

Sortie du TCE

PAS DE PLACE POUR LES DEMI-MESURES !



Dessin : Titom

Renaud Vivien
Mai 2023

On pensait le Traité sur la charte de l'énergie (TCE) en état de mort clinique, après le refus du Conseil de l'UE de valider sa version « modernisée » et l'annonce faite par huit États européens d'en sortir. Mais les partisans du TCE tentent de le maintenir en vie, bien qu'il constitue un obstacle à la lutte contre le réchauffement climatique et la précarité énergétique. Appelée à se positionner prochainement sur l'avenir de ce traité, la Belgique devrait décider d'en sortir.

Un traité anachronique

Le TCE est un accord de commerce et d'investissement dans le secteur de l'énergie auquel la Belgique est liée. Signé en 1994 dans le contexte de la fin de la Guerre froide, son objectif était de protéger les investissements des entreprises européennes dans les États de l'ex-bloc soviétique. Comment ? En leur donnant le droit, grâce à une clause d'arbitrage inscrite dans le TCE, d'attaquer les États devant des arbitres privés pour contester aussi bien des expropriations directes, c'est-à-dire des nationalisations arbitraires, que des expropriations dites « indirectes », c'est-à-dire toute législation qui risquerait d'entraîner une réduction des profits escomptés par le secteur privé au moment d'investir¹.

Alors que l'urgence climatique et sociale impose de prendre des mesures fortes pour décarboner le secteur de l'énergie et réglementer le prix de l'électricité et du gaz, le TCE entrave ce pouvoir réglementaire des États. On assiste même ces dernières années à une augmentation du nombre de plaintes déposées sur la base du TCE², au point qu'il est le traité qui génère le plus de plaintes en arbitrage, tous secteurs confondus.

Résultat : plus de 50 milliards d'euros ont déjà été payés par les contribuables aux multinationales et aux fonds d'investissements ayant utilisé le TCE. Le dernier exemple est celui de l'Italie, condamnée par des arbitres privés à dédommager une entreprise pétrolière anglaise, à la suite d'un moratoire décrété par le Parlement italien sur tous les projets pétroliers situés près de ses côtes. L'autre conséquence est que le TCE dissuade les États de prendre des mesures d'intérêt public, à l'image de la France qui a fait marche arrière en 2018 sur son projet de loi sur les hydrocarbures, après qu'une entreprise ait menacé de recourir au TCE pour l'attaquer³.

Un traité inutile pour développer les énergies renouvelables

Contrairement à ce qu'affirment ses partisans, le TCE est inutile pour attirer les investissements dans les énergies renouvelables, comme vient de le rappeler la

¹Cette clause d'arbitrage privé dit « ISDS » (Investor-State dispute settlement) est prévue à l'article 26 du TCE. <https://www.energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/>

²<https://www.energychartertreaty.org/cases/list-of-cases/>. Notons que ce record de plaintes ne tient pas compte des menaces de plaintes envoyées par certains investisseurs privés.

³<https://www.amisdelaerre.org/wp-content/uploads/2018/08/loi-hulot-contributions-lobbies-au-conseil-etat.pdf>

Commission européenne⁴. Le fait que plusieurs plaintes aient été déposées dans ce secteur ne permet pas de contredire cette affirmation. En effet, l'écrasante majorité d'entre elles visent un seul pays : l'Espagne, après qu'elle ait modifié son régime de soutien aux investissements dans l'énergie solaire, suite aux politiques d'austérité mises en place après la crise de 2008. De plus, dans ces affaires, 89% des plaignants ne sont pas des entreprises d'énergie renouvelable mais des fonds d'investissement spéculatifs, dont la moitié investit aussi dans des énergies fossiles⁵. Certains de ces fonds sont même des « fonds vautours » qui n'ont aucun lien avec l'investissement d'origine. C'est le cas du fonds *Blasket* qui tente de saisir les locaux londoniens d'un centre culturel espagnol, après qu'il ait racheté à une autre entreprise une sentence arbitrale condamnant l'Espagne⁶.

L'échec de la modernisation du TCE

Le TCE est tellement incompatible avec les engagements climatiques des États qu'il a fait l'objet d'une renégociation pendant plus de deux ans. La version modernisée du TCE qui en est sortie a été présentée en 2022⁷. Bien qu'elle contienne certaines avancées, celles-ci sont largement insuffisantes pour assurer le respect des échéances de décarbonation du secteur de l'énergie. En effet, la protection des investissements existants dans les énergies fossiles sera maintenue pendant dix ans après l'entrée en vigueur du TCE modernisé. Or, dans le meilleur des cas, le TCE modernisé n'entrerait en vigueur que dans 15 ans !

Enfin et surtout, la fameuse clause d'arbitrage n'a pas été retirée. Ce qui permet, par exemple, aux entreprises basées en dehors de l'UE d'attaquer les États européens. Ajoutons que les tribunaux d'arbitrage continueront à se déclarer compétents pour toutes les plaintes déposées par une entreprise européenne contre un État membre de l'UE, tant que l'accord modernisé du TCE ne sera pas entré en vigueur.

