

UNE INSIDIEUSE EXPANSION

Le traité d'investissement le plus perfide au monde est-il en train de prendre les pays du sud en otage ?



Il y a une vingtaine d'années, sans véritable débat public, est entré en vigueur un obscur accord international sur les investissements. Le Traité de la Charte de l'énergie (TCE) accorde aux investisseurs étrangers des pouvoirs étendus leur permettant de poursuivre en justice les États coupables à leurs yeux d'avoir 'porté atteinte' à leurs investissements dans le domaine de l'énergie. Ils peuvent compter pour cela sur un système de tribunaux avec, en cas de victoire, des réparations qui se chiffrent en milliards. Depuis quelques années, la grogne monte à l'égard du TCE - en cause notamment son potentiel à entraver la transition des combustibles fossiles climaticides vers les énergies renouvelables, à entériner des privatisations pourtant vouées à l'échec et à nuire à l'accessibilité des prix de l'énergie. Pourtant cette polémique croissante n'a pas empêché de nombreux pays - du sud en particulier - de s'engager sur la voie d'une adhésion au TCE. Leurs gouvernements se laissent abuser par des promesses fallacieuses d'arrivée de nouveaux investisseurs et de solutions au problème de précarité énergétique. Ceci au mépris des graves menaces politiques, juridiques et financières importantes que fait peser le TCE sur les nouveaux États signataires. Et malgré le fait qu'un pays qui adhère au TCE ne peut espérer s'en affranchir avant 26 ans, même lorsque les gouvernements suivants décident en sortir.

Avril 2020



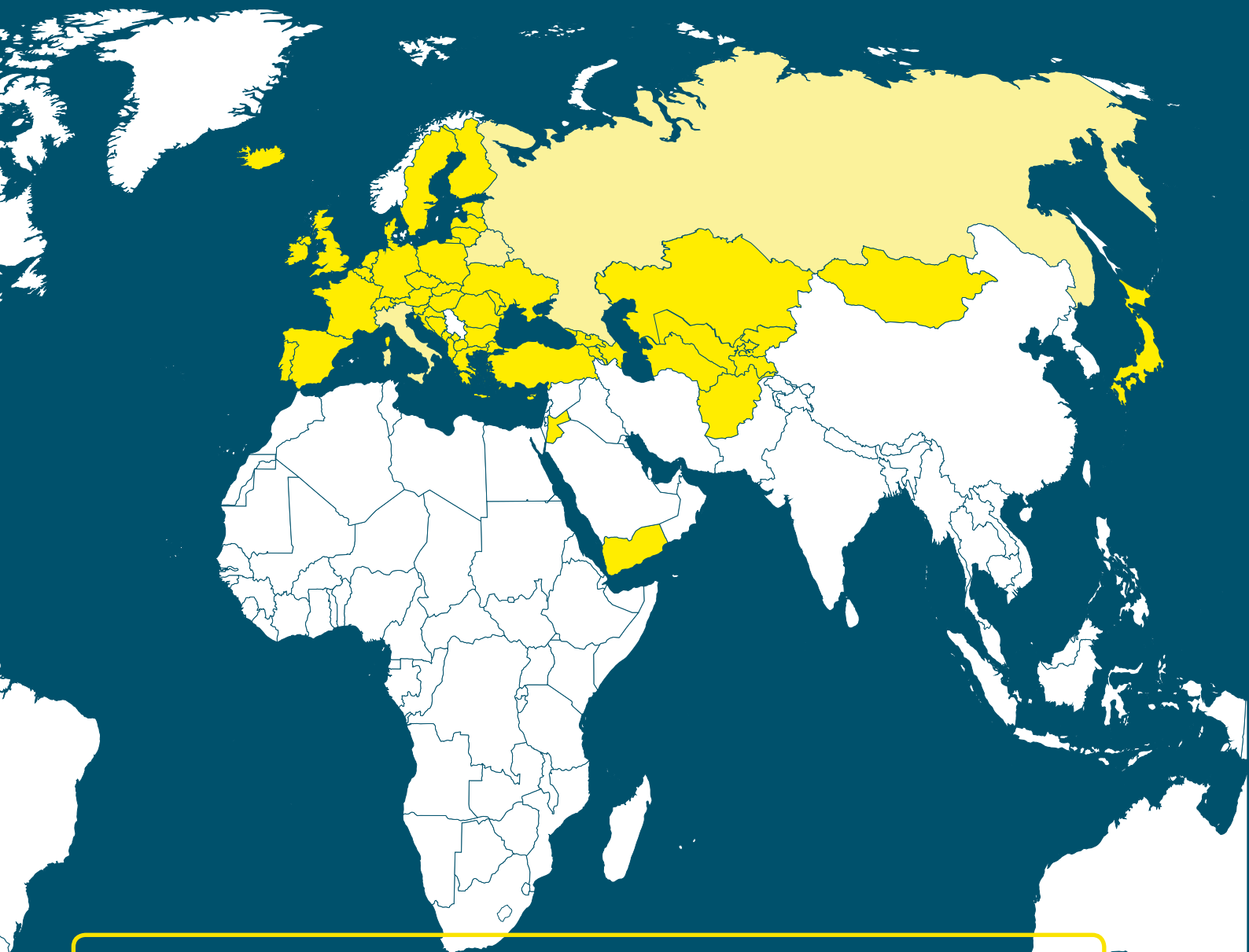


Illustration 1

Comment se traduisent les privilèges aux investisseurs accordés par le TCE ?

Des pays où le TCE est complètement en vigueur : Afghanistan, Albanie, Arménie, Autriche, Azerbaïdjan, Biélorussie (qui n'a pas ratifié le TCE, mais l'applique à titre provisoire), Belgique, Bosnie-Herzégovine, Bulgarie, Croatie, Chypre, République tchèque, Danemark, Estonie, Finlande, France, Géorgie, Allemagne, Grèce, Hongrie, Islande, Irlande, Japon, Jordanie, Kazakhstan, Kirghizstan, Lettonie, Liechtenstein, Lituanie, Luxembourg, Malte, Moldavie, Mongolie, Monténégro, Pays-Bas, Pologne, Portugal, Roumanie, Slovaquie, Slovénie, Espagne, Suède, Suisse, Tadjikistan, Macédoine, Turquie, Turkménistan, Ukraine, Royaume-Uni, Ouzbékistan et Yémen.

Des pays dans des situations spéciales : la Biélorussie (qui n'a pas ratifié le TCE mais qui le met en oeuvre provisoirement), l'Italie (qui a quitté le TCE en 2016, mais qui, néanmoins, risque toujours d'être poursuivie sous certaines conditions), et la Russie (qui n'a jamais ratifié le TCE et qui a renoncé à son application provisoire en 2009, mais qui, néanmoins, a été poursuivie à de nombreuses reprises).

UNE INSIDIEUSE EXPANSION

Le traité d'investissement
le plus perfide au monde
est-il en train de prendre
les pays du sud en otage ?

**Publié par Corporate Europe Observatory, le Transnational Institute et
l'Institut pour l'information et les négociations commerciales d'Afrique
orientale et du sud (SEATINI) – Ouganda**

Bruxelles/ Amsterdam/ Kampala, avril 2020

Rédaction : Pia Eberhardt & Cecilia Olivet

Édition : Katharine Ainger

Mise en page : Erik Tuckow, sichtigitation

Toute citation ou reproduction du présent rapport à des fins non commerciales
est autorisée sous réserve de mention de la source de l'information.

Sommaire

5 Le Traité de la Charte de l'énergie (TCE) à la loupe

Cap sur le monde : le TCE tisse sa toile jusqu'en Afrique, en Asie et en Amérique latine

La pente dangereuse de l'adhésion au TCE

Les ministères de l'énergie en ligne de mire

11 Risques d'une adhésion au TCE

- 1: Une avalanche de procès prohibitifs - pour les décennies à venir
- 2: Détricoter la réforme en ressortant un vieux traité qui fait des ravages
- 3: Alimenter la crise climatique en renforçant la dépendance aux combustibles fossiles
- 4: Pérenniser les échecs des privatisations dans l'énergie
- 5: Saper les efforts visant à rendre l'électricité abordable pour tous
- 6: Restreindre la souveraineté sur les ressources énergétiques

18 Promesses en l'air

- 1: Le TCE ne résoudra pas la précarité énergétique
- 2: Le TCE ne fera pas progresser la transition énergétique
- 3: La modernisation du TCE ne résoudra pas les problèmes

20 Conclusion : six raisons de ne jamais adhérer au TCE

Encadrés

- 6** 1: Quelques procès majeurs « investisseurs vs. États » au titre du TCE
- 7** 2: Le TCE en chiffres
- 10** 3: Ne soyons pas dupes, la marche en avant du TCE n'a pas été enrayée.
- 12** 4: Un rempart contre les pollueurs et les violations des droits de l'homme ?
Exemples de projets énergétiques néfastes dans des pays candidats à l'adhésion au TCE
- 14** 5: Exemples de la façon dont le TCE va à l'encontre des programmes actuels de réformes en matière de protection des investissements
- 20** 6: Un accord de plus en plus décrié

Illustrations

- 2** 1: Comment se traduisent les privilèges accordés aux investisseurs par le TCE ?
- 8** 2: Les nombreux pays et groupes de pays en passe d'adhérer au TCE

Le Traité de la Charte de l'énergie (TCE) à la loupe

Le TCE est un accord international conclu en 1994 dans le secteur de l'énergie, dont les règles d'investissement sont actuellement en vigueur dans 53 pays d'Europe occidentale et orientale, d'Asie centrale, occidentale et du nord, au Japon, en Jordanie et au Yémen,¹ ainsi que dans l'Union européenne (UE) et la Communauté européenne de l'énergie atomique (EURATOM) (voir illustration 1, page 2).

Si le TCE renferme de nombreuses règles concernant notamment le transport et le commerce de l'énergie, les dispositions relatives à la protection des investissements étrangers dans le secteur de l'énergie en sont la pierre angulaire. Ces dispositions dotent les investisseurs étrangers de pouvoirs étendus, dont le privilège singulier de poursuivre directement les États, non pas auprès des tribunaux conventionnels, mais d'instances internationales constituées de trois avocats privés, les arbitres. Les entreprises peuvent y réclamer des montants faramineux en guise de réparation pour des actions gouvernementales dont elles estiment qu'elles ont porté préjudice à leurs investissements (voir encadré 1, page 6).

De par son importante portée géographique et les privilèges extrêmement étendus et généreux qu'il accorde aux investisseurs (établis dans les années 1990 alors que leurs risques étaient encore méconnus), le TCE est un instrument juridique particulièrement dangereux.

En vertu du TCE, le mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États - plus connu sous le nom d'ISDS - peut être utilisé afin de contester toute action prévue ou mise en œuvre par un État souverain et susceptible de nuire à un investissement : lois et réglementations émanant de parlements, mesures prises par un gouvernement et ses administrations, voire même décisions judiciaires aussi bien locales et régionales que nationales. L'interprétation du terme « investissement » est si large que de simples actionnaires sont en droit d'engager des poursuites tandis que les sociétés peuvent prétendre non seulement au remboursement des sommes investies, mais aussi des pertes sur d'hypothétiques bénéfices. Il n'est pas rare que l'acte d'ouverture d'un recours si coûteux - voire la simple menace de le faire - suffise à refroidir les ardeurs d'un gouvernement lorsque ses membres prennent conscience du prix à payer pour pouvoir régler.

Le Traité de Charte de l'énergie offre aux investisseurs dans le secteur de l'énergie des possibilités sans précédent de défendre leurs investissements à l'étranger et de faire respecter ces mesures de protection par un arbitrage international.

Des avocats du cabinet d'arbitrage des investissements Skadden Arps Slate Meagher & Flom²

[Le] TCE fait primer... les intérêts d'investisseurs étrangers sur ceux de la société et de l'économie de l'État hôte et des acteurs nationaux auxquels un tel système n'accorde aucun droit.

