



HAL
open science

Le Traité sur la Charte de l'énergie au défi de la transition énergétique

Bernadette Le Baut-Ferrarese

► **To cite this version:**

Bernadette Le Baut-Ferrarese. Le Traité sur la Charte de l'énergie au défi de la transition énergétique. Énergie - Environnement - Infrastructures : actualité, pratiques et enjeux, 2021, étude 2. hal-03128211

HAL Id: hal-03128211

<https://univ-lyon3.hal.science/hal-03128211v1>

Submitted on 20 Jun 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NoDerivatives 4.0 International License

Le Traité sur la Charte de l'énergie au défi de la transition énergétique

Bernadette LE BAUT-FERRARESE
Professeure de droit public,
EDIEC EA-4185,
Université Jean Moulin Lyon 3

Résumé :

Le TCE ressortit d'un processus qui lui est propre, celui de la transition des pays d'Europe de l'Est et d'Europe centrale à l'économie de marché. S'il n'a donc été adopté ni dans le cadre ni aux fins de la transition énergétique, il n'en est pas moins lié à elle, nécessairement, par son objet. De fait ce traité est susceptible de peser sur le déroulement et l'avancement d'un processus que l'on sait essentiel pour répondre aux défis écologique et climatique.

1. **Coopération internationale en matière d'énergie.** Le traité sur la Charte de l'énergie (ci-après TCE) participe d'un processus visant à installer une coopération internationale sur les questions énergétiques, lesquelles « ont occupé, dès le XIX^{ème} siècle, occupent aujourd'hui et occuperont aussi, à l'avenir, une place centrale dans les relations internationales »¹. Il est vrai que des thèmes tels que celui de l'accès aux sources d'énergie ou de la sécurité d'approvisionnement énergétique se rapportent à la souveraineté énergétique de l'État², et par suite sollicitent le droit international « pour la sécurité et la stabilité de l'ordre international des États, le développement économique de leurs sociétés et pour le bien-être de leurs populations »³.
2. *Ab initio* la coopération internationale née du TCE prend appui sur la Charte européenne de l'énergie (ci-après « la Charte »), signée en décembre 1991 à La Haye. En consacrant « l'accord des Parties de mettre en œuvre et d'élargir dès que possible leur coopération en négociant un accord de base et des protocoles »⁴, cette Charte ne fait que jeter les bases de ladite coopération⁵, mais, en se déployant sur un territoire *de facto* plus vaste que celui que son appellation suggérerait⁶, elle n'en constitue pas moins la base d'une coopération internationale étendue⁷.
3. Cette coopération se poursuit avec la signature, en décembre 1994 à Lisbonne, du TCE⁸, qui, d'une part, conventionnalise la Charte en donnant « aux engagements » qu'elle contient « une base juridique internationale sûre et contraignante » (Préambule), et qui, d'autre part, lui adjoint le « Protocole de la Charte de l'énergie sur l'efficacité énergétique et les aspects environnementaux connexes » (ci-après PEEREA). Cette évolution s'obtient toutefois au prix du désistement au passage de certains des protagonistes de cette coopération lesquels refuseront de signer⁹ ou de ratifier¹⁰ un traité, qui n'entrera pas moins en vigueur en 1998 par ratification d'un nombre suffisant de signataires.

¹ V. M. Dutu, *La dépendance énergétique, la souveraineté et le droit international général*, in *Défis énergétiques et droit international*, S. Doumbé-Billé (Dir.) : Larcier 2011, p. 29, sp. 30.

² Et donc à la souveraineté de l'État ; V. aussi notre article, *La programmation pluriannuelle de l'énergie, l'enjeu de souveraineté : Énergie – Env. – Infrastr. 2020, dossier 22*.

³ V. M. Dutu, *La dépendance énergétique, la souveraineté et le droit international général*, préc., sp. 30 ; v. aussi P. D. Cameron, *International Energy Investment Law – The Pursuit of Stability* : New York, Oxford University Press, 2010.

⁴ V. paragr. II, *Acte final de la Conférence sur la Charte européenne de l'énergie*.

⁵ On peut la qualifier d'« engagement non contraignant », catégorie appartenant à la *soft law* internationale (V. P.-M. Eisemann, *Engagements non contraignants*, in *Répertoire du droit international* : Dalloz, 2017).

⁶ Le caractère « européen » de la Charte doit donc plus à ceux qui l'ont initiée (le Premier ministre néerlandais de l'époque : R. Lubbers) ou propulsée (le Conseil européen : Dublin, 25 juin 1990).

⁷ La Charte a été signée par 66 États, par ex. par la Fédération de Russie, la Turquie, le Japon, l'Australie, les États-Unis ou encore le Canada, ainsi que par les Communautés européennes.

⁸ Sur ce traité, v. not. R. Babadji, *Le traité sur la Charte européenne de l'énergie (17 décembre 1994)* : *AFDI*, 1996, p. 872 ; J. Touscoz, *Le traité de la Charte de l'énergie (aspects juridiques)* : *Rev. de l'énergie*, 1996, n° 481, p. 494 ; A. Fatouros, *An international legal framework for energy* : *RCADI*, 2008, p. 409.

⁹ Ainsi les États-Unis et le Canada.

¹⁰ Ainsi la Russie, la Biélorussie, l'Australie la Norvège, l'Islande.

4. La coopération internationale initiée par la Charte de l'énergie s'est poursuivie dans le cadre de la stratégie dite « Conexo » (consolidation, expansion, sensibilisation)¹¹ promue par le principal organe issu du TCE, la Conférence sur la Charte de l'énergie, qui ambitionne de la renforcer et de l'ouvrir à d'autres pays et organisations régionales. Son débouché principal, la Charte internationale de l'énergie signée à La Haye en mai 2015, ne constitue toutefois qu'une simple déclaration politique.
5. De fait, si le TCE est emblématique de la coopération internationale en matière d'énergie, il est surtout, par son caractère contraignant, sa pierre angulaire.
6. **Contextes.** Pour comprendre et mesurer la portée d'un tel traité, il est utile de le situer dans le contexte de son adoption et dans celui de son application.
7. Le TCE porte en effet l'empreinte de son époque d'adoption, ou, plus précisément de celle de la Charte qu'il a consolidée, qui, immédiatement postérieure à la chute du Mur de Berlin, se préoccupe d'accompagner les pays d'Europe Centrale et Orientale dans leur transition vers l'économie de marché¹². Alors que sa vocation est de porter réponse à la question, importante et intemporelle, de la sécurité d'approvisionnement énergétique de l'État¹³, il vise, ce faisant, de façon générale à « *développer un marché ouvert et concurrentiel de l'énergie* » (TCE, art. 3), et plus spécifiquement à « *faciliter les transactions énergétiques* » entre opérateurs – ceux des pays producteurs (situés plutôt à l'Est) et ceux des pays consommateurs (localisés plutôt à l'Ouest)¹⁴. Par là-même, il appréhende l'énergie, objet qui « *n'existe pas en droit international* »¹⁵, tout à la fois, sous l'angle économique¹⁶ et d'un point de vue libéral¹⁷ : c'est-à-dire tantôt comme une « *matière* » ou un « *produit* » (TCE, art. 1.4 et art. 3) s'offrant aux échanges commerciaux et éligible comme tel(le) aux règles du droit général du commerce international¹⁸, tantôt comme un « *secteur d'activité économique* » (TCE, art. 1.5) intéressé en tant que tel par un régime de droit international de protection des investissements. Le prisme est à l'évidence biaisé, sinon réducteur¹⁹ car oublieux de la diversité des sources énergétiques et de leurs différentes qualités.
8. Mais, une transition chassant l'autre, la question qui inévitablement vient à se poser est celle de l'adaptation de ce traité à des enjeux contemporains, plus récents à défaut d'être nouveaux, tel celui de la protection de l'environnement considéré comme l'un des plus importants du XXI^{ème} siècle. Cet enjeu est en effet majeur, en particulier parce qu'il implique une transition énergétique que l'on peut définir comme le « *passage, à terme, des énergies non renouvelables (pétrole, charbon, gaz, uranium) aux énergies renouvelables, pouvant s'accompagner d'une*

