une décision de ne pas octroyer, renouveler ou maintenir une subvention... ne constituera pas une violation » du TCE. Apparemment — de façon inquiétante — l'UE n'a pas l'intention de protéger les mesures d'intérêt public, comme les politiques climatiques, de manière aussi claire dans le TCE.

Commentant l'approche européenne sur le droit de réglementer depuis l'étranger, le professeur de droit canadien Gus van Harten a fait valoir qu'elle « prétend protéger le droit de réglementer » sans s'attaquer aux problèmes de fond. « Le texte sur ce point illustre bien comment le langage juridique peut donner un faux sentiment de sécurité aux non-initiés » selon van Harten.<sup>181</sup>

## Intox 13



La modernisation va aligner le TCE sur la politique d'investissement européenne !



## Réalité

“ Moderniser la protection des investissements dans le TCE (y compris le règlement des différends) reste une priorité pour l'UE. ”

Commission européenne<sup>182</sup>

“ Notre objectif est d'aligner ce traité aux règles modernes de protection des investissements, j'entends par là les règles de base mais aussi la question des règlements des différends. ”

Carlo Pettinato, Commission européenne<sup>183</sup>

“ L'UE promet (...) une nouvelle approche du règlement des différends relatifs aux investissements (...) Le système juridictionnel des investissements (ICS) est un organe juridictionnel institutionnalisé (...) remplaçant l'ancien modèle de tribunaux d'arbitrage ad hoc pour des litiges spécifiques. (...) L'UE est engagée dans un processus de modernisation du Traité sur la Charte de l'Énergie (TCE), incluant (...) l'alignement du mécanisme de règlement des différends avec l'approche modernisée de l'UE. ”

Commission européenne<sup>184</sup>

*Le processus de modernisation du TCE, même s'il réussit, ne modifiera pas l'ancien mécanisme biaisé des arbitrages d'investissement, que la Commission européenne elle-même a qualifié de « dépassé. »*

Selon la Commission européenne, « les dispositions de protection des investissements du TCE n'ont pas été mises à jour depuis les années 1990, et sont désormais dépassées par rapport aux nouvelles normes de l'approche européenne en matière de politique d'investissement. »<sup>185</sup> Mais la modernisation du TCE ne résoudra pas ce problème :

1. On ne sait même pas si le sujet sera discuté dans le cadre du processus de réforme : le mécanisme de règlement des différends du TCE ne figure pas sur la liste des sujets à négocier.<sup>186</sup> Lorsque l'UE a proposé de l'inclure, d'autres pays ont reculé.<sup>187</sup> Dans sa forme actuelle, **le mécanisme d'arbitrage du TCE ne sera pas discuté, encore moins réformé.**

2. Même si d'autres membres du TCE acceptaient de négocier cette question, **la proposition de négociation de l'UE est en dessous de ses nouvelles normes.** Dans tous les accords que l'UE a conclu récemment, elle a insisté pour inclure un système où les arbitres ne seraient plus choisis par les parties, mais à partir de

listes de personnes établies à l'avance. Un mécanisme permettant aux investisseurs et aux États de faire appel d'une décision a aussi été mis en place. Mais ces aspects cruciaux de la nouvelle approche européenne (qui inclut la plupart des défauts du système d'arbitrage d'investissement par ailleurs<sup>188</sup>) ne figurent pas dans sa proposition de réforme du TCE. Ainsi, même si les propositions de l'UE étaient adoptées, les mêmes arbitres privés mèneraient les procédures et jugeraient des sommes à payer en compensation sans possibilité d'appel.

3. À travers les négociations de modernisation, l'UE tente de faire accepter par les membres du TCE la résolution des différends relatifs aux investissements devant une hypothétique **cour multilatérale d'investissement**. Il s'agit d'un projet en cours de négociation à la commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) et **sa création pourrait prendre de nombreuses années, voire ne jamais avoir lieu**.<sup>189</sup> Bien que cette proposition de tribunal ait été très critiquée par la société civile,<sup>190</sup> il est très peu probable qu'en cas de création, tous les membres du TCE y participent.

Cela signifie que pour le moment, les mêmes arbitres ayant favorisé les investisseurs par le passé continueront d'interpréter le TCE, de juger les États et le montant des compensations. Des études ont montré que les droits des investisseurs — des termes imprécis tels que « traitement juste et équitable » par exemple — ont été interprétés largement par les arbitres, au détriment de la capacité des gouvernements à régler dans l'intérêt public.<sup>191</sup> Il n'y a aucune raison de croire que la réforme du TCE changerait cet état de fait.

## Intox 14



Quitter le TCE n'est pas une option, chaque pays quittant la Charte court le risque de poursuites judiciaires pendant 20 ans — il vaut mieux s'y impliquer!



## Réalité

“ Un retrait unilatéral du Traité pour éviter les indemnisations n'a pas de sens. ”

Andrei V. Belyi, ancien membre du secrétariat du TCE<sup>192</sup>

“ Le TCE est tel qu'il est. La clause de caducité du TCE est de 20 ans. Même si nous en sortions aujourd'hui parce que cela ne nous plaît pas, nous serions coincés par les investisseurs pendant 20 ans sous le régime actuel... Nous ne souhaitons pas cela. Nous voulons le changer, nous voulons le réformer. ”

Carlo Pettinato, Commission européenne<sup>193</sup>

*En quittant le TCE, individuellement ou en groupe, les pays peuvent considérablement réduire le risque de nouvelles poursuites d'investisseurs, une bien meilleure option que l'attente de résultats d'un processus de modernisation voué à l'échec.*

Il est vrai que le TCE contient une « clause de caducité » (Article 47 (3)), stipulant que les privilèges des investisseurs offerts par le TCE continuent à s'appliquer pendant 20 ans après le retrait d'un pays. Ce genre de contrainte souligne à quel point le TCE nuit au pouvoir de légiférer.

Mais malgré la clause de caducité, **quitter le TCE réduit significativement le risque de poursuites d'un pays** car la règle ne s'applique qu'aux

investissements réalisés avant le retrait. Pour les investissements réalisés après cette date, aucune nouvelle poursuite dans le cadre du TCE n'est possible. L'Italie par exemple, ayant quitté le TCE en 2016, continue d'être poursuivie, mais seulement par les investisseurs actifs dans le pays avant cette date.

De plus, quitter le TCE n'est pas difficile. Dès qu'un pays a été membre pendant 5 ans, il peut quitter le TCE à tout moment, en transmettant simplement un document écrit. C'est vrai pour la cinquantaine de membres du traité sauf deux,<sup>194</sup> y compris les États membres de l'UE et l'UE. Ils pourraient tous quitter le TCE aujourd'hui, et rejoindre une dynamique mondiale : selon les données des Nations Unies, 2019 a été la deuxième année où davantage de traités d'investissement dangereux et obsolètes ont été abrogés que signés.<sup>195</sup>

**Si plusieurs pays quittent le traité ensemble, ils peuvent limiter davantage l'efficacité de la clause de caducité.** Les pays souhaitant quitter le TCE pourraient passer un accord avant leur retrait conjoint du traité déclarant que la clause de caducité ne les affecte pas. Une telle déclaration compliquerait les poursuites des investisseurs des pays signataires. Ce n'est pas irréaliste. Les États membres de l'UE ont passé un tel accord en mai 2020, concernant quelques 130 traités d'investissement bilatéraux qu'ils avaient signé entre eux.<sup>196</sup> Si les États membres prenaient des mesures similaires par rapport au TCE, la majorité des affaires — 66% des cas concernant des investisseurs de l'UE et des États membres de l'UE — serait caduques.<sup>197</sup>

Deux groupes du Parlement européen ont déjà demandé le retrait de l'UE du TCE.<sup>198</sup> En novembre 2020, plus de 280 parlementaires de toute l'UE et de différents partis politiques ont demandé aux États membres de l'UE « d'explorer des pistes pour quitter le TCE ensemble d'ici la fin de 2020 » si les clauses favorisant la protection des énergies fossiles ne sont pas supprimées au cours des négociations sur la modernisation.<sup>199</sup>

Alors que ces négociations vont probablement échouer du fait de désaccords importants entre États membres, et que les chances de réforme de fond du TCE sont faibles (voir l'intox 11), les pays doivent sérieusement considérer le retrait du traité. Étant donné l'urgence de l'action climatique et de la transition énergétique, il n'y a pas de temps à perdre.

## Intox 15



**! Nous ne pouvons pas abandonner le TCE car il faut défendre le multilatéralisme !**



## Réalité

“ Quitter le traité (...) aggraverait la tendance géopolitique du passage de régimes multilatéraux vers un ordre mondial basé sur l'unilatéralisme et le protectionisme. ”

Andrei V. Belyi, ancien membre du secrétariat du TCE<sup>200</sup>

*Le multilatéralisme doit être au service des citoyens et de l'environnement. Le TCE, par les privilèges qu'il offre aux investisseurs, consacre un multilatéralisme ne servant que les profits des entreprises. Les États abandonnent de plus en plus les traités d'investissement dangereux comme le TCE, pour poser les bases d'un internationalisme progressiste.*

Le mécanisme d'arbitrage entre investisseurs et États du TCE est **très controversé parmi les universitaires, les gouvernements, les tribunaux et d'autres pans de la société civile dans le monde**. C'est un système de justice parallèle pour les riches, privilégiant les acteurs les plus fortunés de la société. Il viole des principes fondamentaux du droit international (comme la règle d'épuiser les recours du droit national) et menace de saper d'autres systèmes légaux et des traités comme l'Accord de Paris. Un groupe de rapporteurs spéciaux des Nations Unies a déclaré que le règlement des différends entre investisseurs et États est « incompatible avec le droit international et l'état de droit. »<sup>201</sup>

Pour ces raisons, et d'autres, la conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement (CNUCED), une organisation internationale phare du secteur comptant 195 pays membres, considère le retrait d'accords tels que le TCE une option de réforme légitime vers un ordre juridique international plus durable.<sup>202</sup> Selon des données de la CNUCED, 2019 a été la deuxième année où davantage de traités d'investissement dangereux et obsolètes ont été abrogés que signés.<sup>203</sup>

De nombreux États ayant mis fin à des traités travaillent activement à réformer le droit de l'investissement international, y compris dans des espaces multilatéraux comme la commission des Nations Unies sur le droit commercial international (CNUDCI).<sup>204</sup> L'Afrique du Sud et l'Equateur, qui ont mis fin à des traités d'investissement dépassés, ont aussi commencé à négocier un accord international sur les entreprises et les droits humains.<sup>205</sup> Ainsi, au lieu d'être isolationnistes, ces pays poussent pour un **multilatéralisme plus progressiste, centré autour du développement durable**.