Yamina Saheb, experte en énergie et ancienne employée du Secrétariat du TCE³

Encadré 1. Quelques procès majeurs « investisseurs vs. États » au titre du TCE

Entreprises contre protection de l'environnement - Vattenfall vs. Allemagne 1 & 2 : En 2009, Vattenfall, le géant suédois de l'énergie, attaque l'Allemagne en justice et lui réclame 1,4 milliard d'euros de réparation pour des restrictions environnementales imposées à l'une de ses centrales à charbon. L'affaire sera finalement réglée en 2011 après que le gouvernement local accepte d'assouplir les restrictions, aggravant de fait l'empreinte environnementale de la centrale sur l'Elbe et sa biodiversité.⁴ En 2012, Vattenfall revient à la charge avec cette fois une demande portant sur 6,1 milliards d'euros (intérêts compris)⁵ en compensation du manque à gagner sur deux de ses réacteurs nucléaires. Cette affaire en cours conteste une décision visant à accélérer l'abandon progressif de l'énergie nucléaire outre-Rhin. Fin 2019, le contribuable allemand avait déjà dû déboursier pas moins de 18,6 millions d'euros en frais juridiques pour cette seule procédure.⁶

Entreprises contre moratoires sur l'exploitation pétrolière - Rockhopper vs. Italie : En 2017, la compagnie pétrolière et gazière britannique Rockhopper poursuit en justice le gouvernement italien à qui elle reproche de lui avoir refusé une concession de forage pétrolier en mer Adriatique. Un refus intervenu suite à l'adoption par le parlement italien d'un moratoire interdisant toute nouvelle opération pétrolière et gazière à proximité du littoral italien, dans un contexte d'inquiétudes liées à

l'environnement, aux risques sismiques, aux pêcheries locales et au tourisme.⁷ Rockhopper réclame jusqu'à 350 millions de dollars US, soit sept fois le montant de l'enveloppe allouée au développement du projet.⁸ Curieusement, la plainte a été déposée 16 mois après que l'Italie est officiellement sortie du TCE. Une situation rendue possible par un traité qui protège les investissements existants jusqu'à vingt années après qu'un pays en soit sorti.⁹

Entreprises contre l'action climatique - Vermilion vs. France et Uniper vs. Pays-Bas : En 2017, la compagnie pétrolière et gazière canadienne Vermilion menace de poursuivre la France au titre du TCE en raison d'un projet de loi visant à mettre fin à l'extraction de combustibles fossiles sur le territoire français, outre-mer inclus, à l'horizon 2040.¹⁰ Une menace qui a vraisemblablement contribué à affaiblir la loi, dont la version définitive édulcorée ne proscrit plus le renouvellement de permis d'exploitation au-delà de cette échéance.¹¹ Autre adepte de la menace de procès TCE, Uniper entend enrayer le processus de transition vers une énergie moins polluante. En septembre 2019, la compagnie énergétique allemande met en garde les Pays-Bas contre une loi censée interdire l'utilisation du charbon pour la production d'électricité d'ici 2030.¹² L'entreprise serait prête à exiger jusqu'à 1 milliard d'euros de réparation.¹³

Cap sur le monde : le TCE tisse sa toile jusqu'en Afrique, en Asie et en Amérique latine

Depuis 2012, le Secrétariat du TCE (qui, bien plus qu'un organe administratif, est la véritable force motrice pour obtenir le soutien et l'adhésion de nouveaux signataires au Traité) n'a pas ménagé ses efforts pour élargir la portée géographique de l'accord aux pays d'Afrique et du Moyen-Orient, d'Asie et d'Amérique latine. Le Secrétariat s'emploie pour cela à minimiser les risques du TCE et à en gonfler les avantages (voir ci-dessous les passages sur les risques d'une adhésion au TCE et les promesses en l'air). Ainsi nombre de pays sont aujourd'hui en passe de signer l'accord, en dépit des effrayantes prérogatives qu'il confère aux investisseurs. Par leur adhésion, ces États risquent en effet de devoir abandonner une partie de leur propre capacité de gouvernance en matière de politique énergétique et s'exposent à des poursuites judiciaires coûteuses de la part d'investisseurs mécontents.

Encadré 2. Le TCE en chiffres

- Aucun autre accord de commerce et d'investissement ne peut se prévaloir d'un tel volume de demandes d'arbitrage entre investisseurs et États. En mars 2020, le secrétariat du TCE avait recensé pas moins de **129** actions intentées par des sociétés.¹⁴ La divulgation de telles procédures n'étant pas obligatoire, il y a fort à parier que le chiffre réel soit bien plus élevé.
- On a assisté ces dernières années à une explosion du chiffre des procès intentés par les investisseurs en se basant sur le TCE. Alors que l'on ne comptait que 19 affaires lors des dix premières années de l'accord (1998-2007), on sait maintenant que **102** poursuites ont été déposées par des investisseurs au cours de la dernière décennie (2010-2019), soit une augmentation de **437 %** du nombre de dossiers connus.¹⁵ Une tendance qui ne semble pas prête de s'inverser.
- Les actions lancées en invoquant le TCE, telle la plainte de **6,1 milliards** d'euros de Vattenfall à l'encontre d'une Allemagne qui souhaite sortir du nucléaire, figurent parmi les plus coûteuses de l'histoire de l'arbitrage entre investisseurs et États.
- Dans le cadre du TCE, des gouvernements ont été sommés ou ont accepté de payer plus de **52 milliards de dollars US** d'argent public en guise d'indemnités¹⁶
 - une somme supérieure aux investissements nécessaires chaque année pour approvisionner en énergie toutes les personnes de la planète qui en sont actuellement privées.¹⁷
- Les demandes en suspens au titre du TCE, pour lesquelles une telle information est disponible (seulement 36 cas sur 61), ont une valeur collective de **32 milliards de dollars US**¹⁸ – bien au-delà de la dotation annuelle que l'on estime nécessaire pour aider le continent africain à s'adapter au changement climatique.¹⁹
- Les frais de justice s'élèvent en moyenne à **4,9 millions de dollars US** pour les États poursuivis et à **6 millions de dollars US** pour les investisseurs dans les différends ISDS,²⁰ mais la facture peut aussi être bien plus salée. Dans les affaires relatives au démantèlement du défunt géant pétrolier Yukos, elle a atteint la somme faramineuse de **124 millions de dollars US**, avec près de **103 millions de dollars US** à verser par la seule Russie.²¹
- Fin 2012, **97 %** des investisseurs ayant intenté une action en justice dans le cadre du TCE étaient des entreprises de combustibles fossiles ou impliquées d'une manière ou d'une autre dans des projets d'énergie polluante.²²

Lancé dans une campagne de sensibilisation acharnée, le personnel du Secrétariat du TCE ne manque jamais une occasion de faire la promotion l'accord lors de conférences et de soirées de gala dans le monde entier, allant à la rencontre de chefs d'État, ministres, ambassadeurs et autres hauts fonctionnaires et organisant des formations à leur intention.²³ Qui plus est, le Secrétariat accueille des experts détachés par les candidats à l'adhésion dans son bureau de Bruxelles, où on les aide à préparer les rapports requis pour leur adhésion.²⁴ Le Secrétariat s'attend à ce que d'ici 2021, les adhésions au TCE « couvrent l'ensemble des continents et deviennent quasi-universelles ».²⁵

Le Secrétariat de la Charte de l'énergie est en pleine expansion et cherche à faire main basse sur les ressources énergétiques de l'Afrique et de l'Asie pour le compte de ses membres actuels, des pays développés pour la plupart.

Nathalie Bernasconi-Osterwalder, Institut international du développement durable (IISD)²⁶

Illustration 2 . Les nombreux pays et groupes de pays en passe d'adhérer au TCE³³

En signant cette déclaration politique sans engagement juridique, les États et les organisations régionales d'intégration économique accèdent au statut d'observateurs. Ils peuvent ensuite assister (sans pouvoir y voter) aux réunions de la Conférence de la Charte de l'énergie, l'instance décisionnelle suprême du TCE.

Un pays informe le Secrétariat du TCE de sa volonté d'adhérer au TCE.

Les rapports permettent de s'assurer que les lois et réglementations d'un pays candidat sont en phase avec le TCE. Les rapports sont rédigés avec le soutien du Secrétariat (qui accueille des fonctionnaires détachés dans son siège de Bruxelles) puis approuvés par le gouvernement, parfois après consultation des parties prenantes.

1^{ère} étape

2^{ème} étape

3^{ème} étape

Signature de la Charte internationale de l'énergie de 2015

Manifestation d'intérêt

Préparation des rapports d'adhésion

Corée du Sud
Vietnam

Chile

Iran
Irak
Palestine
Émirats arabes unis

Burkina Faso
Guyana
Kenya
Mali
Rwanda
Sierra Leone
Tanzanie
G5 Sahel
Communauté d'Afrique de l'Est (EAC)
Communauté économique des États de l'Afrique centrale (CEEAC)
Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO)³⁴

Travail en cours sur les rapports
Bénin
Cambodge
Colombie
Gambie
Guatemala
Nigeria
Panama
Sénégal

Approbation des rapports en cours en interne
Bangladesh
Chine
Maroc
Niger
Serbie
Tchad

La pente dangereuse de l'adhésion au TCE

Pour tenter d'attirer davantage de pays dans la sphère du TCE, le Secrétariat s'appuie sur une déclaration politique connue sous le nom de Charte internationale de l'énergie, qu'il fait signer par les États. Cette charte sans caractère obligatoire ni implications financières n'en définit pas moins des principes généraux de coopération mondiale dans le domaine de l'énergie. Signée à l'origine par plus de 70 États en 2015, ils étaient, en 2019, 91 pays et groupements régionaux répartis sur tous les continents à avoir franchi le pas.²⁷

Elle a beau ne pas être assortie de conditions contraignantes, la signature de la Charte internationale de l'énergie est tout de même réputée être « un premier pas vers l'adhésion au Traité de la Charte de l'énergie qui lui, pour le coup, est juridiquement contraignant ».²⁸ En effet, plusieurs pays ont été entraînés dans le processus d'adhésion au TCE par la « pente dangereuse »²⁹ de la déclaration internationale (voir illustration 2). Certains semblent même s'être engagés sur une voie ultra-rapide : peu de temps après avoir signé la charte internationale en 2017, la Gambie s'était déjà lancée dans la préparation de ses rapports d'adhésion au TCE. Nombre de pays ont été approchés par le Secrétariat (Afrique du

La Conférence de la Charte de l'énergie approuve à l'unanimité les rapports d'adhésion et invite le pays candidat à adhérer au TCE. La Conférence de la Charte de l'énergie approuve à l'unanimité les rapports d'adhésion et invite le pays candidat à adhérer au TCE.

L'État candidat ratifie le TCE selon les modalités en vigueur dans le pays. Pour l'ancien juriste en chef du TCE, « c'est cette étape qui prend souvent le plus de temps car ce n'est qu'alors que la plupart des futurs États membres du TCE... commencent à réfléchir aux risques et aux coûts » du Traité.³⁵

Quatre-vingt-dix jours plus tard, le traité entre en vigueur pour le pays concerné.

4^{ème} étape

5^{ème} étape

6^{ème} étape

Attente d'une invitation à adhérer

Ouganda

Invitation à adhérer au TCE

Pakistan (dès 2006)

Ratification nationale

Burundi
Eswatini
(l'ancien Swaziland)
Mauritanie

Remise des documents pertinents au dépositaire du TCE



Le pays peut désormais être poursuivi en justice au titre du TCE.

Sud, Botswana, Sud Soudan, Liban et Oman,³⁰ mais aussi Algérie, Égypte, Tunisie, Bhoutan, Équateur, Zambie,³¹ et Philippines³² pour n'en citer que quelques-uns). L'Afrique semble être la cible prioritaire de cette offensive de recrutement, devant le Moyen-Orient, l'Asie et l'Amérique latine.