¹¹ V. not. à ce sujet *Parlement européen, La Charte de l'énergie. Une procédure multilatérale de gestion des relations commerciales dans le domaine de l'énergie : EPRS, juillet 2017 – PE 607.297, sp. p. 12.*

¹² V. en ce sens l'art. 32. 1 du TCE, qui évoque « *l'adaptation aux exigences d'une économie de marché* ».

¹³ V. M. Lunca, *La confrontation des intérêts des États en matière d'approvisionnement énergétique. Un regard à travers la notion de nécessité, in Défis énergétiques et droit international, préc., p. 53, sp. 54.*

¹⁴ Sur ce thème, V. aussi J.-C. Guibal, *La charte européenne de l'énergie : une initiative politique et juridique à étapes pour faciliter les transactions énergétiques en Europe de l'Est : Revue de l'Énergie, n° 436, janv. 1992, p. 7 ; C. Nigoul, L'énergie dans les relations Europe-Russie : L'Europe en formation, 2014/4, n° 374, p. 94.*

¹⁵ V. R. Babadji, *Le traité sur la Charte européenne de l'énergie, préc., sp. 876.*

¹⁶ Le TCE apparaît conforme à cet égard à l'inclinaison « naturelle » du droit international lorsqu'il s'agit d'énergie, V. M. Lamoureux, *Droit de l'énergie : LGDJ, 2020, sp. 46.*

¹⁷ Selon la doctrine, le TCE « *s'inscrit délibérément dans le sillage du GATT* » (R. Babadji, *Le traité sur la Charte de l'énergie, préc., sp. 887*), au point de constituer une sorte de « *GATT sectoriel et géographique* » (J. Touscoz, *Le traité de la Charte de l'énergie (aspects juridiques), préc.*

¹⁸ La liste des « *matières et produits énergétiques* » concernés est précisée à l'annexe EM du TCE, soit par référence au système harmonisé de coopération douanière et à la nomenclature combinée des Communautés européennes. L'amendement commercial apporté au TCE prévoit aussi l'application des mêmes dispositions aux « *équipements liés à l'énergie* » (Annexe 1, art. 1, modifiant TCE, art. 29).

¹⁹ Considérer l'énergie comme un « *produit* » revient à adhérer au dogme d'une production, et réciproquement d'une consommation, illimitées de l'énergie, donc à négliger la question de la disponibilité des flux de matières et de ressources. C'est oublier que l'énergie est une force en action qui *stricto sensu* ne se « produit » pas, V. en ce sens : J.-L. Fugit et R. Courteau, *L'agriculture face au défi de la production d'énergie, Rapport Assemblée nationale, n° 2220, et Sénat, n° 646 : « L'énergie se singularise par une caractéristique majeure, bien connue des physiciens, elle ne peut ni se créer, ni se détruire, mais juste se transformer ».*

réduction des émissions de gaz à effet de serre, d'une réduction des risques environnementaux et d'une réduction des pollutions et déchets dangereux »²⁰.

9. **Intégration.** Ce n'est pas parce qu'un texte est extérieur à un processus qu'il lui est *ipso facto* est étranger. Parce que le droit a prouvé son aptitude à intégrer les enjeux environnementaux, on ne voit pas pourquoi le TCE ne pourrait le faire de sorte à constituer lui-même un des supports et/ou outils²¹ de la transition énergétique. En d'autres termes, ce n'est pas parce que le TCE ne participe pas de la transition énergétique qu'il ne peut y participer, quand bien même une telle participation constituerait-elle un défi pour ses dispositions : pour celles qui en sont les plus éloignées, auxquelles il pourrait être demandé de ne pas y faire obstacle (1.), et pour celles qui *ratione materiae* en sont plus proches²², qui pourraient se voir réclamer d'en être les alliées (2.).

I. Le TCE obstacle à la transition énergétique ?

10. **Protection des investissements.** La philosophie libérale du TCE s'exprime de façon topique dans les dispositions qu'il contient sur les « Investissements » (Partie III), qui sont inspirées du droit conventionnel sur le sujet²³, et l'ont même « cristallisé »²⁴ voire « amplifié »²⁵. Ces dispositions prévoient au bénéfice des opérations d'investissement concernées, d'une part, des protections substantielles (traitement juste et équitable, droit à une compensation financière en cas d'atteinte publique à l'investissement), d'autre part, un droit au règlement des différends²⁶ qui prend la forme, principalement²⁷, de procédures d'arbitrage²⁸.
11. **Neutralité.** Les dispositions du TCE concernent les investissements effectués dans le cadre des activités, visées à son article 1.5 TCE et précisées par les clauses interprétatives de son Acte final, effectuées dans le secteur de l'énergie, et ce quels que soient les formes/sources/vecteurs/technologies employés²⁹. On peut par suite les réputer neutres du point

²⁰ P. Sablière, *Droit de l'énergie* : Dalloz, 2013, sp. 46

²¹ V. en ce sens les intitulés donnés à des lois françaises récentes : loi « relative à la transition énergétique pour la croissance verte » (L. n° 2015-992 du 17 août 2015 : JO 18 août 2015), loi « relative à l'énergie et au climat » (L. n° 2019-1147 du 8 nov. 2019 : JO 9 nov. 2019).

²² V. en ce sens, A. Boyer, *Charte de l'énergie, Rapport, Sénat, n° 267, 1996-1997* : « (le TCE) constitue un pas très important dans l'instauration d'un espace énergétique cohérent, complémentaire, de nature à exploiter dans les meilleures conditions économiques, ainsi d'ailleurs qu'écologiques, les richesses énergétiques considérables des pays de l'Est et singulièrement de l'ex-URSS » ; R. Babadji, *Le traité sur la Charte de l'énergie, préc., sp. 875* : « Le traité de Lisbonne se ressent à des degrés divers de trois évolutions majeures de ces dernières années. (...) La troisième est l'émergence en droit international de la question environnementale avec la multiplication des conventions multilatérales ».