De façon similaire, quitter le TCE pourrait ouvrir un espace politique pour des accords internationaux soutenant la transition énergétique et réduisant la précarité énergétique. Le ministre de l'énergie du Luxembourg Claude Turmes a déclaré sur le TCE, « ce traité s'oppose fondamentalement à l'action climatique. Il doit être profondément réformé. Ou bien, comme Européens, nous devons créer un nouveau traité avec ceux qui prennent le climat au sérieux, et quitter le TCE. »<sup>206</sup>

# *INTOX: REJOINDRE LE TCE BÉNÉFICIERAIT AUX PAYS DU SUD*





# Intox 16



Le TCE permet d'accéder aux services d'énergie modernes et réduit la précarité énergétique !



## Réalité

*Bien qu'il ne soit pas prouvé que le TCE augmente les investissements, les nouveaux membres du TCE risquent des poursuites coûteuses dans des tribunaux d'arbitrage privés pendant des décennies, et des contraintes importantes empêchant de révoquer des privatisations ou de réguler les prix de l'énergie.*

Aucune étude n'a démontré que des traités d'investissement comme le TCE augmentaient les investissements dans un pays (voir l'intox 1).<sup>210</sup> Ainsi, pour des pays souhaitant augmenter les investissements dans le secteur de l'énergie, devenir membre du TCE a peu de chances de produire des résultats. Il n'est pas non plus prouvé que devenir membre du TCE réduise la précarité énergétique.

Cependant, les désavantages du TCE sont très clairs, et particulièrement sévères pour les pays du Sud :

1. Les pays qui deviennent membres du TCE risquent une **vague de poursuites d'investisseurs coûteuses**. Le TCE est déjà le traité le plus utilisé dans le monde pour les arbitrages d'investissement, et les investisseurs des pays membres du TCE sont les plus susceptibles d'utiliser ce genre d'outils. 60% des affaires d'investissement connues à travers le monde proviennent d'investisseurs dont les pays d'origine sont membres du TCE — en grande majorité des pays de l'UE.<sup>211</sup> En même temps, aucun cas de poursuite connue n'avait pour pays d'origine un pays du Sud.<sup>212</sup>

2. Le TCE **restreint de fait la capacité des gouvernements à réduire la précarité énergétique**. Plusieurs pays d'Europe de l'Est ont déjà été poursuivis pour des mesures visant à restreindre les bénéfices d'entreprises de l'énergie, pour baisser les prix de l'électricité pour les consommateurs.<sup>213</sup> C'est particulièrement dangereux pour les pays du Sud, où de petites hausses de prix de l'énergie peuvent suffire à réduire l'accès à l'énergie et nuire aux consommateurs.

“Le monde a besoin de plus d'investissements dans l'énergie. Une population mondiale croissante et l'élévation des modes de vie va augmenter notre demande en énergie. (...) C'est pour cela bien sûr que des outils comme le Traité sur la Charte de l'Énergie sont importants.”

Annette Magnusson, secrétaire générale de l'Institut d'Arbitrage de la Chambre de Commerce de Stockholm.<sup>207</sup>

“La clé pour libérer le potentiel d'investissements de l'Afrique afin de garantir l'accès universel à l'énergie et d'éradiquer la précarité énergétique est peut être le Traité sur la Charte de l'Énergie.”

Brochure du secrétariat du TCE <sup>208</sup>

“Le Traité va augmenter la sécurité d'approvisionnement pour les pays importateurs d'énergie et la stabilité de la demande pour les exportateurs. Il est donc particulièrement utile aux pays en voie de développement. (...) Ils rejoignent tous un cadre réglementaire commun, qui peut permettre d'augmenter l'accès à l'énergie.”

Urban Rusnák, secrétaire général du TCE <sup>209</sup>

3. Le TCE **complique la révocation de privatisations ratées** ou l'expansion de services publics, des mesures que les gouvernements doivent souvent prendre dans le secteur de l'énergie. De nombreuses privatisations d'entreprises de l'énergie ont augmenté les prix pour les consommateurs, réduit la qualité des services, mené à des sous-investissements dans les infrastructures et au licenciement de travailleurs. Mais révoquer des privatisations peut mener à des poursuites en vertu du TCE, comme cela a été le cas de l'Albanie, qui a fini par payer 100 millions d'euros pour mettre fin à une affaire de ce type.<sup>214</sup>

4. Le TCE pourrait sérieusement **restreindre la souveraineté des États**, les empêchant de réguler les investissements dans le secteur de l'énergie afin de contribuer au développement du pays. Sous le TCE, des multinationales de l'énergie peuvent poursuivre des gouvernements s'ils décident, entre autres, d'imposer des bénéfices exceptionnels, d'obliger les entreprises à embaucher des travailleurs locaux, de partager des technologies, de transformer les matières premières avant de les exporter, ou même de protéger les ressources naturelles.

5. Comme souligné dans l'intox 14, une fois que l'on a rejoint le TCE, **les droits des investisseurs s'appliquent pendant au moins 26 ans**. Les pays risquent d'être coincés dans un traité leur laissant peu de marge de manœuvre pour légiférer dans le domaine de l'énergie, et les exposant aux poursuites des investisseurs les plus litigieux du monde.

## Intox 17



Devenir membre du TCE permet aux pays de participer aux décisions dans le domaine de l'énergie !



## Réalité

*Le TCE couvre un espace géographique limité et est dominé par des intérêts fossiles occidentaux et des avocats bénéficiant de poursuites coûteuses d'investisseurs. Ce n'est pas l'espace adéquat pour travailler sur les questions d'énergies renouvelables pour les pays du Sud.*

La Charte de l'Énergie cherche à se présenter comme un espace important pour discuter et régler les problèmes énergétiques du XXI<sup>e</sup> siècle. Mais un examen plus approfondi révèle que ce n'est pas un espace adéquat pour les pays du Sud souhaitant coopérer pour résoudre leurs défis énergétiques :

1. Les membres du TCE viennent surtout d'Europe de l'Ouest et d'Est, et de certains pays d'Asie centrale. Les plus grands acteurs du secteur de l'énergie au niveau mondial, comme les États-Unis, les pays du Golfe, le Canada, l'Indonésie, le Brésil et l'Inde, ne font pas partie du TCE (et sa Charte de l'Énergie internationale). **D'autres espaces plus ouverts et véritablement internationaux existent** où l'on débat des questions d'énergie. Par exemple, l'Agence internationale pour les énergies renouvelables a bien plus de membres, et travaille à soutenir le développement des énergies renouvelables, y compris pour en faciliter les investissements.

“ La conférence de la Charte de l'Énergie (l'organe décisionnel principal du TCE) pose les bases pour une coopération approfondie dans le domaine de l'énergie au niveau régional. ”

James Nyamongo, Kenya Pipeline Company, dans l'article "Pourquoi le Kenya doit rejoindre le Traité sur la Charte de l'Énergie"<sup>215</sup>

**2. Les corps consultatifs de la Charte de l'Énergie sont dominés par les multinationales des énergies fossiles et les avocats spécialistes de l'arbitrage d'investissement.** De nombreuses entreprises conseillant le secrétariat du TCE ont déjà poursuivi des États, et les cabinets d'avocats du groupe de travail consultatif juridique sont bien souvent des arbitres d'affaires TCE, ayant donc un intérêt financier aux poursuites coûteuses d'investisseurs.<sup>216</sup> Il n'existe pas de groupe consultatif représentant d'autres intérêts, encore moins ceux des pays du Sud (voir partie 3 pour plus d'informations).

**3. Des enquêtes ont révélé récemment que le secrétariat du TCE faillit à sa mission d'administration.** Un rapport fuité décrit une réorganisation interne ratée, menant à de « vraies inquiétudes sur la qualité et la quantité de travail du secrétariat », et souligne que l'argent public finançant le secrétariat est « gaspillé et peut-être détourné ».<sup>217</sup> Une partie des dirigeants du TCE s'interrogent aussi sur la nécessité de sortir des énergies fossiles, et ont qualifié la transition énergétique « d'idéologie ».<sup>218</sup>

## Intox 18



Les ONG n'ont pas à dire aux États de ne pas rejoindre le TCE !



## Réalité

Q : « Alors pourquoi les ONG appellent les gouvernements à ne pas devenir membre du TCE ? »

R : « Je ne sais pas. Je ne comprends pas. C'est le droit des États de décider du genre d'investissements qu'ils veulent attirer. S'ils se sont engagés à attirer les investissements dans les énergies renouvelables, le traité protégera ces investissements. C'est pourquoi des pays africains et d'autres sont très intéressés par le traité. (...) »

Q : « C'est peut-être un peu présomptueux de leur dire quoi faire ? »

R : « Oui. Ce n'est qu'un petit groupe d'ONG, qui répètent toujours les mêmes choses sans preuves, pour faire parler d'eux. » ”

Entretien avec Urban Rusnák, secrétaire général du TCE<sup>219</sup>

**L'opposition aux traités d'investissement comme le TCE est répandue dans le monde.**

Il est faux de suggérer que seules les ONG critiquent le TCE. **Des campagnes contre les traités d'investissement existent sur tous les continents.** En juin 2020, plus de 600 syndicats, organisations écologistes, de santé et de développement de 93 pays ont appelé les gouvernements à cesser de signer des traités privilégiant les investisseurs et à sortir des traités existants. Des organisations de la société civile de la majorité des pays candidats au TCE ont signé la lettre.<sup>220</sup>

**La critique des régimes de protection des investissements est très répandue au-delà de la société civile.** Des centaines de professeurs de droit et d'économie ont signé des lettres soulignant les problèmes de ce système.<sup>221</sup> Un groupe de rapporteurs spéciaux des Nations Unies a déclaré que les arbitrages investisseurs/États était « incompatible avec le droit international des droits humains et l'état de droit. »<sup>222</sup> Des juges et procureurs ont également émis des inquiétudes

quant aux droits exclusifs des investisseurs étrangers et leur accès à des cours privées, appelant les décideurs à « sérieusement réduire les recours à l'arbitrage visant à protéger les investisseurs étrangers ». <sup>223</sup> Des décideurs de tous bords se sont opposés à ce système. En septembre 2020 par exemple, plus de 280 parlementaires européens de toute l'UE et de différents partis politiques ont appelé les États membres de l'UE à réformer ou quitter le TCE « dépassé », en raison des « risques sérieux qu'il pose à l'objectif de neutralité carbone de l'Europe, et plus largement à la mise en place de l'Accord de Paris ». <sup>224</sup>

**Souvent, les critiques émanent des gouvernements eux-mêmes.** De nombreux pays du Sud se méfient aujourd'hui des traités d'investissement, suite à des centaines de poursuites d'investisseurs. C'est pourquoi en 2017 et 2019, davantage de traités d'investissement ont été abrogés que signés. <sup>225</sup> Des pays africains comme le Nigéria, la Tanzanie, le Maroc et l'Ouganda, qui pensent rejoindre le TCE aujourd'hui, ont abrogé des traités d'investissement ou ont réformé leur modèle en s'éloignant profondément du TCE. <sup>226</sup> Cela reflète une dynamique continentale, comme l'a rapporté la conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) : « En Afrique, plusieurs groupes régionaux sont prudents par rapport aux arbitrages États/investisseurs, et abandonnent souvent cet outil ». <sup>227</sup>

On peut expliquer la contradiction entre la réforme de vieux traités d'investissement d'une part, et la signature du TCE d'autre part, par le manque d'expérience du personnel des ministères d'économie ou des finances quant aux traités d'investissement ou d'arbitrage. Comme le remarquait un expert travaillant de près avec des gouvernements du Sud, « il est fréquent que les pays mandatent le ministère de l'énergie pour décider de rejoindre ou non la Charte de l'Énergie. Comme ces ministères sont rarement impliqués dans la négociation de traités d'investissement, les conséquences légales du Traité de la Charte de l'Énergie de 1994 peuvent ne pas être comprises. » <sup>228</sup>

# 6 RAISONS DE QUITTER OU DE NE PAS REJOINDRE LE TCE

## **Raison 1: Le TCE est l'accord d'investissement le plus dangereux au monde**

Les arbitrages du TCE ne sont pas un système juste ou indépendant pour résoudre des différends entre investisseurs et États. Aucun autre traité dans le monde n'a donné lieu à plus de poursuites d'investisseurs contre des États, 134 cas à ce jour. Dans les poursuites du TCE, des tribunaux comprenant trois avocats privés peuvent obliger les gouvernements à payer des milliards en argent public pour indemniser des multinationales, y compris pour des « bénéfices escomptés » complètement hypothétiques.