Les ministères de l'énergie en ligne de mire

Le Secrétariat du TCE semble cibler en priorité les ministères de l'énergie des nouveaux États membres potentiels. En revanche, les fonctionnaires rompus aux négociations de traités d'investissement et à la défense lors d'arbitrages entre investisseurs et États (à savoir ceux qui ont une longue expérience des risques inhérents aux traités de cette nature) sont manifestement tenus à l'écart du processus d'adhésion. Nathalie Bernasconi-Osterwalder de l'Institut international du développement durable (IISD) explique en quoi cela peut être problématique : « Les pays ont pour habitude de désigner leurs ministères de l'énergie comme l'autorité compétente pour déterminer si le pays doit adhérer à la Charte de l'énergie. Ces ministères n'étant généralement pas impliqués dans la négociation des traités d'investissement, les implications juridiques du Traité de la Charte de l'énergie de 1994 ne sont peut-être pas toujours bien comprises ».³⁶

Cela pourrait expliquer le manque alarmant de sensibilisation aux risques politiques et financiers du TCE dans certains pays candidats à l'adhésion. Alors que nombre d'entre eux ont fait l'amère expérience de procès désastreux intentés par des entreprises au titre d'autres accords et contrats d'investissement,³⁷ les rapports de la main d'experts nationaux provisoirement détachés auprès du siège bruxellois du TCE sont truffés d'affirmations non fondées sur la façon dont le TCE « peut avoir un impact positif » sur un pays ou une région « pour attirer les investissements énergétiques nécessaires »³⁸ – mais passent sous silence les risques que représentent les privilèges étendus que le Traité confère aux investisseurs ».

Et pourtant, les risques d'une adhésion au TCE ne sont pas à prendre à la légère.

Encadré 3. Ne soyons pas dupes, la marche en avant du TCE n'a pas été enrayée.

En décembre 2019, la Conférence de la Charte de l'énergie - plus haute instance décisionnelle du TCE - devait inviter l'Ouganda à devenir le prochain pays à adhérer au TCE. Mais dans un contexte de dissensions quant aux défaillances du Secrétariat du TCE³⁹ et à une campagne d'expansion axée sur l'Afrique - à en croire les sources bien informées, les membres préféreraient se concentrer sur l'Asie - l'invitation de l'Ouganda a été « mise en attente ».⁴⁰ D'après une déclaration du gouvernement allemand datant de février 2020, l'adhésion au TCE « pour les autres États candidats est actuellement suspendue ».⁴¹

Faut-il y voir la fin de l'expansion géographique du TCE ? Pas vraiment. La mise en attente concerne uniquement l'invitation officielle faite aux pays ayant bouclé leurs rapports d'adhésion (5e étape du processus d'adhésion, voir illustration 2, page 9), le temps d'évaluer le processus d'élargissement. En 2020, les membres du TCE pourraient bien convenir de prolonger cette pause jusqu'à la fin des pourparlers

visant à moderniser le TCE (voir la section « promesse en l'air n°3 » ci-dessous).⁴²

Mais hormis cela, rien ne semble pouvoir juguler la poussée expansionniste en direction notamment des pays les plus avancés dans le processus : Pakistan, Burundi, Eswatini (l'ancien Swaziland) et Mauritanie (tous en passe de ratifier le TCE, processus auquel le Secrétariat entend apporter son soutien en 2020), Ouganda (qui serait le prochain invité), ainsi que Bangladesh, Tchad, Chine, Gambie, Maroc, Niger, Nigeria, Panama, Sénégal et Serbie (que le Secrétariat souhaite aider à remplir les rapports d'adhésion et à les faire approuver). Et les velléités de conquête ne s'arrêtent pas là. Dans sa feuille de route 2020, le Secrétariat envisage également des opérations de sensibilisation ciblant le Kenya, l'Iran et la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO), et entend bien s'attaquer à encore plus de pays « en particulier de la région de l'ANASE ».⁴³



Une avalanche de procès prohibitifs - pour les décennies à venir

Aucun autre accord de commerce et d'investissement que le TCE ne peut aujourd'hui se prévaloir d'un tel record de demandes d'arbitrage entre investisseurs et États. En décembre 2019, le site Web du TCE faisait état de 128 procès au total intentés par des investisseurs et fondés sur le Traité.⁴⁴ Tant le nombre d'affaires que les sommes en jeu pour les finances publiques et le contribuable sont en progression (voir encadré 2, page 7).

De nombreux pays en passe d'adhérer au TCE n'ont que peu voire aucun traité d'investissement valable. L'Eswatini (l'ancien Swaziland) et le Niger, par exemple, ne sont parties qu'à deux traités d'investissement bilatéraux en vigueur, tandis que le Tchad n'en a signé que trois, la Gambie cinq, et l'Ouganda six.⁴⁶ Et pourtant ces pays se trouvent à un stade avancé du processus d'adhésion au TCE (voir illustration 2, page 8), adhésion qui les exposerait davantage au risque de poursuites par les investisseurs étrangers, si l'envie leur prenait de réglementer leurs secteurs de l'énergie. Un enjeu d'autant plus préoccupant que de nombreux pays candidats à l'adhésion accueillent des projets controversés dans le domaine de l'énergie. Le TCE pourrait bien faire obstacle aux réglementations destinées à réduire au minimum les coûts sociaux et environnementaux de ces projets et à en maximiser les avantages pour la communauté locale (voir encadré 4, page 12).

Une fois qu'un pays a adhéré au Traité, il est vulnérable aux actions en justice fondées sur le TCE pendant au moins 26 ans, et ce même si les gouvernements suivants décident d'en sortir. Si un État peut faire valoir son droit de retrait cinq ans après l'adhésion au TCE et que ce retrait prend effet un an plus tard, la menace de poursuites relatives aux investissements réalisés avant sa sortie pèse encore comme une épée de Damoclès pendant 20 années.⁴⁷ L'exemple de l'Italie est éloquent à cet égard : des 11 affaires rendues publiques, une seulement a été lancée avant l'annonce de la sortie du pays du Traité (voir encadré 1, page 6).⁴⁸ Il s'agit d'une clause extrême qui confère un pouvoir excessif aux investisseurs : en effet, environ 15 % seulement de tous les accords d'investissement dans le monde prévoient ce type de protection des investissements pendant 20 ans après la sortie du Traité.⁴⁹

Le Traité de la Charte de l'énergie est de loin l'accord international sur les investissements le plus souvent invoqué.

Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement (CNUCED)⁴⁵

Encadré 4. Un rempart contre les pollueurs et les violations des droits de l'homme ? Exemples de projets d'énergie néfastes dans les pays candidats à l'adhésion au TCE

Dans les pays candidats à l'adhésion au TCE, les exemples de projets controversés ne manquent pas dans le secteur de l'énergie. Dès que les gouvernements, en réponse à la fronde des communautés, choisissent de réglementer de manière stricte voire de mettre un terme aux projets, ils s'exposent à de coûteuses poursuites émanant d'investisseurs étrangers à l'origine de ces projets.

« Ce pipeline ne peut... qu'augmenter l'extraction et la consommation des ressources fossiles ».⁵⁰

Le projet de gazoduc transafricain doit permettre d'acheminer le gaz fossile nigérian sur 5 000 km le long de la côte ouest africaine jusqu'en Europe via le Maroc. Des projets gaziers dans la région ont été pointés du doigt pour avoir déplacé des communautés, souillé l'environnement, entraîné de graves conséquences sur la santé, fait perdre leurs moyens de subsistance aux populations et avoir attisé de violents conflits liés aux ressources.⁵¹ La nouvelle proposition de pipeline a été rejetée par les écologistes et d'autres groupes de la société civile qui le jugent « mauvais pour la région, nos populations et la planète ».⁵² Cinq pays situés sur le tracé du gazoduc sont déjà bien engagés dans leur procédure d'adhésion au TCE (Mauritanie, Maroc, Gambie, Nigeria et Sénégal). Tous les autres (Bénin, Togo, Ghana, Côte d'Ivoire, Liberia, Sierra Leone, Guinée et Guinée-Bissau) ont fait le premier pas en signant la Charte internationale de l'énergie (certains uniquement en tant que membres de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest, CEDEAO). Le TCE doterait les investisseurs étrangers d'un formidable surcroît de puissance dans tous les pays le long du tracé et rendrait la tâche plus difficile aux gouvernements souhaitant revenir sur un projet.

« Le... serpent noir... nous chasse des terres de nos ancêtres ».⁵³ Dans le désert du Thar au Pakistan, des investisseurs chinois et pakistanais exploitent un gisement de charbon de lignite polluant afin d'alimenter de nouvelles centrales électriques. La communauté locale se bat pour ne pas être spoliée des terres de ses ancêtres, craignant que les mines polluent l'air, épuisent les nappes phréatiques dans une région en proie à la sécheresse et détruisent les moyens de subsistance.⁵⁴ Les installations rejettent des milliards de tonnes de dioxyde de carbone dans l'atmosphère, contribuant à aggraver le changement climatique. Si le Pakistan et la Chine venaient à adhérer au TCE, les investisseurs chinois seraient en droit de réclamer des milliards dès lors qu'un futur gouvernement pakistanais déciderait de respecter ses engagements en matière de lutte contre le réchauffement climatique et de laisser le charbon dans le sol.⁵⁵ La Cour suprême du pays examine déjà une plainte portant sur le fait que les mines priveraient les générations à venir du droit à une vie saine.⁵⁶

« Quatre personnes ont été tuées et au moins 470 blessées ».⁵⁷

Le barrage de Bujagali, en Ouganda, est sous le feu des critiques pour son bilan déplorable en matière de droits de l'homme et du travail, pour son rôle dans la baisse spectaculaire du niveau des eaux du lac Victoria (synonyme de formidable biodiversité et ressource indispensable à la subsistance des millions de personnes au Kenya, en Ouganda et en Tanzanie) et pour le coût de l'énergie produite, totalement hors de prix pour de nombreux Ougandais.⁵⁸ Et la facture du barrage pourrait être bien plus salée, si d'aventure les financiers étrangers décidaient d'attaquer l'Ouganda devant un tribunal d'arbitrage privé pour avoir, par exemple, révoqué l'exonération d'impôt accordée aux sociétés ou ordonné le versement de salaires et indemnités dus aux travailleurs accidentés sur le chantier de construction.⁵⁹ L'Ouganda a déjà validé ses rapports d'adhésion au TCE et n'est signataire que de six traités bilatéraux d'investissement en vigueur.⁶⁰



Détricoter les réformes en ressortant un vieux traité qui fait des ravages

La Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement a mis en garde contre les traités d'investissement « d'ancienne génération », du même acabit que le TCE, qui « n'ont rien de déclarations politiques "inoffensives", mais "font des ravages" ». Leurs « formulations vagues et générales... ont permis à des investisseurs de contester des décisions fondamentales de politique intérieure - en matière d'environnement, de finances, d'énergie et de santé par exemple », raison pour laquelle elles devraient être révisées, remplacées voire abrogées ou retirées. La CNUCED rappelle que le TCE est un traité aux conséquences extrêmement sérieuses car il « a été utilisé plus souvent que tout autre accord international d'investissement pour engager des procédures de règlement des différends entre investisseurs et États ».⁶¹ L'UE a elle aussi déclaré récemment que « il s'agit de l'accord en matière d'investissement qui fait actuellement l'objet du plus grand nombre de litiges dans le monde », ses « dispositions dépassées ne sont plus viables ou adéquates pour relever les défis actuels ».⁶²

Aussi étonnant que cela puisse paraître, plusieurs pays qui dénoncent ou réforment leurs traités d'investissement par crainte de perdre leur latitude politique, semblent pourtant disposés à compromettre ces réformes en adhérant à un traité rédigé dans les années 1990 et dotant les investisseurs de droits considérables. À titre d'exemple, la Tanzanie (signataire de la Charte internationale de l'énergie) et l'Ouganda (qui a déjà validé en interne ses rapports d'adhésion au TCE) ont tous deux entrepris d'abroger d'anciens traités d'investissement, tel celui conclu avec les Pays-Bas, un traité vivement décrié pour son manque « d'impartialité ».⁶⁴ Autres exemples, le Nigeria (qui travaille actuellement sur ses rapports d'adhésion) et le Maroc (en passe de valider les siens en interne). En 2016, ces deux pays ont signé entre eux un traité d'investissement qui se démarque sensiblement du TCE. On y trouve entre autres une définition plus restreinte des investissements protégés (excluant les investissements de portefeuille de nature spéculative) et des obligations imposées aux investisseurs, celle notamment de porter en premier lieu un différend devant les tribunaux d'un pays (au lieu de saisir directement une instance d'arbitrage internationale privée).⁶⁵ Ces réserves sur les droits extrêmement vastes accordés aux investisseurs étrangers ne semblent toutefois pas s'appliquer à leur adhésion au TCE.

