

Le traité sur la Charte de l'énergie, un instrument obsolète dont il faut se défaire ?

Le 24 avril 2024, le Parlement européen a, suite à la recommandation portée par un des comités de l'industrie, de la recherche, de l'énergie et du commerce international, consenti au retrait de l'Union européenne du traité de la Charte de l'énergie (TCE). Suite à cette approbation, le Conseil va pouvoir adopter la même décision à la majorité qualifiée, et alors l'Union soumettra son retrait du traité. Cette recommandation a été adoptée par la grande majorité des députés (560 pour, 43 contre et 27 abstentions) et cela n'est pas une surprise puisque déjà en 2022, le Parlement avait montré sa volonté de sortir de ce traité. Depuis quelques années, l'Union européenne considère le TCE obsolète. L'Union estime que le traité n'est plus en adéquation avec sa politique et notamment ses objectifs quant aux changements climatiques.

Le TCE a été signé en 1994 et est entré en vigueur en 1998. L'accord multilatéral traite des investissements dans le secteur de l'énergie, fussent-elles fossiles ou renouvelables. Cet instrument international offre notamment une protection de l'investissement et prévoit des règles relatives au règlement des différends qui pourraient survenir entre un investisseur (d'un pays partie au traité) et un Etat accueillant l'investissement. Cependant, malgré les prises de conscience sur les réalités environnementales et les évolutions qui s'en sont suivies, le TCE est resté inchangé depuis son adoption. Et ce, malgré des discussions pour le modifier, ses dernières n'ayant pas abouti à une adoption concrète. Par ailleurs, l'Union européenne les considérait comme insuffisantes. C'est donc ce qui pousse l'Union à se retirer du traité. Les commissions invitent les Etats membres de l'Union à suivre le mouvement pour ainsi opérer un retrait coordonné, mais bien sûr, ils peuvent décider de conserver leur adhésion individuelle. Certains pays, comme la France, se sont déjà retirés.

L'un des aspects controversé du TCE porte sur les rapports de système entre l'Union européenne et le droit international de l'investissement, principalement sur le règlement des différends intra-Union européenne. Ce qu'on entend par là, ce sont les positions différentes et parfois opposées des 2 ordres. L'Union européenne avec son arrêt Achméa rendu par la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) en 2018 affirme la non-conformité des clauses d'arbitrage des traités intra-UE. Cela revient à affirmer qu'un tribunal arbitral ne peut se prononcer sur le droit de l'Union européenne s'il n'est pas intégré à ce système européen. Cette décision est justifiée par le fait qu'il ne serait pas lié par l'interprétation du droit de

l'Union européenne donné par la CJUE (§56), ainsi, cela présenterait un risque pour ce droit. La CJUE ne pourrait en effet pas rectifier une décision qui ne serait pas conforme au droit de l'Union européenne. C'est le principe d'autonomie du droit de l'Union européenne. Cependant, cette décision ne portait pas directement sur le TCE (mais un traité bilatéral d'investissement entre deux Etats de l'Union européenne). Toutefois, le principe sera réitéré par l'arrêt Komstroy en 2021, qui lui se fondait sur le TCE et refuse à nouveau qu'un tribunal traite d'un différend si les deux Etats impliqués sont membre de l'Union européenne.

Malgré cette prise de position de la CJUE, les tribunaux arbitraux n'ont pas décidé d'aller dans son sens en respectant son raisonnement. En effet, de nombreuses affaires postérieures ont montré que les tribunaux se considèrent saisis sur la base d'un instrument de droit international et non de droit européen, les poussant à remplir leur mission d'arbitrer de la situation (exemple : [CIRDI, 2019, Eskosol c. Italie](#)). La solution inverse, où le tribunal s'était raccordé à la position de l'Union, est l'exception avec de rares affaires. Les rapports de systèmes entre le droit international et le droit européen montrent que chaque système tend à se prendre en compte mutuellement avec un principe d'interprétation harmonieuse. Cependant, si une dissension apparaît, chacun a tendance à faire primer son droit. Notamment, les tribunaux arbitraux ont affirmé « *EU Law does not and cannot 'trump' public international Law* »ⁱ. Ainsi, en cas d'incompatibilité, le droit international – ici la Charte de l'énergie – prime sur le droit de l'Union européenne, car ce dernier représente des normes extérieures. L'Union n'a pas manqué d'exprimer son désaccord à cet égard (§16).

Le second point de divergence que met en avant l'Union européenne, est le résultat de ces règlements de différends qui ne tendent pas à favoriser l'action des Etats en faveur de la protection de l'environnement. L'un des premiers exemples de cette situation est l'affaire devant le Centre international de règlement des différends (CIRDI) de 2023, *Rockhopper Exploration c. Italie*. Dans cette affaire, le tribunal – saisi sur la base de la violation d'obligations du TCE – avait la possibilité de favoriser la position de l'Italie qui avait refusé de concéder la concession d'exploitation d'énergie fossile (pétrole) à la société Rockhopper en avançant des considérations environnementales. Mais le tribunal a finalement décidé de donner raison à la société et de reconnaître une expropriation illégale. Dans cette affaire, les considérations environnementales ont été écartées du raisonnement par le tribunal. C'est pourquoi l'Etat a été contraint d'indemniser l'entreprise. Ce type de décision a été beaucoup critiqué, d'autant que des alternatives avaient été proposées pour prendre en compte l'environnement. En conséquence, il s'en est notamment suivi un mouvement de retrait de

nombreux Etats de la Charte, car ces derniers considèrent qu'elle protège trop les énergies fossiles. Également, certains ont eu tendance à freiner la mise en place de réglementation protectrice de l'environnement, c'est le phénomène du « *regulatory chill* ». D'autres encore ont eu tendance à accorder des concessions par peur d'une condamnation, pour ne pas répéter le schéma de l'Italie. C'est du fait de ces positionnements des tribunaux favorisant les investissements dans les combustibles fossiles que l'Union européenne a considéré que le traité n'est plus compatible avec les objectifs climatiques qu'elle s'est fixé dans le cadre du Pacte vert européen et de l'Accord de Paris.

Il faut également souligner que le retrait peut avoir pour avantage de remédier à ce blocage fait aux politiques en faveur de l'environnement, mais, d'un autre côté, le TCE avait aussi pour qualité de protéger les investisseurs des énergies renouvelables. Ainsi, un risque pèse maintenant que ces derniers prennent peur et refusent d'investir en raison de la perte pour eux d'une protection. Il faudra donc que l'Union européenne remédie rapidement à cette lacune créée.

Enfin, le second point à souligner quant à ce retrait est qu'il ne pourra pas immédiatement prendre effet. En effet, le TCE comprend une *sunset clause* qui permet au traité de continuer à produire ses effets pendant 20 ans après le retrait. C'est donc un résultat à attendre pour l'avenir, mais le problème étant présent, la solution aux problèmes que soulève l'Union est-elle réellement trouvée ? Néanmoins, le Parlement – avec de nombreux Etats européens qui ont décidé de procéder de la même manière – a, avec cette décision, fermement affirmé sa position sur la scène internationale.

Par Maya Castagné, 25 avril 2024

ⁱ CIRDI, 2016, RREEFF Infrastructure (GP) Limited et RREEFF Pan-European Infrastructure Two Lux SARL c. Espagne, §87