## **Raison 2: Le TCE sape la démocratie et pourrait freiner l'action climatique**

C'est un outil pour forcer la main des décideurs politiques et obliger les gouvernements à indemniser des entreprises quand ils souhaitent agir contre le changement climatique et protéger l'intérêt général. Cela menace la sortie urgente des énergies fossiles en particulier, qui requiert des lois fortes qui nuiront inévitablement aux bénéfices des plus grandes multinationales du pétrole, du gaz et du charbon. Le TCE a déjà été utilisé pour attaquer des interdictions de projets fossiles, des normes environnementales s'appliquant à des centrales électriques, et la sortie du charbon.

## **Raison 3: Le TCE limite la souveraineté et la possibilité de légiférer dans l'intérêt général, y compris pour garantir des prix de l'énergie abordables**

Le TCE peut être utilisé pour empêcher toute loi affectant des investissements dans l'énergie, y compris des taxes. Il peut aussi être utilisé pour maintenir des privatisations ratées, et affaiblir les tentatives de régulation des prix de l'électricité afin que le coût de l'énergie reste abordable.

## **Raison 4: Les privilèges des investisseurs sous le TCE n'apportent pas les bénéfices économiques affichés**

Il n'est pas prouvé pour l'heure que le traité aide à réduire la précarité énergétique et facilite les investissements étrangers, sans parler des investissements dans les énergies renouvelables.

## **Raison 5: La modernisation du TCE ne règlera pas ses problèmes**

La modernisation du TCE est une tentative de légitimer un traité dépassé, dangereux, et de plus en plus controversé. Même si les gouvernements acceptent de moderniser le TCE, les propositions actuelles ne réformeront pas le traité en profondeur pour l'aligner à l'Accord de Paris, et saperaient les efforts pour réussir le Pacte Vert pour l'Europe.

## **Raison 6: Le TCE bloque les pays pour des décennies**

Quand un pays devient membre du TCE, il est bloqué pour au moins 26 ans — même si les gouvernements suivants souhaitent le quitter. Un pays peut quitter le TCE cinq ans après en être devenu membre, et ce retrait devient effectif un an plus tard — mais l'État peut être poursuivi pendant 20 années supplémentaires pour des investissements réalisés avant le retrait.

# RESSOURCES CLÉS

**Pour des rapports critiques, des vidéos, et des articles sur le TCE (en anglais, espagnol, et portugais) :**  
<https://energy-charter-dirty-secrets.org/resources/>

## **Documents officiels et fuites sur le processus de modernisation du TCE**

- Documents du secrétariat du TCE : <https://www.energychartertreaty.org/modernisation-of-the-treaty/>
- Proposition de modernisation de l'UE (mai 2020): [https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/may/tradoc\\_158754.pdf](https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/may/tradoc_158754.pdf)
- Documents préparatoires pour les premières réunions de négociations 6-9 juillet 2020 <https://www.politico.eu/wp-content/uploads/2020/07/Negotiation-draft-ECT-modernisation.pdf>
- Proposition de l'UE sur la définition d'activité économique (octobre 2020) <https://www.politico.eu/wp-content/uploads/2020/10/Commission-Proposal-Economic-Activity-and-Scope-ECT-October-26-2020-Scanned-Version1.pdf>

## **Documents sur le processus d'expansion (politique CONEXO)**

- Politique d'expansion du TCE (approuvée en 2012) : <https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/CCDECS/CCDEC201203.pdf>
- Vue d'ensemble du secrétariat : <https://www.energycharter.org/what-we-do/conexo/overview/>
- Qui finance le processus d'expansion? Selon une demande d'information de 2018 (<https://www.asktheeu.org/en/request/4272/response/13805/attach/7/main%20doc.pdf>), l'UE a financé les activités du TCE avec des fonds de développement « d'assistance technique. » Une demande d'information supplémentaire a été refusée ([https://www.asktheeu.org/en/request/meeting\\_reports\\_correspondence\\_w](https://www.asktheeu.org/en/request/meeting_reports_correspondence_w)).
- Liste d'ambassades de l'UE qui travaillent à l'expansion <https://www.energycharter.org/what-we-do/conexo/energy-charter-liaison-embassies/>

## **Idées de recherches si ton pays fait déjà partie du TCE**

**1- Ton pays et le TCE :** Quand ton pays est-il devenu membre ? Quels acteurs clés étaient impliqués ? Pourquoi ton gouvernement a-t-il voulu devenir membre ? (Un bon endroit pour démarrer : <https://www.energycharter.org/who-we-are/members-observers/>)

**2- Impact du TCE dans ton pays:** Combien de fois ton pays a-t-il été poursuivi dans le cadre du TCE ? Pour quelle somme ? Combien d'affaires ton pays a-t-il perdues ? Qui était poursuivi par les investisseurs et pourquoi ? Combien de fois des investisseurs de ton pays ont-ils poursuivi d'autres gouvernements via le TCE ? (Tu peux chercher dans la base de données du TCE ici : <https://www.energychartertreaty.org/cases/list-of-cases/> et consulter la base de données sur cette page <https://energy-charter-dirty-secrets.org.>)

**3- Ton pays et le secteur énergétique:** À quoi ressemble le secteur de l'énergie dans ton pays ? Quels sont les grands investissements énergétiques existants, prévus ou controversés parmi les membres actuels du TCE ? Les principaux investisseurs du secteur de l'énergie proviennent-ils de pays membres du TCE ?

## **Idées de recherches au cas où ton pays cherche à devenir membre du TCE**

**1- Ton pays et le processus pour devenir membre du TCE:** À quelle étape du processus se situe ton pays ? (Consulte le tableau ici <https://energy-charter-dirty-secrets.org/#section3>) Qui sont les acteurs clés ? Quels sont les intérêts clés de ton gouvernement ? Quels sont les intérêts clés d'autres pays ?

**2- Ton pays et le secteur de l'énergie:** À quoi ressemble le secteur de l'énergie dans ton pays ? Quels sont les investissements existants, prévus, et controversés des membres actuels du TCE ?

**3- Que risque ton pays en devenant membre du TCE?** (Renseigne-toi sur l'expérience de ton pays en matière d'arbitrage <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>)

**4 - Ton pays et la protection actuelle des investisseurs dans le domaine de l'énergie:** Quels traités d'investissement sont en vigueur dans ton pays ? Signer le TCE va-t-il augmenter les protections pour les investissements ? (Consulte les traités d'investissement en vigueur dans ton pays ici <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>)

1 Pays où le TCE s'applique intégralement : Afghanistan, Albanie, Allemagne, Arménie, Autriche, Azerbaïdjan, Belgique, Bosnie-Herzégovine, Bulgarie, Chypre, Croatie, Danemark, Espagne, Estonie, Finlande, France, Grèce, Hongrie, Irlande, Islande, Japon, Jordanie, Kazakhstan, Kirghizistan, Lettonie, Liechtenstein, Lituanie, Luxembourg, Macédoine, Malte, Moldavie, Mongolie, Monténégro, Pays-Bas, Pologne, Portugal, Ouzbékistan, République tchèque, Roumanie, Slovaquie, Slovénie, Suède, Suisse, Tadjikistan, Turkménistan, Turquie, Ukraine, Royaume-Uni, et Yémen. Pays en situation particulière : la Biélorussie (qui n'a pas ratifié le TCE, mais l'applique à titre provisoire), l'Italie (qui a quitté le TCE en 2016, mais peut toujours être poursuivie sous certaines conditions) et la Russie (qui n'a jamais ratifié le TCE et a retiré son application provisoire en 2009, mais a encore fait l'objet de nombreuses poursuites).

2 Roda Verheyen (2012) Note : The Coal-fired Power Plant Hamburg-Moorburg, ICSID proceedings by Vattenfall under the Energy Charter Treaty and the result for environmental standards, 11 avril, [https://www.greenpeace.de/sites/www.greenpeace.de/files/publications/icsid\\_case\\_regarding\\_the\\_vattenfall\\_coal-fired\\_power\\_plant\\_hamburg-moorburg.pdf](https://www.greenpeace.de/sites/www.greenpeace.de/files/publications/icsid_case_regarding_the_vattenfall_coal-fired_power_plant_hamburg-moorburg.pdf).

3 Michael Baumüller (2020) Konzernklage kostet Bundesregierung Millionen an Verfahrenskosten, Süddeutsche Zeitung, 21 septembre, <https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/vattenfall-verfahrenskosten-akw-kruemmel-akw-brunsbuettel-1.5039608>.

4 Sur la controverse, la vidéo Dirty Oil vs Beautiful Abruzzo, 25 juin 2019, <https://www.youtube.com/watch?v=OluZrHWz8&t=3s>.

5 Cela a été clarifié par le PDG de Rockhopper dans cette présentation filmée : Rockhopper Exploration CEO Sam Moody Presents to investors at the Oil Capital Conference, 11 septembre 2017, <http://www.oilcapital.com/companies/stocktube/8061/rockhopper-exploration-ceo-sam-moody-presents-to-investors-at-the-oil-capital-conference-8061.html>, débute à la minute 19'00.

6 Selon l'article 47 (3) du TCE, un pays qui quitte le TCE peut encore être poursuivi pendant 20 ans supplémentaires pour des investissements réalisés avant le retrait.