Ainsi, alors même que les dangers inhérents à un régime qui sature de droits les investisseurs n'échappent pas à certains pays, qui par ailleurs remettent en cause des engagements pris dans le cadre de traités d'investissement antérieurs, ceux-ci semblent frappés de cécité au moment de considérer les risques propres au TCE. De fait, on pourrait bien assister à une augmentation du nombre de pays qui signent - peut-être à leur insu - un traité obsolète assorti de risques politiques, financiers et juridiques majeurs.

En l'état, le Traité pose problème à plusieurs égards.

Carlo Pettinato, chef de la politique d'investissement au sein de l'unité commerciale de la Commission européenne⁶³

Encadré 5. Exemples de la façon dont le TCE va à l'encontre des programmes actuels de réformes en matière de protection des investissements

Problème	Exemples de réformes récentes ⁶⁶	TCE
ISDS : les investisseurs étrangers peuvent poursuivre les États devant les tribunaux d'arbitrage internationaux - sans épuiser au préalable les recours locaux, contournant ainsi les systèmes juridiques nationaux.	Exclusion de l'ISDS (à l'instar des récents traités d'investissement signés par le Brésil) ; obligation d'utiliser les recours locaux, dans un premier temps tout au moins (comme dans les récents traités signés par l'Inde et le traité d'investissement Maroc-Nigeria).	Accès quasi illimité à l'ISDS (article 26 (3) du TCE). Pour plus de la moitié des signataires, le TCE va même jusqu'à autoriser les poursuites parallèles devant les tribunaux nationaux et l'arbitrage privé (l'annexe ID ne répertorie que 24 pays qui n'acceptent pas automatiquement l'arbitrage dès lors que le différend a déjà été porté devant les cours nationales).
Les définitions générales - et souvent sujettes à interprétation - des notions « d'investissement » et « d'investisseur » sont protégées par les traités, permettant ainsi aux entreprises n'ayant pas réalisé d'investissements véritables - y compris de simples sociétés boîte aux lettres - d'entamer des procédures.	Des définitions plus limitées de ce qu'implique un "investissement", en excluant par exemple les investissements de portefeuille de nature spéculative (comme dans le récent traité d'investissement Maroc-Nigeria) ou les sociétés boîte aux lettres (voir les récents traités de l'UE et le nouveau modèle de traité d'investissement néerlandais).	Des définitions incroyablement générales des termes « investissements » et « investisseurs » qui exposent les États à des risques imprévisibles et offrent à toutes sortes de sociétés écrans douteuses la possibilité d'intenter des procès en s'appuyant sur le TCE (articles 1(6) et (7) du TCE).
Garantie d'accorder à un investisseur un « traitement juste et équitable », une clause fourre-tout le plus souvent utilisée - avec succès - par les investisseurs qui s'en prennent à des mesures d'intérêt public.	Exclusion de la clause de « traitement juste et équitable », sujette à polémique (dans le Code Panafricain d'investissements par exemple). ⁶⁷	Clause générale de « traitement juste et équitable » (article 10(1)), interprétée par certains arbitres comme obligeant de facto les pays à verser des indemnités dès lors qu'ils amendent la législation. ⁶⁸
Aucune obligation pour les investisseurs.	Obligations des investisseurs en matière de respect des droits de l'homme, de responsabilité sociale des entreprises, d'exploitation des ressources naturelles et de spoliation des terres (comme dans le traité Maroc-Nigeria et le Code panafricain des investissements par exemple). ⁶⁹	Aucune obligation pour les investisseurs.



Alimenter la crise climatique en renforçant la dépendance aux combustibles fossiles

Les climatologues s'accordent à dire que les trois-quarts des combustibles fossiles qui subsistent dans le monde doivent rester dans le sol si nous voulons éviter un réchauffement planétaire dévastateur et hors de tout contrôle.⁷⁰ Si nous nous obstinons à extraire du charbon, du pétrole et du gaz pour les brûler, nous ne pourrons espérer mettre en œuvre l'accord de Paris et rester sous les 2°C d'augmentation des températures mondiales, sans parler des 1,5°C, la barre fatidique établie par la science et les gouvernements.

Or les gouvernements qui arrêtent des centrales électriques ou des plateformes de forage polluantes pourraient bien devoir en répondre à hauteur de plusieurs millions voire de milliards d'indemnisation au titre du TCE. Le Traité pourrait également se révéler un formidable instrument pour intimider les gouvernements et les pousser à approuver de *nouveaux* projets susceptibles d'accélérer le changement climatique et de renforcer la dépendance aux combustibles fossiles. Un danger illustré par plusieurs affaires en cours, tel le recours engagé par Rockhopper contre le moratoire de l'Italie sur les nouveaux projets de forage pétrolier en mer, ou encore les menaces de procès basés sur le TCE en réponse aux lois visant à mettre fin à l'extraction de combustibles fossiles (en France) et à interdire l'utilisation du charbon pour la production d'électricité (aux Pays-Bas) (voir encadré 1, page 6).



Pérenniser les échecs des privatisations dans l'énergie

Dans de nombreuses régions du monde, communautés et gouvernements font machine arrière sur les privatisations qui ont échoué et reprennent les rênes des systèmes de distribution d'énergie. Entre 2000 et 2017, au moins 189 entités de la filière énergie ont ainsi été rachetées et 122 autres créées suite à des privatisations qui n'avaient pas tenu leurs promesses.⁷³ Ces privatisations se sont souvent soldées par une hausse des prix pour le consommateur, des services de moindre qualité, des investissements insuffisants dans les infrastructures, des licenciements, des conditions de travail plus éprouvantes - et la liste est loin d'être exhaustive.

Mais revenir sur des privatisations qui ont échoué dans le domaine de l'énergie peut déboucher sur des litiges entre investisseurs et États et à des recours en réparation pouvant se chiffrer en millions. C'est précisément la mésaventure qu'a connue l'Albanie pour avoir voulu révoquer le permis de distribution d'électricité du géant tchèque de l'énergie, ČEZ. L'entreprise a riposté en réclamant pas moins de 190 millions d'euros au titre du TCE en 2013.⁷⁴ Cette révocation est intervenue après que ČEZ a coupé l'électricité aux compagnies des eaux et services d'assainissement de plusieurs villes albanaises, accumulé des arriérés considérables envers le gouvernement

Il ne fait aucun doute que les investisseurs concernés n'hésiteront pas à invoquer le TCE pour remettre en cause les mesures énergétiques prises en faveur du climat.

Nathalie Bernasconi-Osterwalder & Martin Dietrich Brauch, Institut international du développement durable (IISD)⁷¹

Les sentences d'indemnisation sont rétroactives et non plafonnées et les coûts de règlements des différends ISDS sont importants. Les pays concernés, s'ils veulent limiter leur responsabilité potentielle selon le régime ISDS, n'ont donc d'autre choix que de composer avec des mesures d'incitation uniques visant à éviter toute intervention en faveur du changement climatique.

Professeur Gus van Harten, Osgoode Hall Law School⁷²

et manqué à d'autres obligations contractuelles en s'abstenant, par exemple, d'investir dans le réseau électrique.⁷⁵ Les Albanais ont également déploré les prix élevés, les services de piètre qualité voire inexistants, sans oublier les coupures de courant. L'Albanie a fini par régler l'affaire en 2014 et accepter de verser 100 millions d'euros de dommages et intérêts, sous la forte pression, semble-t-il, de la République tchèque (actionnaire majoritaire de ČEZ), qui avait brandi la menace d'un éventuel veto au moment où l'UE déciderait de faire de l'Albanie un nouveau candidat à l'adhésion.⁷⁶

Lorsqu'en 2019, le parti travailliste britannique, alors dans l'opposition, envisage de reprendre le contrôle du secteur de l'énergie, des juristes spécialistes en arbitrage prédisent un « déluge de recours » fondés sur le TCE et d'autres accords d'investissement.⁷⁷ En raison de l'impressionnant arsenal de droits dont disposent les investisseurs étrangers en vertu de ces traités, les poursuites intentées en invoquant ces derniers auraient bien « plus de chances d'aboutir » que toute action fondée sur la législation britannique sur les droits de l'homme - et les investisseurs « pourraient obtenir des réparations plus conséquentes », a fait valoir le cabinet d'avocats Clifford Chance.⁷⁸



Saper les efforts visant à rendre l'électricité abordable pour tous

La précarité énergétique est une réalité dans le monde entier. On estime que 600 millions de personnes en Afrique n'ont toujours pas accès à l'électricité.⁷⁹ L'une des clés pour régler ce problème réside dans la capacité des gouvernements à réglementer les prix de l'électricité, quitte à imposer un plafonnement en cas de besoin.⁸⁰

Les normes internationales en matière d'investissement, en particulier la règle de traitement juste et équitable, pourraient prémunir les investisseurs étrangers dans la production d'électricité contre le plafonnement des prix, ou contre un retour à la réglementation des prix de l'électricité, actuellement libéralisés.

Professeur Anatole Boute, Université chinoise de Hong Kong⁸³

Mais le TCE pourrait être utilisé afin de compromettre l'action des gouvernements cherchant à lutter contre la précarité énergétique. Plusieurs pays d'Europe de l'Est se sont déjà attiré les foudres de grands noms de l'énergie mécontents de mesures propres à entamer leurs bénéfices et à tirer les prix de l'électricité vers le bas dans l'intérêt du consommateur.⁸¹ L'une des premières affaires du genre remonte à 2007 lorsqu'une filiale britannique du géant américain AES, qui figure au classement Fortune 200, s'en est pris à la Hongrie. AES a réclamé 230 millions de dollars US de dédommagement suite à la mise en place par le parlement hongrois d'un régime de réglementation des tarifs pratiqués par les fournisseurs d'électricité afin de tenter d'enrayer leurs profits excessifs. Les arbitres ont certes tranché en faveur de la Hongrie en 2010, mais entre les honoraires des avocats et la moitié des frais de justice, la facture pour le pays s'élève tout de même à 5,9 millions de dollars US au total.⁸²

Au Royaume-Uni, au moment de l'annonce par l'ancien gouvernement conservateur de Theresa May du plafonnement des prix de l'énergie

afin d'en finir avec les surfacturations indécentes pratiquées par les principaux fournisseurs d'énergie du pays, les avocats spécialisés dans les investissements prédisaient « une hausse des litiges réglementaires » au titre du TCE.^{84 85}



Restreindre la souveraineté sur les ressources énergétiques

Bon nombre de pays et de régions engagés sur la voie d'une adhésion au TCE sont des producteurs majeurs de combustibles fossiles et/ou sur le point de multiplier leur production. La Chine est le premier producteur mondial de charbon, le cinquième producteur mondial de pétrole et le sixième producteur mondial de gaz fossile ; le Nigeria est le premier producteur africain de pétrole et de gaz et prévoit de quasiment doubler sa production de pétrole d'ici 2025 ; le Bangladesh et le Pakistan sont en train de bâtir de nouvelles centrales électriques au charbon censées tripler leur capacité de production d'électricité à partir de ce combustible ; la Communauté d'Afrique de l'Est fait campagne en faveur des investissements dans les combustibles fossiles, avec pour objectif de « développer pleinement le potentiel pétrolier des États partenaires ».⁸⁶ Le TCE renforcerait considérablement le pouvoir des investisseurs étrangers dans le secteur de l'énergie dans ces pays comme dans d'autres, candidats à l'adhésion, non seulement en risquant de perpétuer la dépendance aux combustibles fossiles et d'aggraver la crise climatique, mais aussi en limitant la marge de manœuvre politique des États.

