

Bruxelles, 23 février 2023
SG/23/E/0064

Commission de l'énergie, de l'environnement et du climat

Chambre des représentants de Belgique

Palais de la Nation

B-1008 (Belgique)

Chers membres de la Commission,

Je tiens à exprimer ma gratitude pour m'avoir invité à l'audition de la Commission sur la proposition de résolution visant à soutenir le retrait de l'Union européenne du Traité sur la charte de l'énergie (DOC 55 2593/001), une invitation que j'accepte volontiers. Je pense en effet qu'il est important d'encourager dans le cadre de consultations sur un sujet aussi important la participation des acteurs de la société civile, du monde universitaire, de l'industrie et des agences gouvernementales, ainsi que du Secrétariat de la Charte de l'énergie (Secrétariat) qui a une connaissance directe et approfondie du processus de la Charte de l'énergie. Compte tenu des défis actuels dans le secteur de l'énergie, de la crise climatique, la nécessité d'accélérer la transition vers une énergie « propre » et la réforme en cours du régime international d'investissement, la question du retrait du Traité sur la charte de l'énergie (TCE) ne doit pas être prise à la légère.

Ayant été sollicité pour donner mon avis sur la proposition, j'aimerais aborder brièvement la partie introductive de la proposition de résolution et porter à votre attention ce qui suit.

En ce qui concerne le point A¹

- 1. La proposition suggère que le TCE est perçu par les investisseurs comme une « police d'assurance » et une « source de profit » supplémentaire. Or,**

¹ « *considérant les éléments problématiques associés au Traité sur la charte de l'énergie et à sa clause d'arbitrage international des différends entre investisseurs et États [...]* ».

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

- L'assurance contre les risques politiques (fournie par l'Agence multilatérale de garantie des investissements (AMGI) de la Banque mondiale ou par d'autres institutions internationales et nationales ou par des sociétés privées) :

- **Requiert une sécurité et une protection juridiques des investissements dans un pays d'accueil**, généralement assurées par des accords internationaux d'investissement (par exemple, l'une des conditions préalables dans le cadre du régime allemand de protection des investissements étrangers est une protection juridique suffisante dans un pays d'accueil, qui doit être assurée par des traités de protection des investissements ; voir également l'article 12 de la convention de l'AMGI).
- **Couvre moins les risques politiques que les accords internationaux d'investissement** (par exemple, les garanties de l'AMGI ne couvrent pas les violations du traitement juste et équitable).
- **Est limité dans le temps** (par exemple, l'AMGI assure les investissements généralement jusqu'à 15 ans, alors que les investissements dans le secteur de l'énergie, dont les coûts initiaux sont élevés, ont un cycle de vie plus long).
- **Peut ne pas couvrir certains pays en raison de risques élevés.**
- **Couvre une valeur économique limitée** : les investisseurs assurés sont responsables d'un pourcentage de la perte et la compagnie d'assurance a une limite de paiement (par exemple, l'AMGI a une limite de 720 millions de dollars par pays sur une base nette et de 220 millions de dollars par projet sur une base nette).
- **Limité aux nouveaux investissements**, dans le cas des fournisseurs d'assurance gouvernementaux.
- **N'exclut pas le règlement des différends entre investisseurs et États (ISDS)**, puisque les fournisseurs d'assurance qui indemnisent les investisseurs peuvent entamer un arbitrage contre l'État hôte (par exemple, article 18 et article 57 de la convention AMGI).

- Le TCE n'offre pas de source de profit supplémentaire aux investisseurs. Il applique la norme de droit international de la réparation intégrale dans la mesure où les dommages sont établis. En outre, le TCE « modernisé » précise que les dommages-intérêts monétaires seront limités à la perte subie par un investisseur et ne pourront pas inclure des dommages-intérêts punitifs.

2. **La proposition suggère que les investisseurs réclament des montants importants de dommages et intérêts, qui dépassent souvent les montants investis.** Toutefois, ce ne sont pas les montants réclamés qui sont le facteur pertinent, mais les montants effectivement accordés (qui sont bien inférieurs).