²³ « La partie III du traité (...) est largement inspirée du Chapitre XI de l'Accord sur l'ALENA, des modèles américains et britanniques de conventions bilatérales, ou encore des négociations relatives à l'AMI » (F. Lozanorios, *Le règlement des différends relatifs aux investissements dans le domaine énergétique, in Défis énergétiques et droit international, préc., p. 99, sp. 106*).

²⁴ Le TCE a été présenté comme un « instrument de cristallisation » du droit international des investissements (F. Lozanorios, *ibid.*).

²⁵ Il en est ainsi de ses dispositions relatives aux mesures concernant les investissements qui sont liées au commerce de marchandises (TCE, art. 5), dont le champ d'application dépasse celui prévu par le droit correspondant du GATT-OMC (V. R. Babadji, *Le traité sur la Charte de l'énergie, préc., sp. 885*).

²⁶ Le TCE organise en parallèle (v. art. 29 et annexe D) un règlement des différends susceptibles de naître en matière commerciale ou en matière de transit entre les États parties dont l'un n'est pas partie aux accords de l'OMC.

²⁷ TCE, art. 26. V. F. Poirat, *L'article 26 du traité relatif à la Charte de l'énergie : procédures de règlement des différends et statut des personnes privées* : RGDIP 1998-1, p. 46.

²⁸ L'art. 26 TCE prévoit dans un premier temps une phase de règlement amiable. Si ce dernier n'aboutit pas, il permet à l'investisseur : de soumettre le différend devant la juridiction nationale du pays où l'investissement a été réalisé, de recourir à une procédure de règlement du différend préalablement convenue, ou, après consentement écrit, de porter le différend devant le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) issu de la Convention de Washington du 18 mars 1965, devant un tribunal d'arbitrage, ou devant une structure d'arbitrage de l'institut d'arbitrage de la Chambre de Commerce de Stockholm.

²⁹ Elles ont été appliquées ainsi à des investissements réalisés dans les secteurs : de l'électricité (par ex. *AES Summit Generation Ltd c. Hongrie, CIRDI, N° ARB/01/04, sentence, 25 avr. 2001*), de l'énergie thermique (par ex. *Alstom Power Italia Spa c. Mongolie, CIRDI, N° ARB/04/10, sentence, 18 mars 2004*), de l'énergie nucléaire (par

de vue énergétique mais sans l'être pour autant, *ipso facto*, à l'égard de la transition éponyme, ceci lorsque leur application conduit à déprécier les énergies qui lui sont affiliées (A) ou à privilégier celles qui lui sont extérieures (B).

A. Les énergies de la transition énergétique à l'épreuve du TCE

12. **Confrontation.** Quand bien même le TCE ne vise pas spécifiquement les énergies renouvelables (ci-après ENR), ces dernières n'en ont pas moins été confrontées à lui dans le cadre d'un « *contentieux de masse* »³⁰ remarqué, et remarquable par le fait d'avoir conduit à mobiliser le principe du traitement juste et équitable des investissements qu'il contient (1°) ainsi que les stratégies de contournement à celui-ci qu'il autorise (2°).

1° Principe du traitement juste et équitable

13. **Stabilité.** Si la sécurité d'approvisionnement énergétique constitue le ressort du TCE, elle trouve appui, en particulier, dans l'obligation assignée aux Parties de prévoir « *un climat stable pour les investisseurs* »³¹ (a), que le caractère évolutif des réglementations visant à soutenir les ENR est toutefois susceptible de contrarier (b).

a) Stabilité des législations étatiques applicable aux investissements énergétiques

14. **Article 10 TCE.** L'article 10 du TCE impose aux Parties de prévoir des « *conditions stables, équitables, favorables et transparentes pour la réalisation d'investissements dans sa zone par les investisseurs des autres parties contractantes* »³². Il sécurise par là-même les investissements énergétiques, en prémunissant les opérateurs contre les évolutions réglementaires qui seraient susceptibles de perturber ou de contrecarrer leur projet.

b) Evolutivité des régimes nationaux de soutien aux énergies renouvelables

15. **Institution.** Si le soutien public aux ENR découle de la contribution de ces dernières à l'intérêt général, dans le cadre de l'UE, il s'appuie, en particulier, sur les directives que cette organisation consacre à la promotion de leur utilisation³³, et s'y déploie, particulièrement, sous forme d'aides économiques que les États membres instituent afin de favoriser les investissements dans le secteur considéré.
16. **Evolution.** La portée de ces « *régimes d'aide* »³⁴ varie dans l'espace³⁵ mais aussi dans le temps : d'une part à raison de la temporalité de la transition énergétique, qui constitue un processus n'ayant pas vocation à s'éterniser dans le temps, d'autre part, parce que les États peuvent être conduits à les remettre en cause sur le motif de l'insuffisance de leurs performances, notamment

ex. *Hrvatska Elektroprivreda c. Croatie*, CIRDI, N° ARB/05/24, sentence, 28 déc. 2005), ou des énergies renouvelables (v. A).

³⁰ I. Fadlallah, C. Leben *ea.*, *Investissements internationaux et arbitrage : Cahiers de l'arbitrage*, oct. 2018, n° 4, p. 703.

³¹ V. M. Lunca, *La confrontation des intérêts des États en matière d'approvisionnement énergétique. Un regard à travers la notion de nécessité*, *préc.*, sp. 55.

³² V. dans le même esprit, *dir. (UE) 2018/2001 préc.*, art. 6, qui évoque la nécessité de veiller à la « *stabilité* » de l'aide financière que les États membres pourraient attribuer aux opérateurs investissant dans les ENR.

³³ V. en dernier lieu *PE et Cons. UE, dir. (UE) 2018/2001*, 11 déc. 2018 : *JOUE* n° L 328, 21 déc. 2018, p. 82.

³⁴ V. *dir. (UE) 2018/2001, préc.*, art. 1.

³⁵ Parce que l'europeanisation de la promotion des ENR ne va pas jusqu'à l'harmonisation européenne desdits régimes : v. not. en ce sens notre article, *La directive 2018/2001/UE du 11 déc. 2018 relative à la promotion de l'utilisation des énergies renouvelables : entre renouvellement de l'europeanisation et europeanisation renouvelée*, *Énergie – Env. – Infrastr.* 2019, dossier 27.

économiques (problèmes d'efficacité³⁶ ou d'efficience³⁷) ou environnementales³⁸, par exemple en réduisant le montant de l'aide versée³⁹, en les suspendant⁴⁰, voire en les supprimant⁴¹.