Les gouvernements désireux d'attirer des investissements étrangers dans le secteur de l'énergie ne doivent pas pour autant sacrifier leur capacité de gouvernance politique, ô combien précieuse à l'heure de réglementer ces investissements afin qu'ils contribuent au développement du pays. Mais en vertu du TCE, les grandes compagnies énergétiques peuvent poursuivre un gouvernement qui aurait l'idée malencontreuse de lever des impôts sur les bénéfices exceptionnels,⁸⁷ de contraindre les entreprises à embaucher de la main d'œuvre locale, transférer des technologies ou traiter les matières premières avant de les exporter. En adhérant au TCE, les États renoncent à une grande partie de leur latitude politique et de leur souveraineté pourtant nécessaires pour réglementer dans l'intérêt du public.

Si les risques d'une adhésion au TCE sont aussi sérieux, pourquoi les pays envisagent-ils même d'y adhérer ? Les raisons sont souvent complexes, mais les partisans du TCE, lorsqu'ils en vantent les mérites, font un certain nombre de promesses qui peuvent paraître séduisantes. Alors que l'on minimise les risques pourtant bien réels, on préfère insister lourdement sur les avantages, brandissant tel un appât la perspective d'attirer davantage d'investisseurs étrangers et de moderniser le secteur de l'énergie. Les prétendus atouts du Traité ne résistent toutefois pas à l'examen des faits et s'apparentent bien plus à des arguments de vente qu'à une réalité.

Le TCE astreint les États à une obligation de ne pas modifier leur cadre réglementaire, influant ainsi de fait sur l'économie des investissements à long terme dans le secteur de l'énergie.

Avocats chez Allen & Overy, cabinet d'avocats spécialisé dans l'arbitrage en matière d'investissement⁸⁸



Le TCE ne résoudra pas la précarité énergétique

Nombre de pays, en adhérant au TCE, espèrent encourager les investissements aptes à mettre fin à la précarité énergétique qui afflige leur population, souvent privée d'accès à l'électricité pour des activités aussi basiques que la cuisine. C'est en tout cas l'espoir entretenu par le Secrétariat et d'autres partisans du TCE qui martèlent sans relâche que « le potentiel du Traité ... pour attirer les investissements étrangers dans le secteur de l'énergie »⁸⁹ est un moyen « d'éradiquer la précarité énergétique ».⁹⁰ Un document de communication sur l'Afrique et le TCE suggère que : « la clé, qui déblocquera le potentiel d'investissement de l'Afrique afin de garantir l'accès universel à l'énergie et de surmonter la précarité énergétique, se trouve peut-être dans le Traité de la Charte de l'énergie ».⁹¹

Les règles du TCE en matière d'investissement, cependant, sont loin de tenir leurs promesses : comme pour d'autres accords similaires, aucune preuve tangible ne démontre qu'il encourage bel et bien les investissements. Si certaines études économétriques observent que quelques investisseurs trouvent un intérêt aux traités d'investissement, d'autres ne constatent qu'un effet nul voire négatif. Les études qualitatives tendent à montrer que, pour la grande majorité des investisseurs, les traités d'investissement ne constituent pas un facteur déterminant dans le choix du pays ciblé.⁹²

Un constat partagé par des gouvernements dans différentes régions du monde : le Brésil, par exemple, est le bénéficiaire d'investissements étrangers le plus important en Amérique latine,⁹⁴ sans pour autant avoir jamais ratifié le moindre traité prévoyant un arbitrage des investissements. En Indonésie, les investissements étrangers en provenance des Pays-Bas ont au contraire augmenté depuis la décision du pays de sortir de ses traités d'investissement avec les Pays-Bas et d'autres États.⁹⁵ Et lorsque l'Afrique du Sud a résilié certains de ses traités d'investissement, un fonctionnaire a fait remarquer que le rôle joué par ces accords « pour attirer des investissements n'est pas probant ».⁹⁶

Les preuves d'un impact positif du TCE sur les flux d'investissement dans n'importe quel secteur, dont celui des énergies renouvelables, sont encore bien insuffisantes.

Kyla Tienhaara et Christian Downie, Australian National University⁹³



Le TCE ne fera pas progresser la transition énergétique

Les ardents défenseurs du TCE - et plus généralement de l'ISDS - se plaisent à les présenter comme des instruments performants pour lutter contre le changement climatique. Ils affirment qu'en réduisant les risques liés à l'investissement, le TCE contribue à attirer les capitaux vers les énergies propres et que son mécanisme d'application de l'ISDS est un moyen de faire pression sur les États pour qu'ils tiennent leurs engagements en matière de protection du climat, comme dans les cas où des investisseurs ont attaqué des pays pour avoir réduit leur soutien aux projets d'énergie renouvelable.⁹⁷

Pourtant, rien ne prouve que le TCE ait réellement un impact positif sur les flux d'investissement dans quelque secteur que soit, et la filière des énergies propres n'y fait pas exception (voir promesse en l'air n° 1). L'accord ne dissuade en rien les investisseurs dans le pétrole, le gaz et le charbon, qui détruisent le climat, et n'encourage pas non plus une transition vers une véritable énergie renouvelable, qu'elle soit éolienne, marémotrice ou solaire. En outre, le TCE ne protège ni les investissements en faveur de l'efficacité énergétique, ni les autres mesures destinées à réduire la demande d'énergie.⁹⁸

Plus important encore, le TCE pourrait non seulement ne pas faciliter la transition des combustibles fossiles vers les énergies renouvelables, mais aussi l'entraver de façon active (voir « Risque TCE 3 »). Selon un ancien employé du Secrétariat du TCE, « les investissements dans les combustibles fossiles représentaient au moins 61% du total des investissements protégés par le TCE »,¹⁰⁰ rendant plus que probables des recours au titre du TCE contre les décisions de maintenir le charbon, le gaz et le pétrole dans le sol.



La modernisation du TCE ne résoudra pas les problèmes

En 2017, les États membres du TCE ont entrepris d'évaluer « la nécessité et/ou l'utilité éventuelle d'actualiser, de clarifier ou de moderniser » les droits des investisseurs prévus par l'accord¹⁰¹ et en novembre 2018, ils se sont entendus sur une liste de sujets de discussion.¹⁰² Les partisans du TCE, telle la Commission européenne, affirment que l'accord n'en sera que plus respectueux de l'environnement et les poursuites judiciaires coûteuses contre une réglementation légitime moins vraisemblables.¹⁰³

Or, le programme de modernisation ne tient pas ces promesses. Deux des options de réforme parmi les plus évidentes et - dans la perspective de la lutte contre la crise climatique et de la réalisation des objectifs de développement durable - les plus efficaces n'apparaissent pas dans la liste des sujets traités : l'exclusion des investissements énergétiques à fortes émissions de carbone du champ d'application du TCE et l'exclusion du régime ISDS. Ces deux mesures empêcheraient les pollueurs de contester les mesures gouvernementales visant à atténuer le changement climatique en dehors des systèmes juridiques des États, limitant de fait le risque d'un effet dissuasif sur l'action en faveur du climat.

Même les réformes moins ambitieuses, comme l'amélioration de la transparence dans les différends TCE, sont loin de faire l'unanimité chez les adhérents au Traité,¹⁰⁴ qui comptent notamment dans leurs rangs un bon nombre de pays exportateurs de combustibles fossiles et de fervents partisans du régime d'arbitrage privé en vigueur. Par ailleurs, toute modification du traité nécessiterait un vote à l'unanimité des parties au TCE, dont certaines, comme le Japon, ont déjà indiqué qu'elles ne voyaient pas la nécessité de changer quoi que ce soit.¹⁰⁵

Le... TCE... favorise les combustibles fossiles au détriment de nombreuses ressources énergétiques durables.

Sarah Keay-Bright, ancienne cadre supérieure au sein du secrétariat du TCE⁹⁹

Il y a fort à parier que les parties contractantes peinent à s'entendre pour aligner le Traité sur les exigences de l'Accord de Paris sur le climat.

Masami Nakata, ancienne assistante du Secrétaire général du TCE, à propos de la modernisation du TCE¹⁰⁸

Combien faudra-t-il d'affaires TCE pour que l'UE reconnaisse enfin que la seule façon d'aller de l'avant est de sortir du Traité ?

Source interne au Secrétariat de la Charte de l'énergie qui souhaite garder l'anonymat¹¹⁵

C'est la raison pour laquelle un rapport interne de la Commission européenne de 2017 juge une révision du TCE « irréaliste »¹⁰⁶ et de plus en plus d'experts et d'organisations de la société civile appellent à un retrait complet du Traité (voir encadré 6). Comme l'a souligné Yamina Saheb, experte en énergie et ancienne employée du Secrétariat du TCE, dans un rapport accablant sur la modernisation du TCE publié en février 2020 : « les résultats potentiels d'une modernisation du TCE, pour peu qu'il y en ait, seront relativement marginaux au regard des défis posés par plus de deux décennies de TCE... Un retrait du TCE reste donc la seule option qui vaille ».¹⁰⁷

Encadré 6. Un accord de plus en plus décrié

Bien que le TCE et ceux à qui il profite soient, jusqu'à il y a peu, parvenus à rester dans l'ombre, la sensibilisation aux problèmes qui en découlent prend de l'ampleur. De récents développements ont contribué à mettre en lumière les inquiétudes liées à l'accord :

- suite aux premiers recours intentés à son encontre au titre du TCE, l'Italie a fait le choix d'en sortir en décembre 2014. Le retrait est entré en vigueur le 1er janvier 2016.¹⁰⁹
- La Commission européenne et nombre de membres de l'UE ont fait valoir l'incompatibilité avec le droit communautaire des actions en justice intentées par des investisseurs établis dans l'UE à l'encontre d'États membres. La Cour européenne de justice, par son arrêt Achmea de 2018, a également remis en cause la légalité de telles procédures intracommunautaires et le TCE va devoir faire face à une levée de boucliers du côté des tribunaux de l'UE.¹¹⁰
- Le mandat de négociation de la Commission européenne relatif à la modernisation du TCE, datant de juillet 2019, qualifie les dispositions du traité de « dépassées » et « plus viables ou adéquates pour relever les défis actuels ».¹¹¹
- En septembre 2019, le ministre luxembourgeois de l'énergie, Claude Turmes, a demandé à ce que soit créée une coalition d'États membres de l'UE en faveur d'une réforme de fond du TCE - et d'envisager sérieusement d'en sortir dès lors que le processus de réforme avance trop lentement ou pêche par manque d'ambition.¹¹²
- Des experts¹¹³ de plus en plus nombreux mais aussi des syndicats, des organisations de la société civile travaillant sur les questions de l'environnement et du commerce appellent les membres du TCE à sortir d'un accord dans lequel ils voient un « traité dépassé qui risque de compromettre les mesures qui s'imposent en faveur du climat ».¹¹⁴

Conclusion : **six raisons de ne jamais adhérer au TCE**

Au terme de plus de 20 ans de TCE, le constat est clair : les risques inhérents aux droits qu'il accorde aux investisseurs étrangers l'emportent sur les bénéfices potentiels que les États auraient été en droit d'attendre de la signature d'un tel accord. En conclusion, voilà six raisons fondamentales de ne jamais adhérer au TCE ou d'en sortir :

Raison 1 :

Le TCE est le plus dangereux des accords sur les investissements.

Nul autre traité dans le monde n'a donné lieu à autant de recours d'investisseurs à l'encontre d'États que le TCE. Dans les procès au titre du Traité, les tribunaux composés de trois avocats privés peuvent condamner les gouvernements à verser des milliards de dollars d'argent du contribuable à des fins d'indemnisation d'entreprises, y compris pour les pertes subies sur des « bénéfices à venir » tout à fait hypothétiques. À peine plus de la moitié des actions en cours en décembre 2019 (les seules pour lesquelles cette information est disponible) représentait une valeur de 32 milliards de dollars US. Un montant supérieur au PIB de bon nombre de pays et bien plus élevé que la dotation annuelle que l'on estime nécessaire pour aider le continent africain à s'adapter au changement climatique.

Raison 2 :

Le TCE met à mal la démocratie et pourrait freiner l'action sur le climat.