3. **La proposition suggère que les États défendeurs reconnus coupables de violation du TCE sont responsables d'un montant important de dommages et intérêts.** Cependant,

- Le montant total des indemnités pécuniaires (hors majoration fiscale et intérêts) accordées aux requérants de l'Union européenne (UE) dans le cadre de litiges avec des parties contractantes non membres de l'UE est d'environ **39 milliards d'euros**.

- Le montant total des indemnités pécuniaires (hors majoration fiscale et intérêts) accordées aux requérants dans le cadre de litiges avec des États membres de l'UE est d'environ **1,8 milliard d'euros**. Il n'y a aucune information indiquant qu'un seul euro a été payé aux requérants à ce jour. Au contraire, les États membres de l'UE ont résisté et contesté le paiement des indemnités, parfois avec la Commission européenne, en faisant valoir qu'il pourrait s'agir d'une aide d'État illégale en vertu du droit communautaire ou qu'il s'agit du résultat d'un arbitrage « intra-UE » illégal (même si la clause de « déconnexion » interdisant l'arbitrage intra-UE n'apparaîtrait que dans le TCE modernisé).
- La proposition souligne que les affaires ISDS sont généralement engagées contre des États dont les niveaux de démocratie et d'État de droit sont relativement élevés. Néanmoins, le rapport 2022 sur l'État de droit de la Commission européenne soulève des inquiétudes concernant certains pays de l'UE, ce qui peut entraîner un manque de confiance pour les investisseurs non européens.

4. La proposition suggère que le TCE offre aux investisseurs une protection supplémentaire pour leurs investissements dans les combustibles fossiles contre les actions réglementaires des États. Cependant,

- Les tribunaux d'arbitrage sous le TCE actuel ont confirmé que les parties contractantes peuvent prendre des mesures réglementaires pour répondre à l'évolution des circonstances dans l'intérêt public, pour autant qu'elles ne soient pas incohérentes, discriminatoires, rétroactives et arbitraires.
- Le TCE protège les investissements dans les énergies renouvelables, qui sont essentiels à la transition vers une énergie propre. Parmi les affaires ISDS intentées contre l'EU et ses États membres, **76%** des affaires concernent les énergies renouvelables.
- Les quantités d'émissions générées par les investissements protégés par le TCE et l'impact fiscal de la protection offerte par le TCE mentionnés dans la résolution ne sont pas basés sur une méthodologie objective et vérifiable.
- Le TCE n'a généré que quatre affaires ISDS impliquant des États membres de l'UE et pouvant être considérées comme liées à la transition énergétique, à l'action climatique ou à la protection de l'environnement. Deux de ces affaires sont suspendues et une autre sera probablement abandonnée.
- Le TCE modernisé renforce le droit des parties contractantes à réglementer sur leur territoire conformément à la nouvelle politique d'investissement de l'UE (comme l'a confirmé la Commission européenne) avec
 - o un nouvel article autonome sur le droit de réglementer dans l'intérêt d'objectifs légitimes de politique publique (y compris l'atténuation du changement climatique et l'adaptation à celui-ci) et une clarification expresse selon laquelle une telle réglementation non discriminatoire ne serait pas considérée comme une expropriation indirecte ;

- un certain nombre de dispositions sur le développement durable, réaffirmant les droits et obligations respectifs des parties contractantes en vertu des accords multilatéraux sur l'environnement et le travail et reconnaissant l'urgence de lutter efficacement contre le changement climatique ;
 - promouvoir l'adhésion aux normes et principes internationaux de conduite responsable des entreprises.
- Le texte modernisé fixe une date limite pour la protection des combustibles fossiles dans l'UE, qui s'inscrit dans l'objectif de l'UE de devenir neutre sur le plan climatique d'ici à 2050 (tout en continuant à protéger les investissements dans les énergies propres), et se fonde sur les délais contenus dans la proposition soumise par l'UE en février 2021. **D'autres accords internationaux d'investissement de l'UE, notamment l'Accord économique et commercial global (AECG), protègent les combustibles fossiles, et les États membres de l'UE ont environ 1 500 traités bilatéraux d'investissement (TBI) qui protègent les combustibles fossiles et incluent l'ISDS.** Le Parlement européen a déjà souligné l'incohérence de bloquer l'adoption du TCE modernisé tout en conservant les accords ci-dessus qui protègent les combustibles fossiles. Se retirer du TCE et de ces accords au lieu de les réviser serait préjudiciable à l'accélération des investissements dans la transition vers une énergie propre (comment les investissements indispensables dans les énergies renouvelables seraient-ils protégés ?)