7 Piwnica et Molinié (2018) Réponse du Conseil d'État à la demande d'accès aux documents sur la loi Hulot, 19 juillet. Publié par le Conseil d'État suite à une demande d'informations des Amis de la Terre France, <https://www.amisdelaterre.org/wp-content/uploads/2018/08/loi-hulot-contributions-lobbies-au-conseil-etat.pdf>, 9-12.

8 Corporate Europe Observatory et al. (2019) Blocking climate change laws with ISDS threats. Vermilion vs France, juin, <http://10isdsstories.org/cases/case5/>.

9 Le Soir (2021) Les Pays-Bas veulent interdire les centrales au charbon, RWE réclame des indemnités, 4 février, <https://www.lesoir.be/353149/article/2021-02-04/les-pays-bas-veulent-interdire-les-centrales-au-charbon-rwe-reclame-des>

10 Yamina Saheb (2019) It's time to scrap the Energy Charter Treaty, Euractiv, 30 octobre, <https://www.euractiv.com/section/energy/opinion/its-time-to-scrap-the-energy-charter-treaty/>. Lettre ouverte au TCE signé par 278 organisations, 9 décembre 2019 <https://www.energy-charter-dirty-secrets.org/open-letter/>.

11 Commission européenne (2019) Recommandation pour une décision du Conseil autorisant l'ouverture de négociations sur la modernisation du traité sur la Charte de l'énergie, 14 mai, <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2019/FR/COM-2019-231-F1-FR-MAIN-PART-1.PDF>, 1.

12 Déclaration sur la modernisation du TCE, 9 novembre 2020, [https://www.endfossilprotection.org/sites/default/files/documents/Statement\\_of\\_European\\_Parliamentarians\\_on\\_the\\_modernization\\_of\\_the\\_TCE\\_20201209.pdf](https://www.endfossilprotection.org/sites/default/files/documents/Statement_of_European_Parliamentarians_on_the_modernization_of_the_TCE_20201209.pdf)

13 Lorenzo Parola et al. (2015) Italy's withdrawal from the Energy Charter Treaty: which consequences for foreign investors?, Lexology, 28 avril, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=de8cd930-6049-4447-9756-f5c4ae9d9f51>.

14 Charte de l'Énergie Internationale (2018) Approved topics for the modernisation of the Energy Charter Treaty, 29 novembre, <https://energycharter.org/media/news/article/approved-topics-for-the-modernisation-of-the-energy-charter-treaty/>.

15 Corporate Europe Observatory et al. (2020) Silent expansion. Will the world's most dangerous investment treaty take the Global South hostage? <https://energy-charter-dirty-secrets.org/wp-content/uploads/2020/04/ECT-Silent-expansion.pdf>.

16 Charte de l'Énergie Internationale (2020) Liste d'affaires, <https://www.energycharter.org/cases/list-of-cases/> et statistiques, <https://www.energycharter.org/cases/statistics/>, visitées le 9 octobre 2020. Calculs des auteurs basés sur la base de données du TCE jusque octobre 2020. Pour une version à jour de cette base de données, voir ce site : <http://energy-charter-dirty-secrets.org>.

17 Ces chiffres sur les affaires jugées n'incluent pas les procédures abandonnées.

18 Agence de l'Énergie Internationale (2017) Energy Access Outlook 2017: From Poverty to Prosperity, <https://www.iea.org/reports/energy-access-outlook-2017>, 13.

19 African Development Bank (2011) The Cost of Adaptation to Climate Change in Africa, <https://www.afdb.org/fileadmin/uploads/afdb/Documents/Project-and-Operations/Cost%20of%20Adaptation%20in%20Africa.pdf>, 2.

20 Matthew Hodgson and Alastair Campbell (2017) Damages and costs in investment treaty arbitration revisited, Global Arbitration Review, 14 décembre, <https://globalarbitrationreview.com/article/1151755/damages-and-costs-in-investment-treaty-arbitration-revisited>

21 La somme totale des frais de justice couvre les frais du tribunal (8 440 000 € ou 11 416 939 \$, sur la base du taux de conversion du 14 juillet 2014, date du verdict), les frais de justice des plaignants (79 628 055,56 \$ et 1 066 462,10 £ ou 1 823 870 \$) et les frais de justice de la défense (27 000 000 \$ pour les avocats et 4 500 000 \$ pour les experts). Voir Yukos Universal Limited (Île de Man) c. la Fédération de Russie (affaire CPA n°AA 227), sentence finale, 18 juillet 2014 <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3279.pdf>, section XIII.

22 Charte de l'Énergie Internationale (2020) personnel, <https://www.energycharter.org/who-we-are/secretariat/staff/>

23 Frédéric Simon (2019) Leaked report reveals 'misfunctioning' of Energy Charter Treaty amid EU reform calls, Euractiv, 7 juin, <https://www.euractiv.com/section/energy/news/leaked-report-reveals-misfunctioning-of-energy-charter-treaty-amid-eu-reform-calls/>.

24 Charte de l'Énergie Internationale (2020) Modernisation Group, <https://www.energycharter.org/who-we-are/subsidiary-bodies/modernisation-group/>.

25 Charte de l'Énergie Internationale (2015) Consolidation, Expansion and Outreach, <https://www.energycharter.org/what-we-do/conexo/overview/>.

26 Karel Beckman (2020) Interview with Urban Rusnák: A new Energy Charter Treaty as a complement to the Paris Agreement, Borderlex, 18 juin, <https://borderlex.eu/2020/06/18/interview-a-new-energy-charter-treaty-as-a-complement-to-the-paris-agreement-on-climate-change/>.

27 Maria Fanou (2020) Interviews with Our Editors: The Energy Charter Treaty: Discussing Modernisation and Challenges with Dr. Alejandro Carballo, General Counsel, Energy Charter Treaty Secretariat, Kluwer Arbitration Blog, 4 janvier, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/01/04/interviews-with-our-editors-the-energy-charter-treaty-discussing-modernisation-and-challenges-with-dr-alejandro-carballo-general-counsel-energy-charter-treaty-secretariat/>.

28 Cara Dowling (2018) Discussing the Energy Charter Treaty – Q&A with Dr Urban Rusnák, Secretary-General, Energy Charter Treaty Secretariat, octobre 2018, <https://www.nortonrosefulbright.com/en-ca/knowledge/publications/e04182e5/discussing-the-energy-charter-treaty--qa-with-dr-urban-rusnk-secretarygeneral-energy-charter-treaty>.

29 Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group S.A., Terra Raf Trans Trading Ltd. v The Republic of Kazakhstan (SCC Arbitration V (116/2010)) Sentence finale, 9 décembre 2013, [https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Cases/29\\_Stati/Final\\_Award.pdf](https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Cases/29_Stati/Final_Award.pdf).

30 Khan Resources Inc., Khan Resources B.V., CAUC Holding Company Ltd. v. The Government of Mongolia MonAtom LLC (PCA Case No. 2011-09), Sentence finale, 2 mars 2015 [https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Cases/30\\_Khan\\_Resources/Final\\_Award.pdf](https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Cases/30_Khan_Resources/Final_Award.pdf).

31 Corporate Europe Observatory et the Transnational Institute, Energy Charter Dirty Secrets: Who are the ECT profiteers?, <https://energy-charter-dirty-secrets.org/#section4>.

32 Calculs des auteurs basés sur les données du TCE jusque octobre 2020. Voir note 16.

33 Nikos Lavranos (2020) Analysis: The EU's ECT modernisation proposals, Borderlex, 28 mai, <https://borderlex.eu/2020/05/28/analysis-the-eus-ect-modernisation-proposals>; Nikos Lavranos (2020) Analysis: The EU's pursuit of a greener Energy Charter Treaty, Borderlex, 17 avril, <https://borderlex.eu/2020/04/17/analysis-the-eus-pursuit-of-a-greener-energy-charter-treaty/>.

34 Gloria M Alvarez et al. (2018) A Brief Reflection on: "One Treaty to Rule them All" Report, 1er novembre, <https://efila.org/wp-content/uploads/2018/11/A-brief-reflection.pdf>.

35 Charte de l'Énergie Internationale (2015) Legal Advisory Task Force, <https://www.energycharter.org/who-we-are/legal-advisory-task-force/>.

36 Charte de l'Énergie Internationale (2019) Legal Advisory Task Force - 2019, [https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/Weblist\\_LATF\\_MEMBERS\\_2017.pdf](https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/Weblist_LATF_MEMBERS_2017.pdf).