On parle ici d'un instrument ayant vocation à intimider les décideurs et faire payer les gouvernements quand ceux-ci agissent pour lutter contre la crise climatique et protéger d'autres intérêts publics. C'est une menace particulièrement préoccupante qui pèse sur les efforts déployés pour aboutir à l'abandon nécessaire et urgent des combustibles fossiles, abandon qui passera par des réglementations audacieuses et permettra de réduire les profits de certaines des plus grandes entreprises du pétrole, du gaz et du charbon. Le TCE a déjà été utilisé pour s'en prendre à des moratoires sur des projets de combustibles fossiles polluants, à des restrictions environnementales sur les centrales électriques polluantes et au renoncement progressif au charbon.

Raison 3 :

Le TCE limite la souveraineté et la latitude politique pour réglementer dans l'intérêt du public, en faveur notamment de prix de l'énergie abordables.

Le TCE peut servir à faire obstacle à tout type de réglementation sur les investissements énergétiques, y compris la taxation. Il peut également être utilisé afin d'entériner des privatisations pourtant avortées dans le secteur de l'énergie et de contrecarrer les tentatives de réglementation des tarifs de l'électricité ayant vocation à rendre l'énergie accessible à tous.

Raison 4 :

Les privilèges accordés aux investisseurs par le TCE ne produisent pas les avantages économiques revendiqués.

Rien actuellement ne prouve que l'Accord concourt à réduire la précarité énergétique ni à favoriser les investissements, a fortiori les investissements dans les énergies renouvelables.

Raison 5 :

Le TCE enferme les pays pour des décennies.

Une fois qu'un pays a adhéré au Traité, il y est lié pendant au moins 26 ans, et ce même si les gouvernements suivants décident d'en sortir. Si un gouvernement peut faire valoir son droit de retrait cinq ans après l'adhésion au TCE et que celui-ci prend effet un an plus tard, il reste encore sous la menace de poursuites pendant 20 années pour les investissements réalisés avant le retrait.

Raison 6 :

La modernisation du TCE a pour objectif de rendre sa légitimité à un accord obsolète, dangereux et de plus en plus contesté. Il est très peu probable que l'actuel processus de modernisation du TCE finisse par le mettre en conformité avec les objectifs de l'accord de Paris en matière de changement climatique, et réduise le risque de poursuites prohibitives intentées par des entreprises à l'encontre des États.

Tant que le système reste en l'état, apposer sa signature au bas d'un nouveau traité serait une très grave erreur. Il est indispensable de peser le pour et le contre. Peut-être quelqu'un pourra-t-il un jour me dire quels en sont les avantages, mais une chose est sûre, je n'en ai encore trouvé aucun.

Maître George Kahale III, avocat chargé de défendre de nombreux pays lors de différends investisseurs-États¹¹⁶

Les risques aussi bien politiques et juridiques que financiers découlant de la signature du TCE l'emportant nettement sur les avantages revendiqués, toute expansion du Traité visant à en faire un accord quasi-universel doit être appréhendée avec la plus grande prudence. Il est fondamental que les hommes politiques, les journalistes, la société civile et la population des pays candidats à l'adhésion fassent la lumière sur cet accord obsolète, qui aura une influence majeure sur le combat pour nos systèmes énergétiques de demain.

Face aux risques que le TCE fait courir à ses États signataires et à l'environnement mondial, tous nos efforts devraient être concentrés sur la prévention de l'expansion géographique silencieuse de cet accord néfaste - et sur les mesures à mettre en œuvre avec détermination pour que les États membres actuels en sortent. Cela marquerait une étape importante dans la lutte contre l'emprise de sociétés capables d'empêcher les gouvernements d'agir dans l'intérêt de leurs citoyens et de la planète.

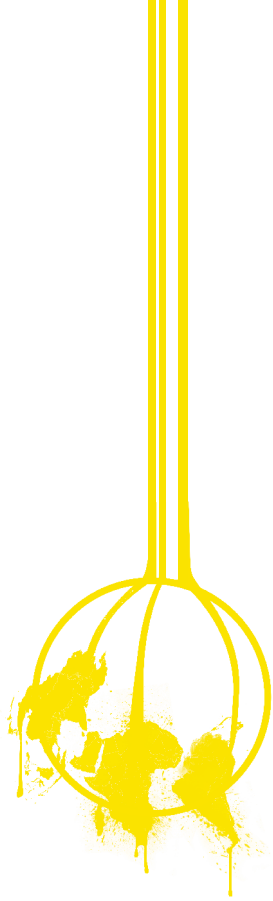
Notes de base

- 1 Afghanistan, Albanie, Arménie, Autriche, Azerbaïdjan, Biélorussie (qui n'a pas ratifié le TCE, mais l'applique à titre provisoire), Belgique, Bosnie-Herzégovine, Bulgarie, Croatie, Chypre, République tchèque, Danemark, Estonie, Finlande, France, Géorgie, Allemagne, Grèce, Hongrie, Islande, Irlande, Italie (qui a quitté le TCE en 2016, mais qui, néanmoins, risque toujours d'être poursuivie sous certaines conditions), Japon, Jordanie, Kazakhstan, Kirghizstan, Lettonie, Liechtenstein, Lituanie, Luxembourg, Malte, Moldavie, Mongolie, Monténégro, Pays-Bas, Pologne, Portugal, Roumanie, Russie (qui n'a jamais ratifié le TCE et qui a renoncé à son application provisoire en 2009, mais qui, néanmoins, a été poursuivie à de nombreuses reprises), Slovaquie, Slovénie, Espagne, Suède, Suisse, Tadjikistan, Macédoine, Turquie, Turkménistan, Ukraine, Royaume-Uni, Ouzbékistan et Yémen (voir illustration 1, page 2, pour plus de détails).
- 2 David Herlihy and Bruce Macaulay (2007) Strategic choices under the ECT, Global Arbitration Review, Vol. 2, No. 1, 26-28, https://files.skadden.com/sites/2Fdefault%2Ffiles%2Fpublications%2FPublications1263_0.pdf, 28.
- 3 Yamina Saheb (2019) The Energy Charter Treaty (ECT). Assessing its geopolitical, climate and financial impacts, septembre, https://www.openexp.eu/sites/default/files/publication/files/ect_rapport-numerique_0.pdf, 5.
- 4 Roda Verheyen (2012) Note de synthèse: 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.
- 5 Bundesministerium für Wirtschaft & Energie (2019) Schriftliche Frage an die Bundesregierung im Monat März 2019. Fragen Nr. 482, https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Parlamentarische-Anfragen/2019/3-482.pdf?__blob=publicationFile&v=1,1.
- 6 Silke Wettach (2020) Vattenfall-Verfahren kostet annähernd 20 Millionen Euro, WirtschaftsWoche, 17 janvier, <https://www.wiwo.de/unternehmen/energie/atomausstieg-vattenfall-verfahren-kostet-annaehernd-20-millionen-euro/25441110.html>.
- 7 Concernant la polémique autour de l'exploitation pétrolière, voir la vidéo Stop impunité des multinationales : les Abruzzes face à l'industrie pétrolière, 25 juin 2019, <https://www.iisd.org/itn/fr/2017/06/12/expansion-energy-charter-ect-africa-asia-undoing-reform-international-investment-law-nathalie-bernasconi-osterwalder/>.
- 8 Le directeur général de Rockhopper l'a clairement indiqué dans cette présentation vidéo : 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>, à partir de 19'00.
- 9 Conformément à l'article 47(3) du TCE, un pays qui sort du TCE reste sous la menace de poursuites pendant encore 20 ans dès lors que les investissements incriminés ont été effectués avant cette sortie.
- 10 Piwnica et Molinié (2018) Réponse du Conseil d'Etat à la demande d'accès aux documents sur la loi Hulot, 19 juillet. Publié par le Conseil d'Etat suite à une demande d'accès à l'information 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.
- 11 Corporate Europe Observatory et al. (2019) Blocking climate change laws with ISDS threats. Vermilion vs France, juin, <http://10isdsstories.org/cases/case5-fr/>.
- 12 Klaus Max Schmolka et al. (2019) Niederlande. Klage wegen Kohleausstieg zeichnet sich ab, Frankfurter Allgemeine Zeitung, 11 septembre, <https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/unternehmen/uniper-will-niederlande-wegen-kohleausstieg-verklagen-16377881.html>. Voir également la vidéo Charbon contre les Pays-Bas, 8 décembre 2019, <https://www.youtube.com/watch?v=SgADyRmF8hA>.
- 13 Follow The Money (2019) Kolenboer Uniper wil burgers laten opdraaien voor zijn slechte investering, 4 November, [https://www.ftm.nl/artikelen/uniper-kolencentrale-maasvlakte?utm_medium=social](https://www.ftm.nl/artikelen/uniper-kolencentrale-maasvlakte?utm_medium=social&utm_campaign=sharebuttonnietleden&utm_source=mail)
- 14 International Energy Charter (2019) List of cases, <https://www.energychartertreaty.org/cases/list-of-cases/>, consulté le 7 avril 2020.
- 15 International Energy Charter (2019) Statistics, <https://www.energy-chartertreaty.org/cases/statistics/>, consulté le 2 décembre 2019.
- 16 Voir la base de données de toutes les affaires connues recensées par les auteurs, <http://energy-charter-dirty-secrets.org/wp-content/uploads/2019/12/ECT-cases-dataset-dec2019.xlsx>.
- 17 International Energy Agency (2017) Energy Access Outlook 2017. From Poverty to Prosperity, <https://webstore.iea.org/download/summary/274?fileName=English-Energy-Access-Outlook-2017-ES.pdf>.
- 18 Voir la base de données de tous les cas connus recensés par les auteurs, voir note de fin 16.
- 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 Le montant total des frais de justice couvre les frais du tribunal (8 440 000 € ou 11 416 939 \$, en appliquant le taux de change en vigueur le 14 juillet 2014, date de la sentence), les frais de justice des requérants (79 628 055,56 \$ et 1 066 462,10 £ ou 1 823 870 \$) et les frais de justice du défendeur (27 000 000 \$ pour les avocats et 4 500 000 \$ pour les experts). Voir Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation (PCA Case No. AA 227), Final Award, 18 juillet 2014, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3279.pdf>, section XIII.
- 22 Voir la rubrique "The fossil fuel industry's friend" sur le site Web "The ECT's dirty secrets" géré par Corporate Europe Observatory et le Transnational Institute, <https://www.energy-charter-dirty-secrets.org/#section2>.
- 23 Voir la rubrique «News» du site de la Charte internationale de l'énergie, <https://www.energy-charter-dirty-secrets.org/#section2>.
- 24 Voir, par exemple, les nombreuses références aux experts détachés auprès du Secrétariat afin de préparer les rapports d'adhésion dans le rapport 2017 du Secrétaire général portant sur l'expansion du TCE : Energy Charter Secretariat (2018) Report by the Secretary General and Progress Report on the CONEXO policy implementation 2017, 28 novembre, <https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/CCDECS/2017/CCDEC201718.pdf>.
- 25 Energy Charter Secretariat (2018) Report by the Secretary General on the implementation of the vision 2017-2021, the activities in 2018, the CONEXO policy implementation in 2018, and the EU4Energy project in 2018, 27 novembre, https://energycharter.org/fileadmin/Documents-Media/CCDECS/2018/CCDEC201819_-_NOT_Report_by_the_Secretary-General.pdf, 4.
- 26 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/>.
- 27 International Energy Charter (2018) Sierra Leone becomes the newest member of the International Energy Charter Family, 14 décembre, https://energycharter.org/media/news/article/sierra-leone-becomes-the-newest-member-of-the-international-energy-charter-family?tx_news_pi1%5Bcontroller%5D=News&tx_news_pi1%5Baction%5D=detail&cHash=748522c51a592dc3b85631d6c8730957. Il est à noter que certains des acteurs parmi les plus importants que compte le paysage énergétique international ne sont pas signataires de la Charte internationale de l'énergie, dont l'Australie, le Canada, l'Indonésie, le Brésil et l'Inde pour n'en citer que quelques-uns.