Par rapport avec le Point B²

- Le TCE modernisé précise que l'article 26 (ISDS) ne s'appliquerait pas aux affaires intra-UE. Au contraire, si le TCE modernisé n'est pas adopté, il n'y aura pas de clause de déconnexion (reconnaissant expressément que le TCE ne s'applique pas aux affaires intra-UE).
- Le 14 mars 2022, le Conseil de l'UE a autorisé les États membres à adopter les modifications apportées aux règles ISDS du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) au lieu de demander le retrait de la convention CIRDI. Bien que l'UE ne soit pas membre du CIRDI, elle a également incorporé par référence les règles ISDS du CIRDI dans ses accords commerciaux et d'investissement.
- Environ 1 500 TBI des États membres de l'UE contiennent encore des ISDS. Toutefois, le TCE modernisé comprend de nouvelles dispositions sur la transparence, le rejet des demandes frivoles et le paiement d'une caution pour les coûts.

En ce qui concerne le point C³

- L'accord *inter se* suggéré, basé sur la Convention de Vienne sur le droit des traités (CVDT), "*clarifiant que le TCE et sa clause de caducité ne s'appliquent pas, et ne se sont jamais appliqués, dans un contexte intra-UE*" pourrait ne pas avoir les effets juridiques escomptés car:

² « considérant la complexité des négociations relatives à la modernisation du Traité sur la charte de l'énergie et le fait que son article 26 n'a pas été ouvert à discussion dans le cadre de ces négociations ».

³ « considérant l'existence d'un fondement juridique au retrait du Traité sur la charte de l'énergie par le biais d'une neutralisation *inter se* de sa clause de survie ».

- Elle pourrait être considérée comme une « réserve » non autorisée par l'article 46 du TCE ou 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. Par conséquent, il ne s'appliquerait pas à l'Italie et à tout autre État membre de l'UE qui se retirerait avant l'entrée en vigueur de cet accord *inter se*.
- L'article 16 du TCE, qui disparaît dans le texte modernisé et qui a été fréquemment utilisé par les tribunaux arbitraux pour rejeter les objections intra-UE des États membres de l'UE, ne permettrait pas l'application d'un tel accord *inter se*, car il serait moins favorable aux investisseurs.
- Ni l'UE ni d'autres parties contractantes au TCE (comme l'Afghanistan, la France, l'Islande, la Jordanie, la Roumanie, la Turquie et le Yémen) ne sont parties à la CVDT.

En ce qui concerne le point D⁴

- Contrairement à la proposition de résolution, il est peu probable que la « neutralisation » proposée de la clause crépusculaire de l'article 47 du TCE ait lieu. Par conséquent, si l'UE et/ou la Belgique décident de se retirer du TCE avant l'adoption du texte modernisé,
 - les dispositions actuelles du TCE continueront à s'appliquer aux investissements existants, y compris ceux dans les combustibles fossiles, pendant 20 années supplémentaires à compter de la date de ce retrait. Au contraire, l'application provisoire du TCE modernisé supprimerait progressivement cette protection beaucoup plus tôt. En outre, dans le cadre de l'application provisoire du TCE modernisé, toutes les nouvelles dispositions s'appliqueraient dans l'intervalle (telles que le droit de réglementer l'atténuation et l'adaptation au changement climatique et l'exclusion de l'arbitrage intra-UE).
 - Les nouveaux investissements dans les combustibles fossiles réalisés jusqu'en 2024 ou plus tard (un an après la notification du retrait) seront protégés pendant les 20 années suivantes conformément aux dispositions du traité CE actuel. Seule l'adoption de la modernisation limiterait les investissements protégés dans les combustibles fossiles à ceux réalisés jusqu'au 15 août 2023 (quelle que soit la date du retrait).
- En outre, le retrait de l'UE du TCE affecterait
 - 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 UE-

⁴ « considérant l'avantage que pourrait représenter, d'une part, la neutralisation de la clause de survie au sein de l'Union européenne et, d'autre part, le retrait du Traité sur la charte de l'énergie des États membres de l'Union européenne ».