- 37 Charte de l'Énergie Internationale (2020) Composition of the Energy Charter Industry Advisory Panel, 19 juin, [https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/IA/Composition\\_of\\_the\\_Energy\\_Charter\\_Industry\\_Advisory\\_Panel\\_19-06-2020.pdf](https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/IA/Composition_of_the_Energy_Charter_Industry_Advisory_Panel_19-06-2020.pdf).
- 38 Secrétariat TCE (2019) Report by the Chairman of the Industry Advisory Panel, 29 décembre, <https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/CCDECS/2019/CCDEC201915.pdf>, 3.
- 39 Ibid., 5-6.
- 40 Secrétariat TCE (2018) Report by the Chairman of the Industry Advisory Panel, 27 novembre, [https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/CCDECS/CCDEC201823\\_-\\_NOT\\_Report\\_by\\_the\\_Chairman\\_of\\_the\\_Industry\\_Advisory\\_Panel.pdf](https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/CCDECS/CCDEC201823_-_NOT_Report_by_the_Chairman_of_the_Industry_Advisory_Panel.pdf), 3.
- 41 Ibid., 3.
- 42 Ibid., 7.
- 43 Joe Lo (2020) Japan blocks green reform of major energy investment treaty, Climate Change News, 8 septembre <https://www.climatechangenews.com/2020/09/08/japan-blocks-green-reform-major-energy-investment-treaty/>.
- 44 Commission européenne (2019) Energy Charter Treaty modernisation: European Commission presents draft negotiating directives, 14 mai, <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=2017>.
- 45 Parlement européen (2020) Textes adoptés sur la loi européenne sur le climat, amendement 143, P9\_TA-PROV(2020)0253, 8 octobre, [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0253\\_FR.pdf](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0253_FR.pdf) Déclaration sur la modernisation du traité sur la Charte de l'énergie, voir note de bas de page 12.
- 46 Charte de l'Énergie Internationale (2015) Frequently Asked Question about the Energy Charter Process <https://www.energycharter.org/process/frequently-asked-questions/>
- 47 Charte de l'Énergie Internationale (2015) Investment <https://www.energycharter.org/what-we-do/investment/overview/>
- 48 Joachim Pohl (2018) Societal benefits and costs of International Investment Agreements: A Critical Review of Aspects and Available Empirical Evidence, OECD Working Papers on International Investment, [https://www.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/societal-benefits-and-costs-of-international-investment-agreements\\_e5f85c3d-en](https://www.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/societal-benefits-and-costs-of-international-investment-agreements_e5f85c3d-en), 30.
- 49 Josef C. Brada et al. (2020) Does Investor Protection Increase Foreign Direct Investment? A Meta-Analysis, Journal of Economic Surveys, <https://doi.org/10.1111/joes.12392>, 25.
- 50 Bloomberg New Energy Finance (2019) Climatescope 2019 Methodology, <https://global-climatescope.org/methodology>.
- 51 Ethan Zindler et al (2019) Climatescope Emerging Markets Outlook 2019, Bloomberg New Energy Finance, <http://global-climatescope.org/assets/data/reports/climatescope-2019-report-en.pdf>, 52.
- 52 Xavier Carim (2015) International Investment Agreements and Africa's Structural Transformation: A Perspective from South Africa, South Centre Investment Policy Brief No. 4, [https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2015/08/IPB4\\_IAs-and-Africa%E2%80%99s-Structural-Transformation-Perspective-from-South-Africa\\_EN.pdf](https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2015/08/IPB4_IAs-and-Africa%E2%80%99s-Structural-Transformation-Perspective-from-South-Africa_EN.pdf), 4.
- 53 Transnational Institute (2017) Why did Ecuador terminate all its bilateral investment treaties?, <https://www.tni.org/my/node/23530>.
- 54 Transnational Institute (2017) Ecuadorian Citizens Commission on Investment Protection (CAITISA), <https://www.tni.org/en/collection/ecuadorian-citizens-commission-on-investment-protection-caitisa>.
- 55 CNUCED (2019) Communiqué de presse : Foreign direct investment to Latin America and the Caribbean slides by 6%, 12 juin, <https://unctad.org/en/pages/newsdetails.aspx?OriginalVersionID=2117>.
- 56 Lauge Poulsen (2010) The Importance of BITs for Foreign Direct Investment and Political Risk Insurance: Revisiting the Evidence, in: Karl Sauvant (Ed.), Yearbook of International Investment Law and Policy 2009/2010, 539-574.
- 57 Alexander Ryota Keeley et Yuichi Ikeda (2017) Determinants of foreign direct investment in wind energy in developing countries, Journal of Cleaner Production 161, 1451-1458, <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0959652617310466>.
- 58 Charte de l'Énergie Internationale (2015) The Energy Charter Process, <https://www.energycharter.org/process/overview/>
- 59 Charte de l'Énergie Internationale (2020) Rapport annuel 2019, [https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/AR/AR\\_2019.pdf](https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/AR/AR_2019.pdf), 6.
- 60 Voir par exemple Lise Johnson et al. (2017) Investor-State Dispute Settlement: What Are We Trying to Achieve? Does ISDS Get us There?, 11 décembre, <http://ccsi.columbia.edu/2017/12/11/investor-state-dispute-settlement-what-are-we-trying-to-achieve-does-isds-get-us-there/>.
- 61 Lettre ouverte d'universitaires proéminents sur l'ISDS publié dans The Washington Post, 30 avril 2015, [https://www.washingtonpost.com/r/2010-2019/WashingtonPost/2015/04/30/Editorial-Opinion/Graphics/oppose\\_ISDS\\_Letter.pdf](https://www.washingtonpost.com/r/2010-2019/WashingtonPost/2015/04/30/Editorial-Opinion/Graphics/oppose_ISDS_Letter.pdf)
- 62 Même le secrétariat du TCE n'est pas au courant de toutes les affaires qui sont déposées et tranchées en vertu du TCE. Par exemple, le site de la Chambre de commerce de Stockholm (SCC), lieu populaire pour les arbitrages TCE, répertorie 30 cas d'arbitrages traités selon ses règles. Le secrétariat du TCE ne relève que 25 cas en vertu des règles de la SCC. Selon les règles de la SCC, les arbitrages peuvent être tenus secrets. Pour les statistiques de la SCC: <https://sccinstitute.com/statistics/investment-disputes-2019/>; pour les statistiques TCE, voir la note 16.
- 63 Corporate Europe Observatory et the Transnational Institute (2018) One Treaty to Rule them All. The ever-expanding Energy Charter Treaty and the power it gives corporations to halt the energy transition, chapitre 3.3, <https://energy-charter-dirty-secrets.org/wp-content/uploads/2019/12/One-treaty-to-rule-them-all.pdf>.
- 64 Cela concorde avec les conclusions des études analysant l'impact des traités d'investissement sur l'état de droit. Par exemple, Jonathan Bonnitcha a conclu que « les traités d'investissement n'ont eu aucun impact significatif ' qu'il soit positif ou négatif ' sur le système judiciaire au Myanmar. » Voir : Jonathan Bonnitcha (2019) The Impact of Investment Treaties on Domestic Governance in Myanmar, 8 novembre, <https://ssrn.com/abstract=3644056>
- 65 Tom Ginsburg (2005) International Substitutes for Domestic Institutions: Bilateral Investment Treaties and Governance, International Review of Law and Economics 25, 107-123, <https://doi.org/10.1016/j.irl.2004.06.002>.
- 66 Calculs des auteurs selon les données du TCE, jusqu'en octobre 2020. Voir note 16.
- 67 Jugement du 6 mars 2018, Slowakische Republik v Achmea BV, C284/16, ECLI:EU:C:2018:158 <http://curia.europa.eu/juris/document/document.ageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=EN&cid=11741965>
- 68 Thomas Wälde (2003) Legal opinion in the arbitration Nykomb v. Latvia, juin, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0985.pdf>, 39.
- 69 Andrei V. Belyi (2020) New Challenges to the Liberal World Order: Reassessing Controversies Surrounding the Energy Charter Treaty, 1er juillet, <https://icds.ee/new-challenges-to-the-liberal-world-order-reassessing-controversies-surrounding-the-energy-charter-treaty/>.
- 70 Gloria M Alvarez et al. (2018), note 34, 2.
- 71 Bverfg (2016) Judgment of the First Senate of 06 December, 1 BvR 2821/11, [http://www.bverfg.de/e/ers20161206\\_1bvr282111en.html](http://www.bverfg.de/e/ers20161206_1bvr282111en.html).
- 72 Lauge N. Skovgaard Poulsen (2010) The Importance of BITs for Foreign Direct Investment and Political Risk Insurance: Revisiting the Evidence, Yearbook on International Investment Law and Policy 2009/2010, 539-574.
- 73 Thomas Schultz et Cedric G. Dupont (2014) Investment Arbitration: Promoting the Rule of Law or Over-Empowering Investors? A Quantitative Empirical Study, The European Journal of International Law, Vol. 25 no. 4, <http://ssrn.com/abstract=2399179>, <http://www.ejil.org/pdfs/25/4/2551.pdf>.
- 74 Calculs des auteurs selon les données du TCE, jusqu'en octobre 2020. Voir note 16.
- 75 Emma Aisbett et Lauge Poulsen (2016) Relative Treatment of Aliens: Firm-level Evidence from Developing Countries, <https://www.geg.ox.ac.uk/sites/geg.bsg.ox.ac.uk/files/GEG%20WP%20122%20Relative%20Treatment%20of%20Aliens%20-%20Firm-level%20Evidence%20from%20Developing%20Countries%20-%20Aisbett%20and%20Poulsen.pdf>.
- 76 Ibid.
- 77 Secrétariat du TCE (2020) Statistiques des affaires TCE (jusqu'au 9/10/2020), [https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/News/20201009\\_Statistics\\_of\\_ECT\\_Cases\\_9\\_October.pdf](https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/News/20201009_Statistics_of_ECT_Cases_9_October.pdf), 9
- 78 Calculs sur la base des statistiques issues de la base de données des affaires TCE jusqu'en octobre 2020. Voir note 16. Les chiffres excluent les affaires qui ont été arrêtées (7 au total).
- 79 Sur les 22 affaires visant l'Espagne où une sentence a été rendue, les arbitres ont tranché en faveur des investisseurs dans 19 cas. Voir l'ensemble des données des auteurs sur tous les cas TCE jusqu'en octobre 2020. Voir la note 16.
- 80 Roda Verheyen (2012), voir note 2.