- 28** The International Energy Charter (2015) The Birth of a New Global Standard in Energy Security and Cooperation, <https://energycharter.org/media/news/article/the-birth-of-a-new-global-standard-in-energy-security-and-cooperation/>.
- 29** Nathalie Bernasconi-Osterwalder (2017), voir note de fin 26.
- 30** International Energy Charter (2018) The International Energy Charter expands relations with Observer Countries, 22 janvier, <https://energycharter.org/media/news/article/the-international-energy-charter-expands-relations-with-observer-countries/>.
- 31** International Energy Charter (2018) Reconnecting with former Observer and outreach Countries, 13 avril, <https://energycharter.org/media/news/article/reconnecting-with-former-observer-and-outreach-countries/>.
- 32** International Energy Charter (2018) The Philippines. On The Path Towards Integration Into The Global Energy Markets: The Role Of The Energy Charter Treaty, https://energycharter.org/fileadmin/Documents-Media/Occasional/20180326-Version_final_Philippines_paper.pdf.
- 33** International Energy Charter: Accession Procedure to the Energy Charter Treaty (CCDEC 2017 9 StG), <https://www.energychartertreaty.org/treaty/accession-procedure/>, consulté le 7 mars 2020; International Energy Charter (2019) Annual Report 2018, https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/AR/AR_2018.pdf, 10-11. Energy Charter Conference (2017) Report by the Secretary General and Progress Report on the CONEXO policy implementation 2017, 28 novembre, <https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/CCDECS/2017/CCDEC201718.pdf>. Des informations complémentaires ont été compilées à partir du site web de la Charte de l'énergie. Voir aussi : OpenEXP (2020) Modernisation of the Energy Charter Treaty. A Global Tragedy at a High Cost for Taxpayers, https://www.openexp.eu/sites/default/files/publication/files/modernisation_of_the_energy_charter_treaty_a_global_tragedy_at_a_high_cost_for_taxpayers-final.pdf, 39-40.
- 34** L'illustration ne mentionne que les États engagés dans la voie de l'adhésion au TCE. Les pays ayant signé la Charte internationale de l'énergie mais déjà membres du TCE n'y apparaissent pas. Au moment de rédiger ces lignes, 91 États avaient signé la Charte internationale de l'énergie, soit bien plus que ceux qui sont énumérés ici.
- 35** Kyriaki Karadelis (2011) Interview : Graham Coop, general counsel of the Energy Charter Secretariat, Global Energy Review, 19 septembre, https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/News/20110919-Coop_GER_Interview.pdf, 10.
- 36** Nathalie Bernasconi-Osterwalder (2017), voir note de fin 26.
- 37** Au moment de rédiger ces lignes, le Pakistan vient d'être sommé de verser près de 6 milliards de dollars US au titre de compensations et d'intérêts à une entreprise enregistrée en Australie (qui s'était vu refuser un permis d'exploitation minière), alors que le Nigeria est aux prises avec une sentence arbitrale de 9 milliards de dollars US (à propos d'un projet de gaz avorté). Voir : Jarrod Hepburn (2019) Pakistan faces hefty loss in newly-rendered ICSID award in Tethyan Copper Mining Case; Investment Arbitration Reporter, 14 juillet, <https://www.iareporter.com/articles/pakistan-faces-hefty-loss-in-newly-rendered-icsid-award-in-tethyan-copper-mining-case-core-damages-exceed-4-billion-and-pre-award-interest-adds-another-1-75-billion/>; Oludara Akanmidu (2019) How Nigeria got hit with a \$9.6 billion gas deal judgment debt in a UK court, Quartz Africa, 17 septembre, <https://qz.com/africa/1710707/how-nigeria-got-hit-with-a-9-6-billion-judgment-debt-in-the-uk/>.
- 38** Victoria Ritah Nalule (2016) Energy in the East African Community: The role of the Energy Charter Treaty, https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Occasional/Energy_in_the_East_African_Community.pdf, 4.
- 39** 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/>.
- 40** Energy Charter Secretariat (2019) Terms and Conditions for the Accession of Uganda to the ECT, <https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/CCDECS/2019/CCDEC201917.pdf>.
- 41** Bundesregierung (2020) Antwort auf die kleine Anfrage "Der Energiecharta-Vertrag und seine Modernisierung", Drucksache 19/17336, 21 février, <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/19/173/1917336.pdf>, 6. traduit de l'allemand par les auteurs.
- 42** Voir : Energy Charter Secretariat (2019) Draft Programme of Work for 2020 and 2021, 10 décembre, <https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/CCDECS/2019/CCDEC201914.pdf>, 10.
- 43** Ibid., 10, 15.
- 44** International Energy Charter (2019) List of cases, voir note de fin 14.
- 45** CNUCED (2016) World Investment Report 2016. Nationalité des investisseurs : Policy Challenges, http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2016_en.pdf, 105.
- 46** D'après la base de données du CNUCED sur les traités d'investissement (<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>), consulté le 7 mars 2020.
- 47** Conformément à l'article 47 du TCE, les parties contractantes peuvent annoncer leur retrait du traité « à tout moment à l'issue d'une période de cinq ans à compter de la date à laquelle le présent traité est entré en vigueur, » le retrait prenant effet un an plus tard. Mais en raison de la clause de survie du TCE (article 47 (3)), ils peuvent encore être poursuivis pendant vingt ans pour des investissements effectués avant le retrait.
- 48** La seule exception est l'affaire : *Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein v. Italian Republic* (ICSID Case No. ARB/14/3). Toutes les autres ont été ouvertes après que l'Italie eut annoncé son retrait du TCE en décembre 2014. See International Energy Charter (2019) List of cases, voir note de fin 14.
- 49** Seuls 387 des 2 577 accords d'investissement conclus dans le monde incluent une clause de survie de 20 ans. Voir : UNCTAD (2020) Mapping of IIA content, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/iiia-mapping>, consulté le 7 mars 2020.
- 50** CADTM et al. (2018) Nigeria-Morocco gas pipeline: Not in Our Interest, 23 mars, <http://www.cadtm.org/Nigeria-Morocco-gas-pipeline-Not>.
- 51** Voir par exemple, ce rapport sur le pipeline en Afrique de l'Ouest : Friends of the Earth International and Gender Action (2011) Broken Promises. Gender Impacts of the World Bank-Financed West-African and Chad-Cameroon Pipelines, <http://www.genderaction.org/publications/11/chad-cam-wagp-pipelines.pdf>.
- 52** CADTM et al. (2018), voir note de fin 50.
- 53** Amar Guriro (2016) Pakistan's coal expansion brings misery to villagers in Thar desert, The Third Pole, 23 août, <https://www.thethirdpole.net/2016/08/23/pakistans-coal-expansion-brings-misery-to-villagers-in-thar-desert/>.
- 54** Ibid. Usman Ashraf (2019) Thar Coal Mining Project: The oppression of Indigenous Hindu Community, https://www.researchgate.net/publication/330662294_Thar_Coal_Mining_Project_The_oppression_of_Indigenous_Hindu_Community.
- 55** Bien que la Chine et le Pakistan aient déjà signé un traité bilatéral d'investissement, sa portée reste limitée car seul le montant de l'indemnisation en cas d'expropriation peut faire l'objet d'un arbitrage en matière d'investissement. Voir : Accord entre le Gouvernement de la République populaire de Chine et le Gouvernement de la République islamique du Pakistan sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements, 12 février 1989, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5660/download>, article 10.
- 56** Zofeen T. Ebrahim (2016) Seven year old sues Pakistan government over climate change, The Third Pole, 5 juillet 2016, <https://www.thethirdpole.net/2016/07/05/seven-year-old-sues-pakistan-government-over-climate-change/>.

- 57 Sophie Edwards (2018) World Bank refinancing of Uganda's Bujagali hydropower scheme under the spotlight, Devex, 21 février, <https://www.devex.com/news/world-bank-refinancing-of-uganda-s-bujagali-hydropower-scheme-under-the-spotlight-92132>.
- 58 Voir par exemple : FIVAS and NAPE (2014) Unsettling Business. Social consequences of the Bujagali hydropower project, https://www.internationalrivers.org/sites/default/files/attached-files/bujagali_unsettlingbusiness_1.pdf.
- 59 L'indemnisation des ouvriers blessés est l'une des nombreuses exigences de la communauté des ONG qui surveillent le barrage, voir, par exemple : Lettre à la Banque mondiale (2018) Resolving outstanding issues prior to Bujagali refinancing, 2 février, https://www.internationalrivers.org/sites/default/files/attached-files/bujagali_refinance_sign-on_letter.pdf.
- 60 Voir : Base de données UNCTAD sur les traités d'investissements bilatéraux en Ouganda, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/218/uganda>.
- 61 UNCTAD (2017) World Investment Report 2017. Investment and the Digital Economy, http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2017_en.pdf, 128, 145, 130-145.
- 62 Commission européenne (2019) Recommendation for a Council decision authorising the entering into negotiations on the modernisation of the Energy Charter Treaty, 14 mai, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/may/tradoc_157884.pdf, 1.
- 63 Cité dans : Dave Keating (2019) A Little-Known EU Investor Dispute Treaty Could Kill The Paris Climate Agreement, Forbes, 5 septembre, <https://www.forbes.com/sites/davekeating/2019/09/05/a-little-known-eu-investor-dispute-treaty-could-kill-the-paris-climate-agreement/#344be9da4ecf>.
- 64 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/>.
- 65 Tarcisio Gazzini (2017) Le TBI 2016 Maroc-Nigéria : Une importante contribution à la réforme des traités d'investissement, 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/>.
- 66 Pour des exemples de réformes récentes, voir UNCTAD (2019) Taking stock of IIA reform. Recent developments, https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2019d5_en.pdf.
- 67 African Union Commission (2016) Draft Pan-African Investment Code, https://au.int/sites/default/files/documents/32844-doc-draft_pan-african_investment_code_december_2016_en.pdf.
- 68 Dans l'une des affaires, par exemple, le tribunal a estimé que l'Espagne avait enfreint le TCE parce qu'elle avait « radicalement modifié » les réglementations applicables aux producteurs d'énergie renouvelable en les remplaçant par des règles « nouvelles et très différentes », qui leur étaient moins favorables. Voir Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/13/36), Award, 4 mai 2017, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9050.pdf>, paras 382, 409.
- 69 African Union Commission (2016), voir note de fin 67, chapitre 4.
- 70 Voir par exemple : Christophe McGlade and Paul Ekins (2015) The geographical distribution of fossil fuels unused when limiting global warming to 2°C, Nature, No. 517, 187-90.
- 71 Nathalie Bernasconi-Osterwalder and Martin Dietrich Brauch (2019) Redesigning the Energy Charter Treaty to Advance the Low-Carbon Transition, Transnational Dispute Management, février, <https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/tv16-1-article08.pdf>, 9.
- 72 Gus van Harten (2015) Foreign Investor Protection and Climate Action: A New Price Tag for Urgent Policies, Osgoode Legal Studies Research Paper Series Paper 146, <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/olsrps/146>, 3.
- 73 Satoko Kishimoto and Olivier Petitjean (Eds) (2017) Reclaiming Public Services: How cities and citizens are turning back privatisation, https://www.tni.org/files/publication-downloads/reclaiming_public_services.pdf, 6.
- 74 ČEZ v. The Republic of Albania, <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/522/-ez-v-albania>.
- 75 Kyriaki Karadelis (2012) Albania obtains interim measures as power dispute intensifies, Global Arbitration Review, 28 novembre, <https://globalarbitrationreview.com/article/1031790/albania-obtains-interim-measures-as-power-dispute-intensifies>.
- 76 Reuters (2014) Update 1 - Czech utility CEZ to get 100 mln euros in deal ending Albania row, 24 juin, <https://www.reuters.com/article/albania-cez/update-1-czech-utility-cez-to-get-100-mln-euros-in-deal-ending-albania-row-idUSL6NOP5L820140624>.
- 77 Jonathan Ford and Gill Plimmer (2019) Labour's nationalisation plans risk 'flood of claims', Financial Times, 14 août 2019, <https://www.ft.com/content/08e64ba0-ba93-11e9-96bd-8e884d3ea203>.
- 78 Clifford Chance (2018) UK Nationalisation: The Law and the Cost, <https://www.cliffordchance.com/content/dam/cliffordchance/PDFDocuments/nationalisation.pdf>, 12.
- 79 Phoebe Parke (2016) Why are 600 million Africans still without power? CNN Africa View, 1 avril, <https://edition.cnn.com/2016/04/01/africa/africa-state-of-electricity-feat/index.html>.
- 80 James Ryan Hogarth and Ilmi Granoff (2015) Speaking truth to power: why energy distribution, more than generation, is Africa's poverty reduction challenge, Working and discussion papers, Overseas Development Institute (ODI), <https://www.odi.org/publications/9406-speaking-truth-power-why-energy-distribution-more-generation-africa-s-poverty-reduction-challenge>.
- 81 AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erőmű Kft. v. Republic of Hungary (II) (ICSID Case No. ARB/07/22); Electrabel S.A. v. The Republic of Hungary (ICSID Case No. ARB/07/19); EVN AG v. Republic of Bulgaria (ICSID Case No. ARB/13/17); ENERGO-PRO a.s. v. Republic of Bulgaria (ICSID Case No. ARB/15/19); ČEZ, a.s. v. Republic of Bulgaria (ICSID Case No. ARB/16/24).
- 82 AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erőmű Kft. v. Republic of Hungary (II) (ICSID Case No. ARB/07/22), Award, 23 septembre 2010, https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0014_0.pdf, paras 10.3.34 et 15.3.
- 83 Anatole Boute (2011) Challenging the Re-Regulation of Liberalized Electricity Prices under Investment Arbitration, Energy Law Journal, Vol. 32, 497-539, 497.
- 84 Déclaration faite lors du 3e Annual GAR Live Energy Disputes event, Londres, 15 juin 2017, <http://gar.live/energy2017>. L'événement s'est déroulé selon la règle de Chatham House.
- 85 Rob Merrick and Lizzy Buchan (2017) Theresa May promises to 'put a price cap on energy bills' in latest U-turn during conference speech, The Independent, 4 octobre, <https://www.independent.co.uk/news/uk/politics/theresa-may-speech-live-energy-bills-price-cap-u-turn-prices-tory-conference-latest-a7982586.html>.
- 86 Jeff Desjardins (2019) Mapped: Fossil Fuel Production by Country, 11 juin, <https://www.visualcapitalist.com/mapped-fossil-fuel-production-by-country/>; Kirsten Jacobs (2019) Nigeria, Africa's largest oil producer commits to doubling production, 16 September, <https://www.oil-jobs-recruitment.com/nigeria-africas-largest-oil-producer-commits-to-doubling-production/>; Adam Majendie and Faseeh Mangi (2019) Pakistan's Milewide Open Air Mine Shows Why Coal Won't Go Away, Bloomberg, 9 août, <https://www.bloomberg.com/news/features/2019-08-09/pakistan-s-milewide-open-air-mine-shows-why-coal-won-t-go-away>; Climate Analytics (2019) DECARBONISING SOUTH AND SOUTH EAST ASIA, <https://climateanalytics.org/media/decarbonisingasia2019-fullreport-climateanalytics.pdf>; East African Community (2019) Investment in Oil and Gas, <https://www.eac.int/investment/why-east-africa/investment-opportunities/oil-and-gas>.