L'échec de la modernisation est tel que la Commission européenne n'a pas réussi à obtenir la majorité qualifiée des États membres de l'UE nécessaire pour valider la version révisée du TCE. De même, le Parlement européen considère que la version révisée du TCE reste en contradiction avec l'Accord de Paris et la loi européenne sur le climat⁸. Cerise sur le gâteau : huit États ont déjà annoncé leur décision de se retirer du TCE, dont les pays voisins de la Belgique : France, Allemagne, Pays-Bas et Luxembourg⁹.

⁴Dans un *non-paper* de février 2023, les services de la Commission européenne indiquent que « les modes de protection des investissements tels que ceux fournis par le TCE ne sont pas nécessaires pour attirer les investissements dans l'UE, étant donné les niveaux d'accès à la justice et à l'État de droit – surtout pas dans le secteur de l'énergie, où le marché de l'énergie de l'UE est dynamique et très attractif. Par conséquent, un retrait du TCE ne devrait pas avoir d'effets majeurs sur les décisions des acteurs du Japon, du Royaume-Uni, de la Suisse, de l'Azerbaïdjan ou de toute autre partie contractante du TCE d'investir dans le secteur énergétique de l'UE ».

⁵<https://entraide.be/publication/analyse-2022-04/>

⁶<https://verfassungsblog.de/achmea-goes-to-washington>

⁷<https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/CCDECS/2022/CCDEC202210.pdf>

⁸https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0421_FR.pdf

⁹Les autres États sont : Espagne, Pologne, Slovaquie et Danemark.

Un compromis bancal

Malgré l'échec de sa modernisation, certains États comme la Suède, qui assure actuellement la présidence de l'UE, tentent de le maintenir en vie. La Suède vient de proposer le compromis suivant : les États membres de l'UE votent pour une sortie du TCE par l'UE mais valident dans le même temps la version modernisée du TCE afin de permettre aux États qui le souhaitent de rester dans le TCE.

Cette proposition ne tient pas la route pour au moins trois raisons. *Primo*, elle bafoue à la fois le principe de coopération loyale entre l'UE et ses États membres inscrit à l'article 4.3 du Traité sur l'UE¹⁰ mais aussi la résolution du Parlement européen qui leur demande d'agir de manière coordonnée pour sortir du TCE. *Secundo*, ce scénario où certains États membres restent parties contractantes du TCE tandis que d'autres se retirent nuirait évidemment à la cohésion de l'UE à la fois sur la scène internationale et en son sein.

L'application au sein de l'UE de deux versions différentes du TCE créerait en outre une grande insécurité juridique. Enfin, tous les efforts diplomatiques pour assurer l'adoption de la version modernisée du TCE incomberaient désormais aux seuls États comme la Belgique qui n'ont pas encore décidé de sortir du traité. Ils devraient, en plus, continuer à financer et à assurer le fonctionnement du Secrétariat du TCE sans bénéficier du soutien des autres grands pays de l'UE qui s'en sont retirés, ni des services de la Commission. En restant dans le TCE, la Belgique aurait donc tout à perdre.

La sortie coordonnée de l'UE et des États membres : la seule option efficace

L'option la plus efficace pour l'UE et ses États membres consiste dès lors à sortir de manière coordonnée du TCE¹¹. C'est d'ailleurs ce scénario que les services de la Commission européenne considèrent comme le plus adéquat. Pour être pleinement efficace, un tel retrait devrait s'accompagner de la conclusion d'un accord entre les parties sortantes pour neutraliser immédiatement la clause d'arbitrage¹².

¹⁰https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:2bf140bf-a3f8-4ab2-b506-fd71826e6da6.0002.02/DOC_1&format=PDF Selon ce principe de coopération loyale, les États membres doivent prendre toute mesure propre à assurer l'exécution des obligations découlant des traités ou résultant des actes des institutions de l'UE, à faciliter l'accomplissement de la mission de l'Union et à s'abstenir de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs de l'Union. On peut soutenir qu'en restant parties contractantes au TCE, les États membres peuvent empiéter sur les obligations découlant des actes des institutions de l'UE qui ont décidé le retrait de l'UE du TCE et risquent de mettre en péril la réalisation de l'objectif de l'Union dans les domaines de l'énergie et de la politique commerciale.

¹¹<https://www.cncd.be/traité-sur-la-charte-de-l-energie-la-sortie-est-inevitable>

¹²Plus précisément, cet accord dit « *inter se* » vise à désactiver la clause de survie, prévue à l'article 47§3 du TCE. En effet, cette clause prévoit que les investissements réalisés avant leur retrait continuent d'être protégés par la clause d'arbitrage du TCE pendant vingt ans après la sortie de ce traité par les États et l'UE ! Cette possibilité juridique de désactivation de la clause de survie est à la fois préconisée par le Parlement européen et par la proposition de résolution, qui est actuellement en discussion à la Chambre des représentants de Belgique. Cette proposition est disponible sur ce lien : <https://www.lachambre.be/FLWB/PDF/55/2593/55K2593001.pdf>