- 81 Liz Tout et al. (2013) The latest renewables claim: Abengoa's subsidiary launches investment treaty proceedings against Spain, Lexology, 29 novembre, <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=6b0271ca-b6d2-4d9b-8475-0247e401b735>.
- 82 Corporate Europe Observatory et al. (2019). Voir note 8.
- 83 Petra Pinzler (2020) Warum der Kohleausstieg so teuer ist, Zeit Online, 3 juillet, <https://www.zeit.de/wirtschaft/2020-07/kohleausstieg-energie-wende-leag-rwe-entschaedigung-bundesregierung>.
- 84 Michael Nolan du cabinet Milbank cité dans : Chris Hamby (2016) The Billion Dollar Ultimatum, BuzzFeed News, 30 août, <https://www.buzzfeednews.com/article/chrisshamby/the-billion-dollar-ultimatum>.
- 85 Secrétariat du TCE (2020), voir note 77, 10-12.
- 86 George Kahale III (2019) Conférence au IISD 12th Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators, <https://d20qsj1r5k97qe.cloudfront.net/news-attachments/Lecture-IISD-12th-Annual-Forum-of-Developing-Country-Investment-Negotiators-Cartagena.PDF>, 10.
- 87 Les dépenses réelles de Khan, contestées dans l'arbitrage, variaient entre 16,7 et 50 millions de dollars selon la sentence : Khan Resources Inc., Khan Resources BV et Cauc Holding Company Ltd. c. le gouvernement de la Mongolie et Monatom Co., Ltd. (Affaire PCA n°2011-09), sentence, 2 mars 2015 <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4267.pdf>, para 409.
- 88 Le tribunal d'arbitrage a accordé à Kahn plus de 100 millions de dollars, mais la société a par la suite accepté un paiement de 70 millions de dollars de la Mongolie. See Terrence Edwards (2016) UPDATE 1-Mongolia ends fight over \$100 million mining license arbitration, Reuters, 7 mars, <https://www.reuters.com/article/mongolia-khan-resources/update-1-mongolia-ends-fight-over-100-million-mining-license-arbitration-idUSL4N16F3QS>.
- 89 Secrétariat du TCE (2020), voir note 77, 10.
- 90 Toni Marzal (2020) We Need to Talk About Valuation in ISDS, Verfassungsblog, 5 mars, <https://verfassungsblog.de/we-need-to-talk-about-valuation-in-isd/>. Une enquête a montré que la méthode décrite ici pour calculer la compensation, l'actualisation des flux de trésorerie, est de plus en plus utilisée par les tribunaux d'arbitrage. Voir: PricewaterhouseCoopers (2017) International Arbitration damages research 2017 update, décembre 2017, <https://www.pwc.co.uk/forensic-services/assets/pwc-international-arbitration-damages-research-2017.pdf>, 6.
- 91 Jonathan Bonnitcha et Sarah Brewin (2019) Compensation under Investment Treaties, IISD Best Practice Series, octobre 2019, <https://www.iisd.org/system/files/publications/compensation-treaties-best-practices-en.pdf>, 16.
- 92 Thomas Stauffer (1996) Valuation of Assets in International Takings, 17 Energy Law Journal 459, [https://www.eba-net.org/assets/1/6/5-Vol17\\_No2\\_1996\\_article\\_valuation.pdf](https://www.eba-net.org/assets/1/6/5-Vol17_No2_1996_article_valuation.pdf), 479.
- 93 Caroline Simson (2019) Scrutiny Creeps In On Damages In Investment Arbitration, Law360, 12 juillet [https://www.analysisgroup.com/globalassets/uploadedfiles/content/news\\_and\\_events/news/2019-scrutiny-creeps-in-on-damages-investment-arbitration.pdf](https://www.analysisgroup.com/globalassets/uploadedfiles/content/news_and_events/news/2019-scrutiny-creeps-in-on-damages-investment-arbitration.pdf).
- 94 Megan Davis et al (2014) European court rules Russia must pay Yukos shareholders 1.9 billion euros, Reuters, 31 juillet, <https://www.reuters.com/article/uk-russia-yukos-echr/european-court-rules-russia-must-pay-yukos-shareholders-1-9-billion-euros-idUKKBN0G00Q020140731>.
- 95 Charte de l'Énergie Internationale (2020) Even more renewable energy investors rely on treaty protection: updated statistics of investment arbitration cases under the Energy Charter Treaty, 12 octobre, <https://www.energycharter.org/media/news/article/even-more-renewable-energy-investors-rely-on-treaty-protection-updated-statistics-of-investment-arb/>.
- 96 Secrétariat du TCE (2020), voir note 77, 7.
- 97 Les statistiques de travail du secrétariat de la Charte de l'Énergie définissent une grande entreprise comme « inscrite au classement Platts des 250 plus grandes sociétés énergétiques mondiales (2019) et/ou des 100 plus grandes multinationales non-financières au monde de la CNUCED classées par actifs étrangers » (2018). Voir : secrétariat TCE (2020), note 77, 7. Les demandeurs TCE suivants sont répertoriés dans le classement Platts Top 250 Global Energy Company (2019) : AES (connu pour 2 cas ECT), Engie, EON, EDF (connu pour 2 cas ) et Veolia.
- 98 Vattenfall 'Who we are', <https://group.vattenfall.com/who-we-are>
- 99 Moody's investor service (2019) Credit Opinion Electrabel SA, <https://www.engie.com/sites/default/files/assets/documents/2020-01/electrabel-sa-credit-opinion-22-may-2019.pdf>, 2.
- 100 Commission européenne (pas de date) What is an SME?, [https://ec.europa.eu/growth/smes/business-friendly-environment/sme-definition\\_en](https://ec.europa.eu/growth/smes/business-friendly-environment/sme-definition_en)
- 101 German Association for Small and Medium-Sized Businesses (BVMW) et Schöpflin Stiftung (2016) Is the current free-trade policy an opportunity for or threat to SMEs?, <https://www.bvmw.de/fileadmin/03-Themen/Mittelstand/ttip-broschuere-schoepflin-stiftung-englisch.pdf>, 11.
- 102 Matthew Hodgson et Alastair Campbell (2017), voir note 20.
- 103 Secrétariat du TCE (2020), voir note 77, 15.
- 104 Matthew Hodgson et Alastair Campbell (2017), voir note 20.
- 105 Commission européenne (2019). Tableau de bord 2019 de la justice dans l'UE, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019DC0198&from=EN>, 12.
- 106 Gus van Harten et Pavel Malysheuski (2016) Who has benefited financially from investment treaty arbitration? An evaluation of the size and wealth of claimants, Osgoode Legal Studies Research Paper No. 14, Vol. 12/ Issue. 3 <https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1136&context=olsrps>, 9.
- 107 Ibid., 1.
- 108 Commentaire de Luke Erik Peterson sur cet article : Simon Lester (2017) Misconceptions about ISDS Misconceptions, International Economic Law and Policy Blog, 30 juin, <http://worldtradelaw.typepad.com/ielpblog/2017/06/misconceptions-about-isd-misconceptions.html>.
- 109 Charte de l'Énergie Internationale (2015) Energy Charter welcomes the global agreement on climate change, <https://www.energycharter.org/media/news/article/energy-charter-welcomes-the-global-agreement-on-climate-change/>.
- 110 Gloria M Alvarez et al. (2018), voir note 34, 3.
- 111 Karel Beckman (2020), voir note 26.
- 112 Ethan Zindler et al. (2019), voir note 51, 52.
- 113 Kavaljit Singh et Burghard Ilge (2016) Introduction, in: Kavaljit Singh and Burghard Ilge (eds.) Rethinking Bilateral Investment Treaties: Critical Issues and Policy Choices, [https://www.bothends.org/uploaded\\_files/document/Rethinking\\_Bilateral\\_Investment\\_Treaties\\_Book.pdf](https://www.bothends.org/uploaded_files/document/Rethinking_Bilateral_Investment_Treaties_Book.pdf).
- 114 Ibid.
- 115 Voir par exemple : Agence Internationale de l'Énergie (2020) World Energy Investment 2020, <https://www.iea.org/reports/world-energy-investment-2020>.
- 116 The Creative Disrupters (2018) Treaty on Sustainable Investment for Climate Change Mitigation and Adaption, Article 2.3, <http://stockholmintreatylab.org/wp-content/uploads/2018/07/Treaty-on-Sustainable-Investment-for-Climate-Change-Mitigation-and-Adaptation-1.pdf>.
- 117 Nathalie Bernasconi-Osterwalder et Martin Brauch (2019) Redesigning the Energy Charter Treaty to Advance the Low-Carbon Transition, Transnational Dispute Management, <https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/tv16-1-article08.pdf>. Voir aussi The Creative Disrupters (2018), note 116.
- 118 Gloria M Alvarez et al. (2018), note 34, 2.
- 119 Karel Beckman (2020), note 26.
- 120 Charte de l'Énergie Internationale (2018) - 7th OPEC International Seminar <https://www.energycharter.org/media/news/article/7th-ope-international-seminar/>.
- 121 Yamina Saheb (2019) The Energy Charter Treaty: Assessing its geopolitical, climate and financial impacts, OpenEXP, <https://www.openexp.eu/publications/energy-charter-treaty-assessing-its-geopolitical-climate-and-financial-impacts>, 9.
- 122 Calculs basés sur : Agence Internationale de l'Énergie (2020) Data tables for World Energy Investment 2020; World, <https://iea.blob.core.windows.net/assets/05533a49-fa6b-4cf9-8362-180dad9493b1/WEI2019-Methodology-Annex.pdf>.
- 123 David Coady et al. (2019) Global Fossil Fuel Subsidies Remain Large: An Update Based on Country-Level Estimates, IMF Working Paper WP/19/89, <https://www.imf.org/en/Publications/WP/Issues/2019/05/02/Global-Fossil-Fuel-Subsidies-Remain-Large-An-Update-Based-on-Country-Level-Estimates-46509>.
- 124 Christopher McGlade et Paul Ekins (2015) The geographical distribution of fossil fuels unused when limiting global warming to 2 °C, Nature 517, 187-190, <https://www.nature.com/articles/nature14016>.
- 125 « Le TCE et son mécanisme de règlement des différends pourraient également garantir le changement ordonné et une compensation équitable, le cas échéant, des investissements existants qui devraient être supprimés plus tôt que prévu. » Cité dans : Cara Dowling (2018), voir note 28.