17. **Contestation.** Si ces évolutions juridiques ont pour résultat d'interrompre le *continuum* de la transition énergétique, elles sont aussi de nature à agacer ses protagonistes, notamment ses acteurs économiques qui peuvent être amenés à les contester. Leurs arguments se situent d'ailleurs tous peu ou prou sur le même registre. Par exemple, ceux ayant saisi le juge français afin de dénoncer les modifications apportées par la France en 2010 au régime de l'obligation d'achat de la production d'électricité solaire photovoltaïque ont fait état : pour les uns, de l'atteinte à leurs « *espérances légitimes* » dans la réalisation ou la finalisation d'une opération économique⁴² ; pour les autres, de la violation de leur « *confiance légitime* »⁴³ dans la stabilité de la règle de droit. Et, c'est dans le même esprit que des investisseurs étrangers ont contesté les choix comparables, car effectués à la même période, dans le même secteur et pour un motif similaire (la protection des finances publiques dans un contexte économique fragilisé par la crise financière de 2008-2009) de l'Espagne⁴⁴, en se plaignant, pour leur part sur le fondement du TCE et devant des juridictions arbitrales, du fait « *que le cadre juridique applicable à leur investissement a(vait) été radicalement modifié de manière contraire à leurs attentes légitimes, non transparente, déraisonnable et disproportionnée* »⁴⁵.

2° Stratégies de contournement

18. **État hôte.** Si l'État partie au TCE doit en respecter les dispositions, il n'en peut pas moins être tenté de chercher à tempérer leur application. Les procédures arbitrales sus-évoquées concernant

³⁶ Il s'agit d'éviter toute distorsion du signal pouvant conduire à des effets d'aubaine défavorables pour la collectivité. En ce sens, l'art. L. 314-4 du Code de l'énergie relatif à l'obligation d'achat d'électricité renouvelable dispose que « *les conditions d'achat font l'objet d'une révision périodique afin de tenir compte de l'évolution des conditions économiques de fonctionnement des installations performantes représentatives des filières concernées* ». Dans le même esprit, v. *Commission européenne, Lignes directrices à l'environnement et à l'énergie* : JOUE n° C 200, 28 juin 2014).

³⁷ Les mécanismes fondés sur des prix d'achat garantis ont été accusés d'introduire des distorsions dans le fonctionnement des prix de marché de l'électricité : v. not. CRE, *Coût et rentabilité des énergies renouvelables en France métropolitaine*, avr. 2014 (www.cre.fr).

³⁸ V. par ex. l'étude réalisée par Amorce : www.amorce.asso.fr/media/filer.../enp34_rapport-vdef.pdf.

³⁹ La France est coutumière de ce type de démarches. Dans le secteur de la production d'électricité solaire photovoltaïque, V. les baisses itératives des tarifs de rachat de la production solaire photovoltaïque décidées en 2010 (J.-D. Dreyfus, *La saga du photovoltaïque* : AJCT 2011, p. 152), ainsi que le projet de renégociation de certains contrats d'achat discuté dans le cadre du vote de la loi de finances pour 2021 (*L'État s'attaque à la rente solaire*, *Les Echos*, 30-31 oct. 2020). Dans celui de l'éolien en mer, V. la baisse des tarifs imposée en 2018 aux lauréats des appels d'offres (S. Fabrégat, *Le calendrier des parcs se précise* : *actu-environnement.com*, et *Commission UE*, 26 juil. 2019 Com (2019)5498 final).

⁴⁰ V. le moratoire (3 mois) de l'obligation d'achat d'électricité photovoltaïque décidé par la France en déc. 2010 : V. D. n° 2010-1510, 9 déc. 2010 : JO 10 déc. 2010, p. 5.

⁴¹ V. le remplacement, quoique partiel et progressif, des tarifs de l'obligation d'achat par un « *complément de rémunération* » pour certaines filières d'électricité renouvelable, décidé par la L. n° 2015-992 préc. – V. notre article, *Les énergies renouvelables en transition* : *Énergie – Env. – Infrastr.* 2015, Dossier 8.

⁴² Cet argument a prospéré dans le cadre d'un contentieux mettant en cause la responsabilité du gestionnaire de réseau pour son retard à raccorder certaines des installations solaires photovoltaïques concernées par la baisse des tarifs de rachat, mais il a échoué devant le constat de l'existence d'un dispositif fondé sur une aide d'État illégale : pour une synthèse de la jurisprudence, V. M. Lamoureux, *Le contentieux civil du moratoire sur la filière solaire - Un état des lieux de la jurisprudence de la Cour de cassation sur la responsabilité d'ERDF (devenue Enedis)* : *Énergie – Env. – Infrastr.* 2018, Étude 13.

⁴³ Ce principe général du droit ressortit de celui de l'UE, il n'est donc applicable devant le juge national que si le litige est matériellement lié à ses règles juridiques, V. en ce sens CE, 16 nov. 2011, n° 344972, *Sté Ciel et Terre* ; CE 12 avr. 2012, n° 337528, *Synd. nat. des producteurs d'énergie photovoltaïque*.

⁴⁴ En Italie, sept affaires ont été également portées devant des tribunaux arbitraux par des investisseurs contre la suppression de mesures d'incitation à l'investissement dans ce secteur mais sur l'argument d'une expropriation indirecte (sur cette notion, v. pt 24), V. en ce sens *Parlement européen, La Charte de l'énergie. Une procédure multilatérale de gestion des relations commerciales dans le domaine de l'énergie*, préc., sp. 7.

⁴⁵ V. I. Fadlallah, C. Leben *et al.*, *Investissements internationaux et arbitrage*, préc.

l'Espagne sont de ce point de vue particulièrement illustratives : elles montrent en effet que, quand bien même l'État hôte aurait empêché ou contrarié certains investissements, il ne lui en est pas moins possible de pouvoir se défendre d'avoir violé l'article 10 TCE en recourant à des arguments de procédure (a) ou de fond (b).

a) Argument procédural

19. **Clause de déni des avantages.** Pour contrer les critiques portant sur l'évolution du régime d'aide en faveur de la production d'électricité solaire photovoltaïque, l'Espagne a recouru notamment à l'article 17 du TCE, qui autorise la « *non-application de (...) (sa) partie III dans certaines circonstances* ». Également qualifiée de « clause de déni des avantages », cette disposition invite à vérifier l'existence et la substance du lien devant unir un investisseur invoquant le TCE et l'ordre juridique d'un des États parties à ce dernier. Si, en l'espèce, le tribunal arbitral a jugé la condition satisfaite, on observe toutefois qu'il a statué, ce faisant, en prêtant attention à la protection des intérêts économiques des investisseurs requérants⁴⁶ mais sans avoir été attentif à l'intérêt général de la poursuite de la transition énergétique.

b) Argument de fond

20. **Modification des caractéristiques essentielles du cadre juridique.** Les instances arbitrales ayant été saisies des requêtes contestant l'évolution dans le temps de la réglementation espagnole applicable au solaire photovoltaïque ont, par ailleurs, appliqué la conception souple qui prévaut lorsqu'il s'agit d'apprécier celle des législations nationales intéressant les investissements énergétiques couverts par le TCE. Plus précisément, elles ont indiqué que l'État d'accueil doit disposer d'une marge de manœuvre suffisante pour faire évoluer au besoin sa législation tout en respectant une limite fondamentale : les modifications ne sauraient être « *disproportionnées* »⁴⁷, ou conduire à une évolution des « *caractéristiques essentielles* »⁴⁸ du cadre juridique sur la base duquel l'investisseur étranger a engagé son opération.
21. **Modification d'un cadre juridique essentiel à la transition énergétique.** Force est de constater que l'approche mise en œuvre à propos des affaires concernant l'État espagnol est, tout à la fois, casuistique, car fondée sur un dispositif arbitral, et pragmatique, puisqu'imposant d'arbitrer entre le respect dû aux espérances légitimes des investisseurs et la défense des intérêts de l'État. Force est surtout d'observer que cet arbitrage a dans les circonstances de la cause été exercé sans faire de place à l'argument de la continuation de la transition énergétique, alors pourtant qu'il aurait pu (pourrait ?) contribuer à asseoir l'intrusion du TCE dans la souveraineté normative de l'État, en particulier, lorsque celui-ci vient modifier un cadre juridique que l'on peut considérer comme lui étant essentiel.

