

Brussels, 13 February 2023
SG/23/E/0047

Ms. Roberta Metsola
President
European Parliament
Paul-Henri SPAAK09B011
60, rue Wiertz
1047 Brussels (Belgium)
president@ep.europa.eu

Dear Ms. President,

I reply to your letter (D314849) sent by the Deputy Secretary-General, Mr Winkler, on your behalf and received in early January 2023 informing the Energy Charter Secretariat of the resolution adopted by the European Parliament on 24 November 2022 on the outcome of the modernisation of the Energy Charter Treaty (the resolution).

While it is regrettable that the European Parliament (and the Council) did not hear the opinion of the Secretariat before taking the resolution, let me clarify some relevant points:

- Contrary to what it is stated in the resolution, the Intergovernmental Panel on Climate Change did not mention in its 2022 report on the mitigation of climate change that the ECT is 'a serious obstacle to climate change mitigation' (such quote appeared only for the first time in a news item of an NGO). On the contrary, the report considers the modernisation of the ECT as part of the ongoing reform processes incorporating climate change.
- The resolution does not clarify how the modernised ECT 'is not aligned to the Paris Agreement', which does not require the 'immediate prohibition of fossil fuels investments'. The modernised ECT introduces a stand-alone provision on the Paris Agreement (reaffirms the respective rights and obligations) and a flexibility mechanism based on the principle of 'Common But Differentiated Responsibilities' underpinning the Paris Agreement, allowing the Contracting Parties to exclude investment protection of some energy materials and products, or activities, based on their energy security and climate goals. The modernised ECT further requires to review the scope of protected investments under the ECT every five years to update it to the evolving needs of Contracting Parties and society as well as to technological developments. The modernized ECT sets a cut-off date for the protection of fossil fuels that falls within the EU's objective of becoming climate neutral by 2050 (while still providing protection to investments in green energy) and is based on the deadlines contained in the proposal submitted by the EU in February 2021. The European Commission acknowledged in October 2022 that the amendments will effectively bring the ECT in line with EU's modern standards of investment protection and energy and climate objectives, including the Paris Agreement.

ENERGY CHARTER SECRETARIAT
Boulevard de la Woluwe, 46
B-1200 Brussels, Belgium

Mail: secgen@encharter.org
Web: www.energycharter.org
Phone: +32 2 775 98 10
Fax: +32 2 775 98 13

- In fact, the Agreement in Principle implements most of the reform policy options relevant for climate action (as paragraph 10 of the resolution of the European Parliament confirms and welcomes), and could also be considered the first coordinated multinational effort to implement a comprehensive review aligned with the Paris Agreement.
- As mentioned in the resolution, EU Member States have around 1,500 bilateral investment treaties (BITs) that protect fossil fuels and include investment arbitration (ISDS); also the new international investment agreements of the EU (such as CETA) do not exclude fossil fuels and do not contain any provision on the Paris Agreement and climate change (only recently it is proposed for negotiation as a clarification decision for CETA). If for coherence the EU and its Member States have to withdraw from those agreements instead of reviewing them, how will the 'acceleration of global investments in clean energy' be protected? Furthermore, investment guarantee agencies require (as an essential precondition for granting an investment guarantee -which covers only a limited number of political risks-) sufficient legal protection of the investment in the host country, which is generally ensured through BITs (as confirmed by the German investment promotion scheme among others). Similarly, MIGA (the World Bank's Multilateral Investment Guarantee Agency) confirmed that ratification of the ECT is an important sign that the host country is willing to accord adequate legal protection for investments.
- While the resolution complains about the modernised ECT still having ISDS provisions:
 - o it does not mention that on 14 March 2022 the Council of the European Union allowed Member States to adopt the amendments to the ICSID (International Centre for Settlement of Investment Disputes) rules (ISDS) instead of requesting withdrawal from it. While the EU is not a member of ICSID, it has also incorporated by reference the ICSID rules into its trade and investment agreements as it is mentioned in the Council decision.
 - o article 26 of the ECT still allows the application of any previously agreed dispute settlement procedure.
 - o among the ISDS cases under the ECT against the EU or an EU Member state, only 4 cases (of which 1 was withdrawn and other is suspended) were related to an environmental measure. The majority of cases (76%) refer to renewable energy.
 - o Even if the ECT and all BITs are terminated, investment insurers would still be able to enforce the claims the insured has against the state in arbitration (e.g. Art 57 and Annex II of MIGA convention).
- The withdrawal of the EU from the ECT will also affect:
 - o the Association Agreement with Ukraine, which incorporates Article 7 of the ECT (Transit).
 - o the current application, through the ECT, of WTO rules to non-WTO members such as Azerbaijan (the partnership and cooperation agreement expressly refers to the ECT) and Turkmenistan in case of trade disputes.
 - o the current energy transit rules (which include the obligation not to stop energy transit in case of a dispute) with non-EU members who are Contracting Parties to the ECT.
 - o international energy cooperation between OECD and non-OECD countries.
- The suggested *inter-se* agreement (based on the Vienna Convention on the Law of Treaties) 'clarifying that the ECT and its sunset clause do not, and never did, apply in an intra-EU context' may not provide the expected legal certainty and protection since it:
 - o could be considered as a reservation (which is not allowed by Article 46 of the ECT) or as a 'protocol' for complementing or supplementing the provisions of the ECT (which would require approval by the Energy Charter Conference).
 - o could only be entered into by Contracting Parties (so it would not apply to Italy and any other EU Member state that withdraws before the entry into force of the inter-se agreement).