- 126 Nathalie Bernasconi-Osterwalder et Martin Brauch (2019), note 117, 11.
- 127 The Creative Disrupters (2018), note 116, article 2.5.
- 128 Andrei V. Belyi (2020), note 69.
- 129 Gloria M Alvarez et al. (2018), note 34, 2.
- 130 Andrey Konoplyanik (2020) EU climate change politics should not be based on deliberate mistakes, *Natural Gas World*, 16 septembre, <https://www.naturalgasworld.com/eu-climate-change-politics-should-not-be-based-on-deliberate-mistakes-81897>.
- 131 Lazard (2019) Levelized Cost of Energy and Levelized Cost of Storage 2019, <https://www.lazard.com/perspective/lcoe2019>.
- 132 Directive 2018/2001 relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables, préambule (29), Article 4.4 et Article 6, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018L2001&from=FR>.
- 133 Heinrich Böll Stiftung et al. (2018) Energy Atlas. Facts and figures about renewables in Europe, [https://www.boell.de/sites/default/files/energyatlas2018\\_facts-and-figures-renewables-europe.pdf.pdf?dimension1=ds\\_energyatlas](https://www.boell.de/sites/default/files/energyatlas2018_facts-and-figures-renewables-europe.pdf.pdf?dimension1=ds_energyatlas), 17.
- 134 Erneuerbare Energien (2016) Local added value from a community wind farm, 27 juin, <https://www.erneuerbareenergien.de/archiv/local-added-value-from-a-community-wind-farm-150-437-96249.html>; Gottschalk et al (2016) Regionale Wertschöpfung in der Windindustrie am Beispiel Nordhessen, Institut dezentrale Energietechnologien, [https://www.uni-kassel.de/fb07/fileadmin/datas/fb07/5-Institute/IVWL/Wetzler/Regionale\\_Wertsch%C3%B6pfung\\_in\\_der\\_Windindustrie.pdf](https://www.uni-kassel.de/fb07/fileadmin/datas/fb07/5-Institute/IVWL/Wetzler/Regionale_Wertsch%C3%B6pfung_in_der_Windindustrie.pdf).
- 135 Par exemple l'affaire Urgenda aux Pays Bas <https://www.urgenda.nl/en/themas/climate-case/>.
- 136 Paul H. Curnow et al. (2020) Renewable energy: protection of investments through arbitration, *Lexology*, 9 mars <https://www.bakermckenzie.com/en/insight/publications/2020/03/renewable-energy-investments>.
- 137 Christopher Smith et Amy Roebuck Frey (2015) Not quite left out to dry: remedies under international investment treaties available to renewable energy investors harmed by retroactive legislative changes, *Lexology*, 5 novembre, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=cea8f737-0722-4876-85d9-f98555e25835>.
- 138 Wojciech Sadowski (2013) International Investment Treaties as a Possible Shield Against Government Cutbacks in Subsidies for the Green Energy Sector, *JD Supra*, 10 janvier, <https://www.jdsupra.com/legalnews/international-investment-treaties-as-a-p-27058/>.
- 139 Kyla Tienhaara et Christian Downie (2018) Risky Business? The Energy Charter Treaty, Renewable Energy, and Investor-State Disputes, *Global Governance* 24, 451-471, [https://doi.org/10.1163/19426720-02403009\\_458](https://doi.org/10.1163/19426720-02403009_458).
- 140 Tim Webb (2011) Spain's financial crisis claims another victim: the solar power industry, *The Guardian*, 30 mars <https://www.theguardian.com/world/2011/mar/30/new-europe-spain-solar-power>.
- 141 Tribunal Supremo STS 1/2014, 13 janvier 2014, <http://www.poderjudicial.es/search/n?action=contentpdf&dbasematch=TS&referenc=6931591&links=FOTOVOLTAICOS&optimize=20140117&publicinterfaced=true>.
- 142 Rosario Bonifasi (2020) Podemos llegar a una situación de colapso si no se electrifica la economía, *La Información*, 27 juillet, <https://www.lainformacion.com/empresas/anpier-productores-fotovoltaicos-electricacion-economia/2811320/>; Santiago Carcar (2019) Las elecciones acercan una solución para los 60.000 inversores en huertos solares, *La Información*, 30 avril, <https://www.lainformacion.com/espana/elecciones-solucion-60-000-inversores-huertos-solares/6498712/>.
- 143 José Antonio Blanco (2018) La distinta aplicación del Derecho interno e internacional ante las reclamaciones del sector de las renovables por la reforma eléctrica, 2 octobre, <https://www.ccsabogados.com/la-distinta-aplicacion-del-derecho-interno-e-internacional-ante-las-reclamaciones-del-sector-de-las-renovables-por-la-reforma-electrica/>.
- 144 Tom Kucharz et al. (2019) España: Caso paradigmático de los arbitrajes de inversión en el sector de la energías, avril 2019, [https://www.tni.org/files/publication-downloads/ect\\_study-anexoespana.pdf](https://www.tni.org/files/publication-downloads/ect_study-anexoespana.pdf).
- 145 Ibid.
- 146 Par exemple dans d'autres cas : OperaFund (ICSID Case No. ARB/15/36), Foresight and others (SCC Case No. 2015/150), Eiser (ICSID Case No. ARB/13/36), Masdar (ICSID Case No. ARB/14/1).
- 147 Tom Kucharz et al. (2019), note 144.
- 148 Dans 40 cas sur 47, l'investisseur poursuivant l'Espagne était un investisseur financier. Calcul propre basé sur les statistiques de la base de données du TCE jusqu'en octobre 2020. Voir la note 16.
- 149 Ibid.
- 150 Isolux Infrastructure Netherlands B.V. v. Kingdom of Spain (SCC Case No. 2013/153); Charanne B.V. and Construction Investments S.a.r.l. v. Spain (SCC Case No. 062/2012).
- 151 Rafael Mendéz (2018) Luis Delso, expresidente de Isolux, condenado a seis meses por delito fiscal, *El Confidencial*, 28 novembre, [https://www.elconfidencial.com/espana/2018-11-28/luis-delso-gomis-condena-fraude-fiscal-isolux\\_1670082/](https://www.elconfidencial.com/espana/2018-11-28/luis-delso-gomis-condena-fraude-fiscal-isolux_1670082/).
- 152 La Vanguardia (2019) El Tribunal de Justicia de Madrid absuelve a la excúpula de Isolux de fraude, *La Vanguardia*, 13 juin <https://www.lavanguardia.com/vida/20190613/462851568907/el-tribunal-de-justicia-de-madrid-absuelve-a-la-excúpula-de-isolux-de-fraude.html>.
- 153 José María Olmo (2020) Una jueza imputa a la cúpula de Isolux por estafa y falsedad con 850 millones en bonos, *El Confidencial*, 27 janvier, [https://www.elconfidencial.com/espana/2020-01-27/imputar-isolux-cúpula-estafa-falsedad-emision-bonos\\_2428427/](https://www.elconfidencial.com/espana/2020-01-27/imputar-isolux-cúpula-estafa-falsedad-emision-bonos_2428427/).
- 154 Deutsche Welle (2020) La Fiscalía española acusa a la ex cúpula de Isolux de sobornos en Argentina, 10 juin <https://www.dw.com/es/la-fiscal%C3%ADa-espa%C3%B1ola-acusa-a-la-ex-c%C3%BApula-de-isolux-de-sobornos-en-argentina/a-53760256>.
- 155 Les informations sur le montant de la sentence ne sont disponibles que dans 14 des 19 affaires contre l'Espagne qui ont été tranchées en faveur de l'investisseur. Le total de ces 14 affaires s'élevé à 1 089 040 000 euros. Calcul propre basé sur les statistiques de la base de données du TCE jusqu'en octobre 2020. Voir note 16.
- 156 Pablo Pérez-Salido (2019) Royal Decree-Law 17/2019: An Opportunity for Spain to Leave Behind the Renewable Energy Arbitrations?, *Kluwer Arbitration Blog*, 30 décembre, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/12/30/royal-decree-law-17-2019-an-opportunity-for-spain-to-leave-behind-the-renewable-energy-arbitrations/>.
- 157 Sladjana Djunic (2019) Spain extends premium rates for renewables, sector welcomes decision, *Renewables Now*, 26 novembre, <https://renewablesnow.com/news/spain-extends-premium-rates-for-renewables-sector-welcomes-decision-677858/>.
- 158 Jason Deign (2019) Investors Still Waging War With Spain Over Retroactive Cuts, *Green Tech Media*, 4 décembre, <https://www.greentechmedia.com/articles/read/investors-still-waging-war-with-spain-over-retroactive-cuts>.
- 159 Santiago Carcar (2020) España registra más renuncias en los pleitos de las renovables tras Masdar, *La Información*, 21 octobre, <https://www.lainformacion.com/empresas/espana-renuncias-pleitos-renovables/2818530/>.
- 160 Aceris Law (2019) Energy Charter Treaty: Current Status between EU States, 25 juin, <https://www.acerislaw.com/energy-charter-treaty-current-status-between-eu-states/>.
- 161 Jan Kunstyr et Ondrej Svoboda (2020) ECT Modernisation Perspectives: Can the EU Make the ECT the Greenest Investment Treaty of them All?, *Kluwer Arbitration Blog*, 25 juillet 2020, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/07/25/ect-modernisation-perspectives-can-the-eu-make-the-ect-the-greenest-investment-treaty-of-them-all/>.
- 162 Karel Beckman (2020), note 26.
- 163 Secrétariat du TCE (2019) Policy Options for Modernisation of the ECT, 6 octobre, <https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/CCDECS/2019/CCDEC201908.pdf>.
- 164 Rapport interne de la Commission européenne sur une réunion d'experts, l'Investment Protection Standards under the ECT, ayant eu lieu le 27 janvier 2017, rapport daté du 30 janvier 2017. Obtenu suite à une demande de documents <https://www.asktheeu.org/en/request/4067/response/13078/attach/2/Summary%20report%20Exception%20Redacted.pdf>, 1.
- 165 Conseil européen (2020) EU text proposal for the modernisation of the Energy Charter Treaty (ECT), Leaked Working Document WK 11786/2020INIT, 26 octobre, <https://www.politico.eu/wp-content/uploads/2020/10/Commission-Proposal-Economic-Activity-and-Scope-ECT-October-26-2020-Scanned-Version1.pdf>.
- 166 Climate Action Network Europe et European Environmental Bureau (2020) Building a Paris Agreement Compatible (PAC) energy scenario, [https://www.pac-scenarios.eu/fileadmin/user\\_upload/PAC\\_scenario\\_technical\\_summary\\_29jun20.pdf](https://www.pac-scenarios.eu/fileadmin/user_upload/PAC_scenario_technical_summary_29jun20.pdf).
- 167 Commission européenne (2020) EU text proposal for the modernisation of the Energy Charter Treaty (ECT) [https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/may/tradoc\\_158754.pdf](https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/may/tradoc_158754.pdf).