B. Le TCE au soutien des énergies extérieures à la transition énergétique

22. **Protection.** Alors qu'il a été ci-avant remarqué que le TCE ne protège par *per se* les énergies de la transition énergétique, il y a lieu de constater par surcroît que celles qui lui sont extérieures trouvent un appui sérieux dans le principe d'interdiction de mesures étatiques restrictives qu'il contient (1°), contre lequel l'argument de transition énergétique se révèle là encore peu efficient (2°).

1° Interdiction de mesures restrictives

23. **Restrictions.** L'article 13.1 TCE prohibe les mesures susceptibles de contrarier les opérations d'investissement qui consistent en une nationalisation ou une expropriation, ou qui auraient un effet équivalent à celles-ci par le fait de priver le propriétaire soit de son bien soit du bénéfice économique qu'il pouvait raisonnablement en retirer (expropriation indirecte). L'interdiction étant générale, elle peut être réputée s'appliquer entre autres aux mesures qui seraient prises par les Parties au nom de la transition énergétique. De fait, comme telle, elle apparaît même de

⁴⁶ V. *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. c. Espagne*, CIRDI N° ARB/14/1, sentence, 16 mai 2018.

⁴⁷ V. I. *Fadlallah, C. Leben ea., Investissements internationaux et arbitrage*, préc.

⁴⁸ *Ibid.*

nature à en fragiliser les deux grandes propositions : celle de la décarbonation (a) et celle de la dénucléarisation (b) des activités énergétiques.

a) Décarbonation

24. **Mix énergétique.** La décarbonation du mix énergétique national relève d'un choix politique inhérent à la transition énergétique actuelle. Les mesures restrictives d'activités qui sont susceptibles d'en découler pour les secteurs économiques concernés s'exposent au TCE dès lors, ou chaque fois, qu'elles viendraient contrarier les projets d'investissements énergétiques étrangers. On peut en ce sens penser, notamment, à des mesures qui viendraient interdire les forages pétroliers et gaziers *offshore* dans le plateau continental⁴⁹, ou restreindre l'activité d'exploitation des centrales à charbon, en soumettant ces dernières à des contraintes environnementales⁵⁰ ou à une réduction substantielle de leur activité⁵¹.

b) Dénucléarisation

25. **Mix électrique.** La dénucléarisation invite à concevoir la transition énergétique dans une perspective plus ouverte, puisque l'enjeu n'est plus exclusivement climatique, mais aussi plus étroite, puisque le secteur de la production électrique est alors le seul concerné. Cette démarche procède elle-même d'un choix de politique énergétique, qui a vocation à se concrétiser par des mesures de réduction⁵² voire d'exclusion⁵³ du nucléaire du mix électrique national, qui, elles-mêmes, risquent d'être contestées sur l'argument d'une restriction à une opération d'investissement au sens de l'article 13.1 TCE⁵⁴

2° Exception de transition énergétique ?

26. **Défense étatique.** Si de façon générale l'article 13.1 TCE pose la question de la défense de l'État, confronté à la mise en cause de ses choix de politique publique de l'énergie, il soulève, plus particulièrement, celle des moyens de défense qu'il est en mesure d'avancer lorsque sont en jeu ceux liés à la transition énergétique, notamment, sur les terrains de l'exception de souveraineté (a) et/ou de la nécessité (b) énergétiques.

a) Exception de souveraineté énergétique ?

27. **Souveraineté étatique sur les ressources énergétiques.** La souveraineté de l'État sur les ressources énergétiques est une expression de sa souveraineté, et la manifestation de celle qu'il

⁴⁹ V. en ce sens l'affaire *Rockhopper Italia S.p.A., Rockhopper Mediterranean Ltd, and Rockhopper Exploration Plc v. Italian Republic*, ICSID, N° ARB/17/14, affaire pendante.

⁵⁰ V. en ce sens l'affaire *Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG c. Federal Republic of Germany*, ICSID, N° ARB/09/6, accord amiable, 11 mars 2011.

⁵¹ La France a fait ce choix dans le cadre de la L. n° 2017-1839 du 30 déc. 2017 mettant fin à la recherche ainsi qu'à l'exploitation des hydrocarbures et portant diverses dispositions relatives à l'énergie et à l'environnement (JO : 31 déc. 2017). Les Pays-Bas aussi, pressés par leur Cour suprême, qui, dans un arrêt du 20 déc. 2019 *Urgenda*, a imposé la réduction d'un quart des émissions de GES du pays entre 1990 et 2020, soit 5 points de plus que l'objectif officiel : v. *En urgence, les Pays-Bas durcissent leur politique climatique*, 28 avr. 2020, www.journaldelenvironnement.com.

⁵² V. en France, la L. n° 2015-992 préc., qui a retenu l'objectif d'une réduction de 75 à 50 % de la part du nucléaire dans la production d'électricité à l'« horizon » 2025, et la L. n° 2019-1147 préc. (« relative à l'énergie et au climat ») qui a repoussé sa réalisation à l'« horizon » 2035 (C. énergie, art. L. 100-4 5°).

⁵³ En mars 2011, après la catastrophe de Fukushima, l'Allemagne a proclamé l'arrêt définitif de la totalité des centrales nucléaires allemandes au plus tard en 2022 : v. *G. Winter, L'ascension et la chute de l'utilisation de l'énergie nucléaire en Allemagne : les processus, les explications et le rôle du droit* : RJE 2014/2, p. 231.

⁵⁴ V. en ce sens : en 2012, la plainte de l'entreprise suédoise Vattenfall contre l'Allemagne pour sa décision de sortir du nucléaire (4,3 milliards d'euros réclamés en raison des profits perdus) ; en 2015, la décision d'un tribunal arbitral ordonnant à la Mongolie de dédommager l'entreprise minière canadienne Khan Resources, suite à sa décision de retirer la licence d'exploitation d'une mine d'uranium en vertu d'une nouvelle loi sur le nucléaire : V. *I. Agazzi, Passer aux énergies renouvelables peut coûter à un pays très cher*, 2 juillet 2018 (<https://blog.letemps.ch/isolda-agazzi/2018/07/02>).

détient en particulier sur les ressources naturelles⁵⁵. Le TCE la consacre expressément (« *Les parties reconnaissent la souveraineté nationale et les droits souverains sur les ressources énergétiques* » : TCE, art. 18.1) ; il en tire aussi les conséquences en termes de contrôle et de réglementation, par l'État, des différentes sortes d'utilisation des ressources (« *Chaque État conserve en particulier le droit (...) de régir les aspects environnementaux de (...) (l') exploration, de (...) (l') exploitation et (...) (la) mise en valeur dans sa zone* » : TCE, art. 18.2).