- article 16 of the ECT (which disappears in the proposed modernisation and has been frequently used by arbitral tribunals in the past) would not allow such inter-se agreement to apply since it would be less favourable for investors.
- Neither the EU nor other Contracting Parties to the ECT (e.g. Afghanistan, France, Iceland, Jordan, Romania, Türkiye and Yemen) are parties to the Vienna Convention on the Law of Treaties, which would hinder any *inter-se* agreement based on that Convention.
- Contrary to what it is mentioned in the resolution of the Parliament, new investments in fossil fuels after 15 August 2023 won't lose protection unless the EU stops blocking the adoption of the modernisation. In fact, a withdrawal from the ECT without adopting the modernisation would mean:
 - no express confirmation that the ECT does not apply intra-EU, while the adoption of the modernisation would include a clear disconnecting clause.
 - new investments in fossil fuels made until end of 2023 (for Germany, France and Poland) or much later in 2024 (for the EU and other member states, depending on the effective date of withdrawal) will obtain protection for the following 20 years under the current ECT rules. Only the adoption of the modernisation would limit protected investments to those made until 15 August 2023.
- While some EU Member States have notified their intention to withdraw from the ECT, they have also confirmed they did not intend to block the adoption of the modernisation. However, the abstention of four EU Member States in the Council discussions on the position of the EU, has resulted in a *de facto* block by the EU of the adoption of the modernisation, i.e. an express prohibition to non-EU Contracting Parties from better aligning their obligations under the ECT to the Paris Agreement as the modernised ECT would facilitate.

For all those reasons, the potential withdrawal from the ECT should be separated from the adoption of the modernisation. As already stressed by the European Commission, it is in the best interest of the EU and its Member States not to object to the adoption of the modernisation before any potential withdrawal; otherwise, the EU and its Member States would be deliberately (i) not approving the disconnecting clause, (ii) prohibiting other Contracting Parties to better align their ECT obligations with the Paris Agreement and (iii) extending the protection coverage to many new fossil fuels investments in the EU (including those made after 15 August 2023 until the effective date of withdrawal). Furthermore, the EU non-objection to the adoption of the modernisation of the ECT would not require the EU or its Member States to ratify the modernised ECT.

Yours sincerely,

Guy Lentz



Copy :

- Ms. Kadri Simson, European Commissioner for Energy
- Mr. Charles Michel, President of the European Council
- Mr. Frans Timmermans, Executive Vice President of the European Commission

French version

Bruxelles, 13 Février 2023
SG/23/E/0047

Ms. Roberta Metsola
Présidente
Parlement européen
Paul-Henri SPAAK09B011
60, rue Wiertz
1047 Bruxelles (Belgique)
president@ep.europa.eu

Madame la Présidente,

Je réponds à votre lettre (D314849) envoyée par le Secrétaire général adjoint, M. Winkler, en votre nom et reçue début janvier 2023, informant le Secrétariat de la Charte de l'énergie de la résolution adoptée par le Parlement européen le 24 novembre 2022 sur les résultats de la modernisation du Traité sur la Charte de l'énergie (la résolution).