- 87** Des changements apportés aux régimes fiscaux sont régulièrement à l'origine de poursuites d'investisseurs à l'encontre d'États. Des États ont été poursuivis pour avoir amendé leurs codes des impôts, révoqué des exonérations fiscales et alourdi la taxation des entreprises, l'impôt sur le revenu et autres contributions. Si le TCE exclut bien certaines questions d'ordre fiscal de son champ d'application, des 'exceptions' similaires dans d'autres traités de commerce et d'investissement n'ont pas empêché les différends entre investisseurs liés à la fiscalité, donnant ainsi à penser qu'ils pourraient bien être possibles dans le cadre du TCE. Voir : Transnational Institute and Global Justice Now (2016) Taxes on trial. How trade deals threaten tax justice, <https://www.tni.org/en/publication/taxes-on-trial>, 7-8.
- 88** Cité dans : Daria Nochevnik (2015) Energy Charter Treaty: Protecting International Energy Investments From Regulatory and Political Risks, *Elektor*, 28 octobre, <https://www.elektormagazine.com/news/energy-charter-treaty-protecting-international-energy-investments-from-regulatory-and-political-risks>.
- 89** International Energy Charter (2016) Secretariat experts deliver a seminar on International Energy Charter in N'Djamena, Chad, 25 juillet, <https://energycharter.org/media/news/article/secretariat-experts-deliver-a-seminar-on-international-energy-charter-in-ndjamena-chad/>.
- 90** International Energy Charter (2017) Kenya becomes a new Signatory of the International Energy Charter, 21 mars, <https://energycharter.org/media/news/article/kenya-becomes-a-new-signatory-of-the-international-energy-charter/>.
- 91** International Energy Charter (2015) Africa and the Energy Charter: the bountiful continent and the energy conundrum, https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Infographics/2015_Energy_Charter_And_Africa.pdf, 1.
- 92** Jonathan Bonnitca: Assessing the Impacts of Investment Treaties: Overview of the evidence, septembre 2017, <https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/assessing-impacts-investment-treaties.pdf>, 3-4, 10.
- 93** Kyla Tienhaara and Christian Downie, Risky Business (2018) The Energy Charter Treaty, Renewable Energy and Investor-State Disputes, *Global Governance*, 24(3), 451-471, 451.
- 94** CNUCED (2018) World Investment Report 2018 - Investment and New Industrial Policies, https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2018_en.pdf, 4.
- 95** Transnational Institute (2017) Why did Ecuador terminate all its bilateral investment treaties?, <https://www.tni.org/my/node/23530>.
- 96** Xavier Carim (2015) International Investment Agreements and Africa's Structural Transformation: A Perspective from South Africa, South Centre Investment Policy Brief No. 4, août, https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2015/08/IPB4_IAs-and-Africa%E2%80%99s-Structural-Transformation-Perpective-from-South-Africa_EN.pdf, 4.
- 97** Voir par exemple : Edna Sussman (2008) The Energy Charter Treaty's Investor Protection Provisions: Potential to Foster Solutions to Global Warming and Promote Sustainable Development, *ILSA Journal of International & Comparative Law*, Vol. 14, Spring, 391-404, https://sussmanadr.com/docs/ilsa_052508.pdf; David Rivkin (2015) COP21: Climate Change Related Disputes: A Role for International Arbitration and ADR, 7 décembre, http://isdsblog.com/wp-content/uploads/sites/2/2015/12/David-W-Rivkin-speech-Climate_change_arbitration.pdf; SCC (2016) Bridging the Climate Change Policy Gap: how Investment Protection and Arbitration can Promote Green Investments, 25 novembre, <http://www.sccinstitute.com/about-the-scc/news/2016/bridging-the-climate-change-policy-gap-how-investment-protection-and-arbitration-can-promote-green-investments/>.
- 98** Sarah Keay-Bright (2019) "Outdated Energy Charter Treaty leaves new economy investments unprotected", *Energy Post*, 6 mars, <https://energypost.eu/outdated-energy-charter-treaty-leaves-new-economy-investments-unprotected/>; Yamina Saheb (2019), voir note de fin 3, 8.
- 99** Sarah Keay-Bright (2019), voir note de fin 98.
- 100** OpenEXP (2020), voir note de fin 33, 8.
- 101** Decision of the Energy Charter Conference (2017) Modernisation of the Energy Charter Treaty, 28 novembre, <https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/CCDECS/2017/CCDEC201723.pdf>, 2.
- 102** International Energy Charter (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/>.
- 103** Voir les déclarations de Carlo Pettinato, chef de la politique d'investissement au sein de l'unité commerciale de la Commission européenne, cité dans : Dave Keating (2019), voir note de fin 63.
- 104** Depuis 2014, le Secrétariat s'efforce d'améliorer la transparence des litiges TCE, mais apparemment sans le soutien en la matière des membres du TCE. Voir : Decision of the Energy Charter Conference (2017) Report by the Chair of the Implementation Group, 28 novembre, <https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/CCDECS/2017/CCDEC201720.pdf>, para 27.
- 105** « Japan believes that it is not necessary to amend the current ECT provisions ». Voir : Energy Charter Secretariat (2019) Policy Options for Modernisation of the ECT, 6 octobre, <https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/CCDECS/2019/CCDEC201908.pdf>, 3.
- 106** Rapport interne de la Commission européenne portant sur l'« Expert Meeting – Investment Protection Standards under the ECT », qui s'est tenue le 27 janvier 2017, rapport daté du 30 janvier 2017. Obtenu via l'accès à la réglementation de l'information fourni par l'UE : <https://www.asktheeu.org/en/request/4067/response/13078/attach/2/Summary%20report%20Exception%20Redacted.pdf>, 1.
- 107** OpenEXP (2020), voir note de fin 33, 24, 42.
- 108** Cité dans : Frédéric Simon (2019), voir note de fin 39.
- 109** Mena Chambers (2015) Note 12 – Italy's Withdrawal from the Energy Charter Treaty, 5 mai.
- 110** Voir par exemple : Daniel Thym (2018) The CJEU ruling in Achmea: Death Sentence for Autonomous Investment Protection Tribunals, *EU Law Analysis*, 9 mars, <https://eulawanalysis.blogspot.de/2018/03/the-cjeu-ruling-in-achmea-death.html>.
- 111** Commission européenne (2019), voir note de fin 62, 1.
- 112** Frédéric Simon (2019) Luxembourg leads EU push to climate-proof Energy Charter Treaty, *Euractiv*, 4 septembre, <https://www.euractiv.com/section/energy/news/luxembourg-leads-eu-push-to-climate-proof-energy-charter-treaty/>.
- 113** Yamina Saheb (2019), voir note de bas de page 3; Frédéric Simon (2019), voir note de bas de page 39; 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/>.
- 114** Lettre ouverte "Ending the membership of the EU and its Member States in the Energy Charter Treaty", 23 septembre 2019, http://www.foeeurope.org/sites/default/files/eu-us_trade_deal/2019/letter_to_energy_ministers_on_ect_september_2019_final.pdf, 2. Voir aussi : Lettre ouverte sur le Traité de la Charte de l'énergie signée par 278 organisations, 9 décembre 2019, <https://www.energy-charter-dirty-secrets.org/open-letter/>.
- 115** Frédéric Simon (2019) EU asserts 'right to regulate' as part of energy charter treaty reform, *Euractiv*, 16 juillet, <https://www.euractiv.com/section/energy/news/eu-asserts-right-to-regulate-as-part-of-energy-charter-treaty-reform/>.
- 116** Cité dans : Jess Hill (2015) TPP's clauses that let Australia be sued are weapons of legal destruction, says lawyer, *The Guardian*, 10 novembre, <https://www.theguardian.com/business/2015/nov/10/tpps-clauses-that-let-australia-be-sued-are-weapons-of-legal-destruction-says-lawyer>.





Avril 2020



Le **Transnational Institute (TNI)** est un institut international de recherche et de plaidoyer œuvrant en faveur d'une planète plus juste, plus démocratique et durable. Depuis plus de 40 ans, TNI officie à l'interface des mouvements sociaux, des chercheurs engagés et des décideurs politiques.

www.TNI.org



Corporate Europe Observatory (CEO) est un groupe de recherche et de campagne qui s'emploie à dévoiler et contester le poids démesuré des entreprises et de leurs lobbyistes dans l'élaboration des politiques européennes. CEO travaille en étroite collaboration avec des groupes d'intérêt public et des mouvements sociaux en Europe et dans le monde en vue d'élaborer des solutions alternatives au pouvoir hégémonique des entreprises.

www.corporateeurope.org



Strengthening Africa in World Trade

L'Institut pour l'information et les négociations commerciales d'Afrique orientale et du sud (SEATINI) – Ouganda est une ONG investie dans le renforcement des capacités, la recherche et le plaidoyer, dans le but de promouvoir des alternatives au néolibéralisme. Elle a notamment pour objectif d'influer sur l'agenda et les résultats des processus politiques dans les domaines commerciaux, d'investissement et de fiscalité, ainsi que des négociations pour le développement durable et l'amélioration des moyens de subsistance en Ouganda et dans la région est-africaine.

www.seatiniuganda.org

www.energy-charter-dirty-secrets.org