28. **Réglementation des « aspects environnementaux ».** Le fait que la réserve de souveraineté figurant à l'article 18 TCE vise les aspects « *environnementaux* » des législations nationales invite à se demander si elle ne pourrait couvrir celles qui, restrictives pour les investissements étrangers, participent de la préoccupation de protection de l'environnement en procédant de la transition énergétique⁵⁶. Certes, en l'état, ce raisonnement n'est pas en validé par les juridictions arbitrales amenées à appliquer ce traité⁵⁷. Mais, rien ne dit que cette interprétation de l'article 13 TCE ne puisse un jour évoluer dans le sens sus-indiqué. Si elle serait évidemment facilitée par une modification du texte de cette disposition⁵⁸, elle pourrait aussi s'inspirer de jurisprudences nationales : par exemple de celle du Conseil d'État français qui, devant statuer sur le régime de concessions de mines issu de la loi n° 2017-1839 du 30 décembre 2017 sur l'exploitation des hydrocarbures, n'a pas hésité à justifier les restrictions en ayant découlé pour les opérateurs économiques sur le fondement de l'objectif d'intérêt général de lutte contre le changement climatique⁵⁹.

b) Exception de nécessité

29. **État de nécessité.** L'état de nécessité permet à un État « *n'ayant absolument pas d'autre moyen de sauvegarder un intérêt essentiel menacé par un péril grave et imminent que celui d'adopter un comportement non conforme à ce qui est requis de lui par une obligation internationale envers un autre État* »⁶⁰. L'idée est présente dans le cadre de deux dispositions du TCE : d'une part à l'article 24, dont le paragraphe 1, construit sur le modèle de l'article XX des accords du GATT/OMC, dispose qu'une partie contractante peut décider « *d'adopter ou d'appliquer des mesures : (...) i) nécessaires à la protection de la vie ou de la santé des hommes, des animaux ou des plantes* », mais dont le paragraphe 2 excepte l'application au domaine couvert par l'article 13 TCE ; d'autre part à l'article 13, lequel autorise les mesures restrictives entrant dans son champ d'application qui poursuivent « *des motifs d'intérêt public* ».
30. **Nécessité de l'État.** Si l'article 13 TCE est *a priori* ouvert à l'état de nécessité, il l'est aussi, subséquentement, au motif de protection de l'environnement, qui en fait partie⁶¹. Reste à savoir

⁵⁵ V. Principe 21 de la Déclaration de Stockholm de 1972 sur l'environnement et Principe 2 de la Déclaration de Rio de 1992 sur l'environnement et le développement durable. V. aussi B. Hamady-Dede, *Le droit international des investissements et le contrôle étatique sur les ressources énergétiques*, in *Défis énergétiques et droit international*, préc., p. 83.

⁵⁶ Comp. en droit UE : le motif de protection de l'environnement peut justifier les entraves non pécuniaires à la libre circulation des marchandises (V. par ex. CJCE, 20 sept. 1988, *Commission/Danemark*, aff. 302/86), même lorsqu'elles sont discriminatoires (V. par ex. CJCE, 13 mars 2001, *Preussen Elektra*, aff. C-379/98).

⁵⁷ B. Hamady-Dede cite ainsi l'affaire *Metacald* dans le cadre de laquelle le tribunal arbitral a estimé que l'objectif légitime de protection de l'environnement est sans incidence, et sans conséquence, sur la qualification de la mesure étatique en tant que mesure d'expropriation indirecte (v. *Le droit international des investissements et le contrôle étatique sur les ressources énergétiques*, préc., sp. p. 91).

⁵⁸ V. en ce sens la proposition de l'UE de modifier l'art. 13 TCE en y ajoutant un nouveau paragraphe lequel notamment évoque « la protection de l'environnement, y inclus le combat contre le changement climatique » (traduction de l'auteur) au titre des arguments susceptibles de fonder les mesures étatiques restrictives : v. *Council of the European Union (2019) Negotiating Directives for the Modernisation of the Energy Charter Treaty*, 2 July.

⁵⁹ V. CE, S. 18 déc. 2019, n° 421004. Le motif d'intérêt général de lutte contre le réchauffement climatique avait déjà été admis par le Conseil d'État dans un arrêt du 27 juin 2018 (*Société EGFEP*, n° 419316).

⁶⁰ V. *Annuaire de la Commission du droit international*, 1980, vol. I, 2^{ème} partie, p. 33 ; v. aussi M. Lunca, *La confrontation des intérêts des États en matière d'approvisionnement énergétique. Un regard à travers la notion de nécessité*, préc.

⁶¹ V. M. Lunca, *La confrontation des intérêts des États en matière d'approvisionnement énergétique. Un regard à travers la notion de nécessité*, préc., sp. 63 ; P.-M. Dupuy, *Les enseignements tirés d'une étude de cas*, in SFDI, *La nécessité en droit international*, actes du colloque de Grenoble, 8-10 juin 2006, Paris, Pedone, 2007, p. 223.

si ce motif serait là aussi de nature à en neutraliser l'application aux mesures étatiques litigieuses prises au nom de la transition énergétique. On se plaît à penser qu'il puisse en aller ainsi, en particulier parce que la démonstration de la « gravité » du péril qu'elles visent à éviter pourrait ici s'appuyer sur la somme de travaux scientifiques existants (ceux du GIEC notamment), et, *a fortiori*, lorsque celle de son « imminence »⁶² pourra s'autoriser de la reconnaissance objective de l'« *urgence climatique et écologique* »⁶³. On ajoutera qu'une telle interprétation pourrait être confortée par l'article 26.1 du TCE qui, en posant le principe de la conformité des investissements au droit international, paraît exiger des Parties de ne pas contrevenir aux engagements internationaux qu'elles auraient souscrits en parallèle du TCE, par exemple dans les domaines de l'environnement et du climat⁶⁴, mais sans préjudice, alors, de l'article 16 TCE⁶⁵.

II. Le TCE allié de la transition énergétique ?

31. **Dimension environnementale de l'énergie.** Il serait excessif de dire que le TCE est indifférent à la dimension environnementale de l'énergie, notamment, à la lumière : d'une part, de son article 19 intitulé « *Aspects environnementaux* » (de l'énergie) ; d'autre part, et surtout, du « Protocole de la Charte de l'énergie sur l'efficacité énergétique et les aspects environnementaux connexes » (ci-après PEEREA), qui en fait partie intégrante⁶⁶.
32. **Dimension environnementale du TCE ?** Si la disposition et le dispositif susmentionnés sont de nature à tempérer la vision traditionnelle d'un TCE focalisé sur les activités économiques de l'énergie, en font-ils pour autant un traité environnemental ? Rien n'est moins sûr, quand bien même se préoccupent-ils du rapport complexe de l'énergie à l'environnement, en particulier de l'impact de la première sur le second (A.) ainsi que de sa durabilité (B.).