Bien qu'il soit regrettable que le Parlement européen (et le Conseil) n'ait pas entendu l'avis du Secrétariat avant d'adopter la résolution, permettez-moi de clarifier certains points pertinents :

- Contrairement à ce qui est indiqué dans la résolution, le Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat n'a pas mentionné dans son rapport 2022 sur l'atténuation du changement climatique que le TCE est « un obstacle sérieux à l'atténuation du changement climatique » (cette citation est apparue pour la première fois dans un article d'une ONG). Au contraire, le rapport considère la modernisation du TCE comme faisant partie des processus de réforme en cours intégrant le changement climatique.
- La résolution ne précise pas comment le TCE modernisé « n'est pas aligné sur l'Accord de Paris », qui n'exige pas « l'interdiction immédiate des investissements dans les combustibles fossiles ». Le TCE modernisé introduit une disposition autonome sur l'Accord de Paris (réaffirme les droits et obligations respectifs) et un mécanisme de flexibilité basé sur le principe des « responsabilités communes, mais différenciées » qui sous-tend l'Accord de Paris, permettant aux parties contractantes d'exclure la protection des investissements de certains matériaux et produits énergétiques, ou de certaines activités, en fonction de leurs objectifs en matière de sécurité énergétique et de climat. Le TCE modernisé exige en outre de réexaminer tous les cinq ans le champ des investissements protégés par le TCE afin de l'adapter à l'évolution des besoins des parties contractantes et de la société, ainsi qu'aux progrès technologiques. Le TCE modernisé fixe une date limite pour la protection des combustibles fossiles qui s'inscrit dans l'objectif de l'UE de devenir neutre sur le plan climatique d'ici 2050 (tout en continuant à protéger les investissements dans les énergies vertes) et se fonde sur les délais contenus dans la proposition soumise par l'UE en février 2021. La Commission européenne a reconnu en octobre 2022 que les modifications apportées rendront effectivement

le TCE conforme aux normes modernes de l'UE en matière de protection des investissements et aux objectifs énergétiques et climatiques, y compris l'Accord de Paris.

- En fait, l'Accord de principe met en œuvre la plupart des options politiques de réforme pertinentes pour l'action climatique (comme le confirme et salue le paragraphe 10 de la résolution du Parlement européen), et pourrait également être considéré comme le premier effort multinational coordonné pour mettre en œuvre une révision complète alignée sur l'Accord de Paris.
- Comme mentionné dans la résolution, les États membres de l'UE ont environ 1 500 traités bilatéraux d'investissement (TBI) qui protègent les combustibles fossiles et incluent l'arbitrage d'investissement (règlement des différends entre investisseurs et États - RDIE) ; de même, les nouveaux accords internationaux d'investissement de l'UE (tels que l'AECG) n'excluent pas les combustibles fossiles et ne contiennent aucune disposition sur l'Accord de Paris et le changement climatique (ce n'est que récemment qu'il est proposé de négocier en tant que décision de clarification pour l'AECG). Si, par souci de cohérence, l'UE et ses États membres doivent se retirer de ces accords au lieu de les réviser, comment l'« accélération des investissements mondiaux dans les énergies propres » sera-t-elle protégée ? En outre, les agences de garantie des investissements exigent (comme condition préalable essentielle à l'octroi d'une garantie d'investissement -qui ne couvre qu'un nombre limité de risques politiques-) une protection juridique suffisante de l'investissement dans le pays d'accueil, ce qui est généralement assuré par les TBI (comme le confirme notamment le régime allemand de promotion des investissements). De même, la MIGA (l'agence multilatérale de garantie des investissements de la Banque mondiale) a confirmé que la ratification du TCE est un signe important de la volonté du pays d'accueil d'accorder une protection juridique adéquate aux investissements.
- Alors que la résolution se plaint que le TCE modernisé comporte toujours des dispositions relatives au RDIE :
 - Elle ne mentionne pas que le 14 mars 2022, le Conseil de l'Union européenne a autorisé les États membres à adopter les amendements aux règles du CIRDI (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements) (RDIE) au lieu de demander le retrait de celui-ci. Bien que l'UE ne soit pas membre du CIRDI, elle a également intégré par référence les règles du CIRDI dans ses accords de commerce et d'investissement, comme cela est mentionné dans la décision du Conseil.
 - L'article 26 du TCE permet toujours l'application de toute procédure de règlement des différends préalablement convenue.
 - Parmi les cas de RDIE en vertu du TCE contre l'UE ou un État membre de l'UE, seuls 4 cas (dont 1 a été retiré et l'autre est suspendu) étaient liés à une mesure environnementale. La majorité des cas (76%) concerne les énergies renouvelables.
 - Même si le traité sur l'environnement et tous les accords bilatéraux d'investissement sont abrogés, les assureurs des investissements pourront toujours faire valoir les droits de l'assuré contre l'État dans le cadre d'un arbitrage (par exemple, l'article 57 et l'annexe II de la convention MIGA).
- Le retrait de l'UE du TCE affectera également
 - L'accord d'association avec l'Ukraine, qui intègre l'article 7 du TCE (Transit).
 - L'application actuelle, par le biais du TCE, des règles de l'OMC à des pays non membres de l'OMC tels que l'Azerbaïdjan (l'accord de partenariat et de coopération fait expressément référence au TCE) et le Turkménistan en cas de différends commerciaux.