- 168 Conseil européen (2020), note 165.
- 169 Climate Action Network Europe et al. (2020) Press release: Leaked Commission plan fails to bring the Energy Charter Treaty in line with climate commitments, 28 octobre, <https://www.caneurope.org/publications/press-releases/2020-leaked-commission-plan-fails-to-bring-the-energy-charter-treaty-in-line-with-climate-commitments>.
- 170 rban Rusnák (2020) ECT Modernisation Perspectives: Modernisation of the Energy Charter: The Long Story Told Short, Kluwer Arbitration Blog, 21 juillet, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/07/21/ect-modernisation-perspectives-modernisation-of-the-energy-charter-the-long-story-told-short/>.
- 171 Charte de l'Énergie Internationale (2020) Public Communication on the Third Round of Negotiations, [https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/News/20201106\\_Modernisation\\_English.pdf](https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/News/20201106_Modernisation_English.pdf).
- 172 Déclaration sur la modernisation du TCE, voir note 12.
- 173 Yamina Saheb (2020) Modernisation of the Energy Charter Treaty: A Global Tragedy at a High Cost for Taxpayers, OpenExp, janvier 2020, <https://www.openexp.eu/publications/modernisation-energy-charter-treaty-global-tragedy-high-cost-taxpayers>, 24.
- 174 Martin D. Brauch (2018) Tackling Climate Change Through Sustainable Investment: All in a Treaty?, 16 août, <https://sdg.iisd.org/commentary/guest-articles/tackling-climate-change-through-sustainable-investment-all-in-a-treaty/>.
- 175 Conseil européen (2019) Le Conseil adopte des directives de négociation pour la modernisation du traité sur la Charte de l'énergie, Communiqué de presse, 15 juillet, <https://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2019/07/15/council-adopts-negotiation-directives-for-modernisation-of-energy-charter-treaty/>.
- 176 Deutscher Bundestag (2019) Schriftliche Fragen mit den in der Woche vom 11. November 2019 eingegangenen Antworten der Bundesregierung, Drucksache 19/15250, <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/19/152/1915250.pdf>, 39, traduction de l'allemand des auteurs.
- 177 Winston & Strawn (2020) EU Treaty Proposal Constricts Rights Of Energy Investors, 18 mai, <https://www.winston.com/en/thought-leadership/eu-treaty-proposal-constricts-rights-of-energy-investors.html>.
- 178 Commission européenne (2020), note 167, 10.
- 179 Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/13/36), Sentence, 4 mai 2017, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9050.pdf>, paras 362, 382, 458.
- 180 Commission européenne (2020), note 167, 10.
- 181 Gus van Harten (2016) Key Flaws in the European Commission's Proposals for Foreign Investor Protection in TTIP, Osgoode Legal Studies Research Paper No. 16/2016, 17 novembre, <https://ssrn.com/abstract=2692122>.
- 182 Commission européenne (2017) Impact Assessment Multilateral Reform of Investment Dispute Resolution, Commission Staff Working Document SWD(2017) 302 final, 13 septembre, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017SC0302&from=LV>.
- 183 Carlo Pettinato in: Volterra Fietta (2020) Virtual Seminar: The Energy Charter Treaty: is it still fit for purpose and how could it be improved?, <https://www.voltterrafietta.com/upcoming-virtual-seminar-the-energy-charter-treaty-is-it-still-fit-for-purpose-and-how-could-it-be-improved/>, commence à 9:50.
- 184 Commission européenne (2020) Investment Disputes, [https://ec.europa.eu/trade/policy/accessing-markets/dispute-settlement/investment-disputes/#\\_policy](https://ec.europa.eu/trade/policy/accessing-markets/dispute-settlement/investment-disputes/#_policy)
- 185 Commission européenne (2020) Commission presents EU proposal for modernising Energy Charter Treaty, 27 mai <https://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=2148>.
- 186 Charte de l'Énergie Internationale (2018), note 14.
- 187 Charte de l'Énergie Internationale (2020), Public communication on the second negotiation round on the modernisation of the Energy Charter Treaty, [https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/News/2020.09\\_Public\\_Communication\\_on\\_the\\_second\\_negotiation\\_round.pdf](https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/News/2020.09_Public_Communication_on_the_second_negotiation_round.pdf).
- 188 Voir par exemple, Corporate Europe Observatory et al. (2016) L'ISDS mort-vivant. Rebaptisée «ICS», la Charte des pleins pouvoirs refuse de mourir, mars, <https://corporateeurope.org/fr/international-trade/2016/09/lisds-mort-vivant>
- 189 La Commission européenne a récemment estimé qu'il faudrait encore 10 ans de négociations sur la proposition de la Cour multilatérale des investissements.
- 190 Voir par exemple : Seattle to Brussels Network et al. (2017) A World Court for Corporations, <https://www.tni.org/en/publication/a-world-court-for-corporations>.
- 191 Gus van Harten (2016) Arbitrator Behaviour in Asymmetrical Adjudication (Part Two), Osgoode Legal Studies Research Paper No. 31/2016, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2721920](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2721920).
- 192 Andrei Belyi (2020) The Energy Charter Treaty needs updating, but remains a valuable tool for the transition, Energy Post, 24 septembre, <https://energypost.eu/the-energy-charter-treaty-needs-updating-but-remains-a-valuable-tool-for-the-transition/>.
- 193 Brussels Press Club TV (2019) The Energy Charter Treaty, enregistrement d'un événement organisé par TNI, CEO et Friends of the Earth Europe, 4 septembre, <https://www.youtube.com/watch?v=lq0MdyK2CdY>, minute 23'00.
- 194 Les exceptions sont la Jordanie et le Yémen où le TCE n'est pas encore en vigueur depuis assez longtemps. Voir : <https://energycharter.org/who-we-are/members-observers/>
- 195 CNUCED (2020) The Changing IIA Landscape: New Treaties and Recent Policy Developments, IIA Issue Note, <https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2020d4.pdf>, 2.
- 196 Agreement for the Termination of Bilateral Investment Treaties between the Members of the European Union, 5 mai 2020, [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business\\_economy\\_euro/banking\\_and\\_finance/documents/200505-bilateral-investment-treaties-agreement\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/200505-bilateral-investment-treaties-agreement_en.pdf).
- 197 Les investisseurs de l'UE ont poursuivi des États membres de l'UE dans 89 des 134 cas TCE. Calcul propre basé sur les statistiques de la base de données du TCE jusqu'en octobre 2020. Voir la note 16.
- 198 Parlement européen, proposition de résolution sur le pacte vert pour l'Europe B9-0040/2020 le 10 janvier 2020 pour les Verts/ALE Article 142 [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/B-9-2020-0040\\_FR.pdf](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/B-9-2020-0040_FR.pdf) et Parlement européen, proposition de résolution sur le pacte vert pour l'Europe 9-0044/2020/REV le 10 janvier 2020 pour la GUE/NGL Article 73 [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/B-9-2020-0044\\_FR.pdf](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/B-9-2020-0044_FR.pdf)
- 199 Déclaration sur la modernisation du TCE, voir note 12.
- 200 Andrei V. Belyi (2020), note 69.
- 201 Lettre de 7 rapporteurs spéciaux des Nations Unies et d'experts indépendants, 7 mars 2019, [https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Development/IEDebt/OL\\_ARM\\_07.03.19\\_1.2019.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Development/IEDebt/OL_ARM_07.03.19_1.2019.pdf), 1.
- 202 CNUCED (2018) UNCTAD's reform package for the international investment regime, [https://investmentpolicy.unctad.org/uploaded-files/document/UNCTAD\\_Reform\\_Package\\_2018.pdf](https://investmentpolicy.unctad.org/uploaded-files/document/UNCTAD_Reform_Package_2018.pdf), 92.
- 203 CNUCED (2020), voir note 195.
- 204 CNUDCI Groupe de travail III: Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États, [https://unctad.un.org/fr/working\\_groups/3/investor-state](https://unctad.un.org/fr/working_groups/3/investor-state).
- 205 Pour un aperçu du processus voir : Centre de Ressources sur les Entreprises et les Droits de l'Homme, Traité Contraignant, <https://www.business-humanrights.org/fr/th%C3%A8mes-majeurs/trait%C3%A9-contraignant/>
- 206 Déclaration de cette video : ZDF Frontal 21 (2020) Schiedsgerichte gegen Klimaschutz, 8 septembre, [https://www.youtube.com/watch?v=OJrp\\_5c0xs](https://www.youtube.com/watch?v=OJrp_5c0xs), minute 8:09.
- 207 Annette Magnusson (2019) Opening Remarks at Energy Charter Treaty Forum, 20 novembre, [https://sccinstitute.com/media/1415244/ect-forum-2019\\_annette-magnusson\\_opening-remarks.pdf](https://sccinstitute.com/media/1415244/ect-forum-2019_annette-magnusson_opening-remarks.pdf).
- 208 Charte de l'Énergie Internationale (2015) Africa and the Energy Charter: the bountiful continent and the energy conundrum, [https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Infographics/2015\\_Energy\\_Charter\\_And\\_Africa.pdf](https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Infographics/2015_Energy_Charter_And_Africa.pdf), 1.
- 209 Karel Beckman (2020), voir note 26.
- 210 Joachim Pohl (2018), voir note 48; Josef C. Brada et al. (2020), voir note 49.
- 211 Basé sur les chiffres du navigateur de règlement des différends relatifs aux investissements de la CNUCED au 1er décembre 2020. Sur les 1 061 plaintes connues à ce jour, 633 proviennent d'investisseurs dont l'État d'origine est un pays membre du TCE. <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement?status=1000>.
- 212 Tim R Samples (2019) Winning and Losing in Investor-State Dispute Settlement, American Business Law Journal, Volume 56, Issue 1, 115-175 <https://doi.org/10.1111/ablj.12136>, 143.

213 Corporate Europe Observatory et al. (2020), voir note 15, 14.

214 Ibid.

215 James Nyamongo (2019) Why Kenya must join Energy Charter Treaty, Business Daily Africa, 9 décembre <https://www.businessdailyafrica.com/analysis/ideas/Why-Kenya-must-join-Energy-Charter-Treaty/4259414-5379548-k57kgiz/index.html>.

216 Pour une liste des membres du comité consultatif de l'industrie <https://www.energycharter.org/who-we-are/industry-advisory-panel/>. Les membres du groupe de travail consultatif juridique peuvent être trouvés ici : <https://www.energycharter.org/who-we-are/legal-advisory-task-force/>. Pour une analyse de la composition biaisée des deux groupes à partir de 2018, voir : Corporate Europe Observatory et the Transnational Institute (2018), voir note 63, chapitre 3.1.

217 Frédéric Simon (2019), voir note 23.

218 Voir ce film : ZDF Frontal 21 (2020), voir note 206 ; en particulier à partir de 6:30.

219 Karel Beckman (2020), voir note 26.

220 Lettre ouverte des organisations sur le mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) et le COVID -19, juin 2020, <http://s2bnetwork.org/lettre-ouverte-des-organisations-sur-le-mecanisme-de-reglement-des-differends-entre-investisseurs-et-etats-rdie-et-le-covid-19/>

221 Public Statement on the International Investment Regime, 31 août 2010, <https://www.osgoode.yorku.ca/public-statement-international-investment-regime-31-august-2010/>; Legal Statement on investment protection and investor-state dispute settlement mechanisms in TTIP and CETA, octobre 2016, <https://www.tni.org/files/article-downloads/13-10-16-legal-statementen.pdf>; 230 Law and Economics Professors Urge President Trump to Remove Investor-State Dispute Settlement (ISDS) From NAFTA and Other Pacts, 25 octobre 2017, <https://www8.gsb.columbia.edu/faculty/jstiglitz/sites/jstiglitz/files/2017%20Letter%20to%20Pres.pdf>.

222 Lettre de 7 rapporteurs spéciaux des Nations Unies et d'experts indépendants, 7 mars 2019, voir note 201.

223 Deutscher Richterbund, Stellungnahme zur Errichtung eines Investitionsgerichts für TTIP - Vorschlag der Europäischen Kommission vom 16.09.2015 und 12.11.2015, Nr. 04/16, 4 février 2016, Traduction non-officielle : [https://www.foeeurope.org/sites/default/files/eu-us\\_trade\\_deal/2016/english\\_version\\_deutsche\\_richterbund\\_opinion\\_ics\\_feb2016.pdf](https://www.foeeurope.org/sites/default/files/eu-us_trade_deal/2016/english_version_deutsche_richterbund_opinion_ics_feb2016.pdf).

224 Déclaration sur la modernisation du TCE, voir note 12.

225 CNUCED (2020) World Investment Report 2020: International Production beyond the Pandemic, [https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2020\\_en.pdf](https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2020_en.pdf), 106.

226 Christopher Kidanka (2018) Tanzania ends investment treaty with Netherlands, The East African, 6 octobre, <https://www.theeastafrican.co.ke/business/Tanzania-ends-investment-treaty-with-Netherlands/2560-4794614-3ywb8l/index.html>; Both Ends (2018) Uganda terminates investment treaty, 31 mai, <http://annualreport.bothends.org/uganda-terminates-investment-treaty/>; Tarcisio Gazzini (2017) The 2016 Morocco-Nigeria BIT: An Important Contribution to the Reform of Investment Treaties, Investment Treaty News, 26 septembre, <https://www.iisd.org/itn/2017/09/26/the-2016-morocco-nigeria-bit-an-important-contribution-to-the-reform-of-investment-treaties-tarcisio-gazzini/>.

227 CNUCED (2019) Reforming Investment Dispute Settlement: A Stocktaking, IIA Issue Note, [https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2019d3\\_en.pdf](https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2019d3_en.pdf), 3.

228 Nathalie Bernasconi-Osterwalder (2017) L'élargissement de la Charte de l'Énergie à l'Afrique et à l'Asie : défaire la réforme du droit international de l'investissement ?, Investment Treaty News, 12 juin, <https://www.iisd.org/itn/fr/2017/06/12/expansion-energy-charter-ect-africa-asia-undoing-reform-international-investment-law-nathalie-bernasconi-osterwalder/>.

Tous les liens ont été consultés le 14 décembre 2020.