A. Impact environnemental de l'énergie

33. **Leviers.** Le TCE aborde la question de l'impact environnemental de l'énergie *via* une approche, à la fois, conceptuelle (1°) et réglementaire (2°).

1° Concepts

34. **Définitions.** Les incidences de l'énergie sur l'environnement sont décrites dans le cadre de deux définitions.
35. **Impact environnemental.** En premier lieu, le TCE s'intéresse à l'« *impact environnemental* » de l'énergie et s'attache aussi à le définir d'une façon, plutôt, compréhensive. Ainsi, suivant les articles 19.3 b) TCE et 2.7 PEEREA, l'« *impact* » vise « *tout effet causé par une activité déterminée* » : comme tel il concerne théoriquement toutes celles par ailleurs couvertes par le TCE ; cependant que l'« *environnement* » englobe, tout à la fois, « *la santé et la sécurité humaine, la flore, la faune, le sol, l'air, l'eau, le climat, le paysage et les monuments historiques ou les autres structures physiques, ou sur les interactions entre ces facteurs ; ce terme couvre également les effets sur le patrimoine culturel ou les conditions socio-économiques résultant de l'altération de ces facteurs* ».
36. **Cycle énergétique.** En second lieu, le souci des auteurs de réduire l'impact environnemental des activités liées à l'énergie s'exprime aussi dans la définition qu'il contient du « *cycle énergétique* ». Cette notion est d'ailleurs elle-même entendue largement : aux termes de l'article 19.3 a) TCE et de l'article 2.4 PEEREA, il s'agit de « *la chaîne énergétique complète, y compris*

⁶² Cet item serait *a priori* le plus discuté, sauf à pouvoir s'appuyer sur la jurisprudence de la CIJ ayant estimé qu'un péril lointain peut être admis si sa survenance est certaine et inévitable (V. M. Lunca, *La confrontation des intérêts des États en matière d'approvisionnement énergétique. Un regard à travers la notion de nécessité, préc*)

⁶³ V. en ce sens C. *énergie*, art. L. 100-1 ; V. aussi TCE, *Préambule* : « *il est de plus en plus urgent de prendre des mesures visant à protéger l'environnement* ».

⁶⁴ Il s'agirait de donner toute leur place aux normes externes au TCE, *a fortiori* en regard du fait que son Préambule vise expressément la convention-cadre des Nations Unies sur le changement climatique et celle sur la pollution atmosphérique.

⁶⁵ Lequel dispose que « *les accords conclus entre plusieurs parties au TCE, antérieurs ou postérieurs, ne prévalent sur le TCE qu'à la condition d'être plus favorables à l'investisseur que les parties III et V du TCE portant respectivement sur la promotion et la protection des investissements et sur le règlement des différends* ».

⁶⁶ V. en ce sens TCE, art. 48.

les activités liées à la prospection, à l'exploration, à la production, à la conversion, au stockage, au transport, à la distribution et à la consommation des différentes formes d'énergie, le traitement et l'élimination des déchets, ainsi que le déclassement, la cessation ou la clôture de ces activités, l'impact nuisible pour l'environnement devant être réduit à un minimum ».

2° Réglementation

37. **Leviers.** Dans la perspective de limiter les incidences néfastes de l'énergie sur l'environnement, le TCE fait appel à deux leviers traditionnels : d'une part celui de la prévention (il exhorte les Parties à adopter des « *mesures préventives pour empêcher ou réduire à un minimum les dommages à l'environnement* » : TCE, art. 19.1) ; d'autre part celui de la sanction (il les invite à « *convenir que le pollueur opérant dans leurs zones (...) supporte(...) le coût de cette pollution, y compris la pollution transfrontalière, dans le respect de l'intérêt public et sans que soient faussés les investissements dans le cycle énergétique ou le commerce international* » (*ibid.*), en s'appropriant en l'occurrence un principe clé du droit de l'environnement, celui du pollueur-payeur⁶⁷.
38. **Souplesse.** Si, incontestablement, le TCE a fait progresser la coopération internationale en matière d'énergie en la sortant de la gangue de la *soft law*, il n'en a pas pour autant éradiqué les limites, lesquelles tiennent à l'utilisation d'une phraséologie pour le moins souple pour aborder le thème de la réduction des incidences négatives de l'énergie sur l'environnement (« *les États "s'efforcent" de réduire les impacts et les dommages causés à l'environnement. (...) ils "favorisent" (...) quand ils ne favorisent pas, ils "tiennent compte" ; "encouragent" ; "prennent particulièrement en considération" ; etc.* »⁶⁸). La normativité des dispositions concernées est en effet faible, en tout cas bien inférieure à celle des dispositions du TCE sur les investissements.

B. Coopération dans le domaine de l'énergie durable

39. **Spécialisation.** Traité entièrement dédié à l'énergie, le TCE applique la logique de spécialisation du droit, mais sans viser l'une d'elles ou quelques-unes d'entre elles en particulier. Il n'en fait pas moins la promotion de la durabilité de l'énergie mais, là aussi, au moyen de dispositions juridiquement peu efficaces, en tous cas qui gagneraient à être juridiciées (1°) et judiciarisées (2°).

1° Juridicisation

40. **Objets de coopération.** Si l'énergie constitue l'objet de la coopération issue du TCE, et si elle y apparaît en tant qu'objet environnemental, c'est au travers de règles manquant de juridicité à la fois sur le plan de la conceptualisation (1°) et des engagements y afférents (2°).

a) Des concepts

41. « **Efficacité énergétique** ». La notion d'« *efficacité énergétique* », consacrée à l'article 1 du TCE et dans l'intitulé même du PEEREA, reflète l'incursion du traité sur le terrain de l'« *environnementalisation* » de l'énergie. Las, la conceptualisation proposée est minimaliste, en raison d'une définition approximative (selon le TCE : « *une source importante d'énergie* » : TCE, art. 1^{er}.1.) ou descriptive (suivant l'article 2.6 PEEREA : « *le fait d'agir pour maintenir la même unité de production (d'un bien ou d'un service) sans réduire la qualité ou le rendement de la production, tout en réduisant la quantité d'énergie requise pour générer cette production* » (PEEREA, art. 2.6.), en tous les cas bien moins opérationnelle que celle que l'on peut rencontrer dans d'autres corpus juridiques⁶⁹.

⁶⁷ V. par ex. : C. env. art. L. 110-1, II, et TFUE, art. 191.2.

⁶⁸ R. Babadji, *Le traité sur la Charte européenne de l'énergie, préc.*, sp. 892.