- les règles actuelles de transit de l'énergie (qui comprennent l'obligation de ne pas arrêter le transit de l'énergie en cas de différend) avec les Etats non-membres de l'UE qui sont des parties contractantes du TCE.
- la coopération internationale en matière d'énergie entre les pays membres et non membres de l'OCDE.
- L'accord inter se suggéré (basé sur la Convention de Vienne sur le droit des traités) « clarifiant que le TCE et sa clause d'extinction ne s'appliquent pas, et ne se sont jamais appliqués, dans un contexte intra-UE » pourrait ne pas fournir la sécurité et la protection juridiques attendues, car
 - Il pourrait être considéré comme une réserve (ce qui n'est pas autorisé par l'article 46 du TCE) ou comme un « protocole » visant à compléter ou à suppléer les dispositions du TCE (ce qui nécessiterait l'approbation de la Conférence sur la Charte de l'énergie).
 - Il ne pourrait être conclu que par les parties contractantes (il ne s'appliquerait donc pas à l'Italie ni à tout autre État membre de l'UE qui se retirerait avant l'entrée en vigueur de l'accord inter se).
 - L'article 16 du TCE (qui disparaît dans la proposition de modernisation et a été fréquemment utilisé par les tribunaux arbitraux dans le passé) ne permettrait pas l'application d'un tel accord inter se car il serait moins favorable aux investisseurs.
 - Ni l'UE ni les autres parties contractantes au TCE (par exemple l'Afghanistan, la France, l'Islande, la Jordanie, la Roumanie, la Turquie et le Yémen) ne sont parties à la Convention de Vienne sur le droit des traités, ce qui empêcherait tout accord inter se fondé sur cette convention.
- Contrairement à ce qui est mentionné dans la résolution du Parlement, les nouveaux investissements dans les combustibles fossiles après le 15 août 2023 ne perdront pas leur protection à moins que l'UE ne cesse de bloquer l'adoption de la modernisation. En effet, un retrait du TCE sans adoption de la modernisation signifierait que :
 - Aucune confirmation expresse existerait confirmant que le TCE ne s'applique pas à l'intérieur de l'UE, alors que l'adoption de la modernisation comprendrait une clause de déconnexion claire.
 - Les nouveaux investissements dans les combustibles fossiles réalisés jusqu'à la fin de 2023 (pour l'Allemagne, la France et la Pologne) ou beaucoup plus tard en 2024 (pour l'UE et les autres États membres, en fonction de la date effective du retrait) obtiendraient une protection pour les 20 années suivantes en vertu des règles actuelles du TCE. Seule l'adoption de la modernisation limiterait les investissements protégés à ceux réalisés jusqu'au 15 août 2023.
- Si certains États membres de l'UE ont notifié leur intention de se retirer du TCE, ils ont également confirmé qu'ils n'avaient pas l'intention de bloquer l'adoption de la modernisation. Toutefois, l'abstention de quatre États membres de l'UE lors des discussions du Conseil sur la position de l'UE a entraîné un blocage *de facto* par l'UE de l'adoption de la modernisation, c'est-à-dire une interdiction expresse pour les parties contractantes non européennes de mieux aligner leurs obligations en vertu du TCE sur l'Accord de Paris, comme le TCE modernisé le faciliterait.

Pour toutes ces raisons, le retrait potentiel du TCE devrait être séparé de l'adoption de la modernisation. Comme l'a déjà souligné la Commission européenne, il est dans le meilleur intérêt de l'UE et de ses États membres de ne pas s'opposer à l'adoption de la modernisation avant tout retrait potentiel ; sinon, l'UE et ses États membres (i) n'approuveraient pas la clause de déconnexion, (ii) interdiraient aux autres parties contractantes de mieux aligner leurs obligations au titre du TCE sur l'Accord de Paris et (iii) étendent la couverture de protection à de nombreux nouveaux investissements dans les combustibles fossiles dans l'UE (y compris ceux réalisés après le 15 août 2023 jusqu'à la date

effective du retrait). En outre, la non-objection de l'UE à l'adoption de la modernisation du TCE n'obligerait pas l'UE ou ses États membres à ratifier le TCE modernisé.

Je vous prie d'agréer, Madame, Monsieur, l'expression de mes sentiments distingués,

Guy Lentz

Copie :

- Mme Kadri Simson, Commissaire européen à l'énergie
- M. Charles Michel, Président du Conseil européen
- M. Frans Timmermans, Vice-président exécutif de la Commission européenne