- Azerbaïdjan fait expressément référence au TCE) et le Turkménistan, en cas de différends commerciaux.
- L'application actuelle des dispositions relatives au transit de l'énergie (qui comprennent l'obligation de ne pas arrêter le transit de l'énergie en cas de différend) avec les 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.
- La Belgique comme siège de l'organisation intergouvernementale (accord de siège) établie par le TCE.

En ce qui concerne le point E⁵

- Contrairement à la proposition de résolution, le « **mécanisme de flexibilité** » du TCE modernisé met en œuvre le principe de **responsabilités communes, mais différenciées** contenu dans l'accord de Paris en permettant aux parties contractantes de poursuivre l'objectif des émissions de gaz à effet de serre nulles en tenant compte de leurs objectifs de développement. Le TCE modernisé prévoit également de réexaminer tous les cinq ans la portée des investissements protégés par le traité afin de l'adapter à l'évolution des besoins des parties contractantes et de la société, ainsi qu'aux progrès technologiques. Le TCE modernisé constitue un effort multilatéral inédit pour mettre en œuvre l'Accord de Paris dans le contexte des investissements et du commerce internationaux.
- Un certain nombre de dispositions du texte modernisé réaffirment les droits et obligations respectifs des parties contractantes au titre de l'accord de Paris et d'autres accords environnementaux.
- L'alignement du texte modernisé sur l'Accord de Paris a été confirmé par la Commission européenne.
- Au contraire, bloquer la modernisation du TCE empêcherait d'autres parties contractantes de mieux aligner leurs obligations au titre du TCE sur l'Accord de Paris.

En ce qui concerne le point F⁶

- Contrairement à la proposition, le règlement 2021/1119, à l'instar de l'Accord de Paris qu'il cherche à mettre en œuvre, ne demande pas l'élimination immédiate des combustibles fossiles ou la protection des investissements liés aux combustibles fossiles. En revanche, il prévoit l'élimination progressive des subventions aux combustibles fossiles.
- Le règlement 2021/1119 souligne également la nécessité d'envisager, entre autres

⁵ « vu l'Accord de Paris sur le Climat du 12 décembre 2015 des Nations Unies ».

⁶ « vu le Règlement (UE) 2021/1119 du Parlement européen et du Conseil du 30 juin 2021 établissant le cadre requis pour parvenir à la neutralité climatique et modifiant les règlements (CE) n° 401/2009 et (UE) 2018/1999 (Règlement européen sur le climat) ».

- « des instruments, des mesures incitatives, un soutien et des investissements adaptés pour assurer une transition qui soit efficace au regard des coûts, juste ainsi que socialement équilibrée et équitable, en tenant compte des différentes situations nationales pour ce qui concerne le point de départ » ;
 - « Les solutions fondées sur les technologies de captage et stockage du CO₂ (CSC) et de captage et utilisation du CO₂ (CUC) » ;
 - la réduction de la pauvreté énergétique ;
 - « la sécurité des investissements ».
- Par conséquent, le TCE modernisé, avec son nouveau **mécanisme de flexibilité**, met en œuvre la législation européenne sur le climat tout autant que l'Accord de Paris.

Pour les raisons susmentionnées, il convient de distinguer le retrait potentiel du TCE de l'adoption du texte modernisé. Comme l'a déjà souligné la Commission européenne, il est dans l'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 et de manière délibéré, 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.

J'espère que les clarifications ci-dessus pourront vous aider dans votre processus législatif. Le personnel du Secrétariat et moi-même sommes prêts à vous fournir toute information complémentaire dont vous pourriez avoir besoin.

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



Guy Lentz

Secrétaire général, Secrétariat de la Charte de l'énergie