⁶⁹ Comp. dir. (UE) 2012/27 relative à l'efficacité énergétique, modifiant dir. (CE) 2009/125 et dir. (UE) 2010/30 et abrogeant dir. (CE) 2004/8 et (CE) 2006/32 (JOUE n° L. 315, 14 nov. 2012), art. 2 a) : (l'efficacité énergétique) est le « *rapport entre les résultats, le service, la marchandise ou l'énergie que l'on obtient et l'énergie consacrée à cet effet* ».

42. « **Aspects environnementaux connexes** ». Cette seconde expression est mise en avant également par le PEEREA dans le cadre de son intitulé, mais, pour sa part, elle ne donne lieu à aucune définition. Il s'agit donc d'un objet indéfini, c'est-à-dire dont le contenu et la portée doivent se déduire des dispositions du traité lequel, on l'a dit, prend bien soin de ne pas désigner les sources, vecteurs, formes, usages etc. qui seraient de nature à se rapporter à cette dimension de l'énergie.

b) Des engagements

43. **Incitation.** Quand bien même le TCE s'intéresse aux politiques que les Parties sont amenées à mener en matière d'efficacité énergétique ou d'utilisation de l'énergie dans une perspective respectueuse de l'environnement, force est de constater, par ailleurs, que ses dispositions sur le sujet ne sont pour le surplus jamais contraignantes mais seulement incitatives. Elles sont la preuve d'une incursion « *timide* »⁷⁰ sur ces questions.

44. **Promotion.** De fait, si l'on peut dire que le TCE se préoccupe de la durabilité de l'énergie », il ne fait pas plus que sa promotion. De ce point de vue ce traité peut *prima facie* être rapproché du TFUE qui, lui-même (art. 194.1 c) en appelle à la « *promotion* » des « *énergies renouvelables et de l'efficacité énergétique* », afin d'en favoriser le développement, mais il n'en doit pas moins être fondamentalement distingué dans la mesure où, différemment de ce dernier, il n'a pas vocation de permettre un rapprochement des droits nationaux sur le sujet⁷¹.

2° Judiciarisation

45. **Asymétrie.** En prévoyant un règlement des différends relatifs aux investissements énergétiques, et, qui plus est, en ayant fixé les principales règles de fonctionnement⁷², le TCE montre son intérêt pour la sanction des litiges entrant dans son champ d'application. Le contraste est d'autant plus grand lorsque l'on compare ces dispositions à celles qu'il contient sur la dimension environnementale de l'énergie, qui se limitent à mentionner la sanction du pollueur-payeur. L'asymétrie est notable ; elle confirme le caractère décidément peu obligeant de cette partie du TCE qui, *de facto*, n'est « *servi(e) par aucun outil de mise en œuvre concret, ni assorti(e) d'une contrainte quelconque* »⁷³, en d'autres termes ne constitue ni plus ni moins qu'un « *guide très général* »⁷⁴ pour les Parties.

46. **Justice environnementale.** Les dispositions du TCE ne s'intéressent pas directement à la judiciarisation des enjeux environnementaux. De ce point de vue, on peut aussi considérer que ce traité ne tient pas sa promesse « *d'assurer un cadre institutionnel favorable aux investissements économiquement viables dans le domaine de l'efficacité énergétique* »⁷⁵, et, avec le recul, qu'il est à contretemps du mouvement actuel visant à porter les problématiques environnementales dans le prétoire des juges.

47. **Conclusion.** Si tant est que la volonté des Parties soit de ré(in)staurer une cohérence entre les engagements qu'elles ont souscrits dans le cadre du TCE et les mesures qu'elles sont amenées à prendre au nom de la transition énergétique, il n'apparaît pas déraisonnable qu'elles cherchent à faire évoluer la relation juridique qui les lie à ce texte.

48. **Retrait.** La première option, radicale, qui se présente à elles serait celle du retrait du TCE, que son article 47 prévoit explicitement et en fixe aussi les modalités⁷⁶. On observe d'ailleurs que l'État italien a choisi cette voie en 2014, qu'il a finalisée en janvier 2016, en avançant le motif d'« *une économie de coûts liée à la politique d'austérité : en quittant le TCE, l'Italie n'est plus*

⁷⁰ M. Lamoureux, *Droit de l'énergie, préc.*, sp. 49.

⁷¹ V. en ce sens *dir. (UE) 2018/2001 préc.*, ainsi que notre article, *La directive 2018/2001/UE du 11 déc. 2018 relative à la promotion de l'utilisation des énergies renouvelables : entre renouvellement de l'eupéanisation et eupéanisation renouvelée, préc.*. V. aussi *PE et Cons., dir. (UE) 2018/2002 modifiant dir. (UE) 2012/27 relative à l'efficacité énergétique : JOUE L 328, 21 déc. 2018.*

⁷² V. *supra* pt 10.

⁷³ V. M. Lamoureux, *Droit de l'énergie, préc.*, sp 49.

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ V. *TCE, Préambule, pt 7 ; v. aussi supra I.*

⁷⁶ V. aussi, pour ce qui concerne spécifiquement le PEEREA, son art. 20.

tenue de financer le budget de la Charte de l'énergie »⁷⁷, mais qui, manifestement, pourrait bien aussi avoir partie liée avec les choix de transition énergétique de cet État qui a été l'un des plus ciblés par les procédures juridictionnelles menées sur le fondement des dispositions du TCE sur la protection des investissements étrangers⁷⁸. Il reste qu'il n'est pas sûr qu'une telle démarche, quelle qu'en soit la raison, serve *ipso facto* les intérêts dudit processus. En effet, force est de souligner que l'article 47 TCE prévoit : à son paragraphe 2, que l'État concerné doit continuer à appliquer les dispositions sur les investissements du traité « pendant une période de vingt ans » après le retrait, ce qui, pour l'État italien signifie qu'il est redevable jusqu'en 2035 des mesures adoptées lorsqu'il était partie au Traité ; et à son paragraphe 3, un retrait immédiat de « tout protocole » lié au TCE, donc du PEEREA autrement dit de la partie du TCE présentant *de facto* le plus d'affinité avec les enjeux de la transition énergétique⁷⁹ !

49. **Dénonciation.** Un autre moyen de se libérer du TCE serait de ne plus l'appliquer, en le dénonçant. Cette solution, pour n'avoir pas été prévue expressément par ce traité, n'en est pas moins toujours *de jure* une possibilité⁸⁰, et elle constitue, même, la suite juridique que certains États membres de l'UE ont annoncé vouloir donner⁸¹ à la jurisprudence récente de la CJUE⁸² relative à la compatibilité des traités internationaux de protection des investissements avec le droit de l'Union. En effet, soucieuse de protéger l'autonomie du droit de l'Union, cette juridiction a déclaré incompatibles avec le droit UE : d'une part les stipulations des traités conclus entre des États membres qui prévoient un règlement des différends État-investisseur⁸³ ; d'autre part celles des traités bilatéraux d'investissement conclus par un État membre et un pays tiers⁸⁴. Logiquement ces solutions sont de nature à fragiliser le TCE, et réciproquement, à favoriser la transition énergétique, mais ceci de façon relative : d'abord parce qu'elles ne concernent que l'UE⁸⁵ et n'ont pas forcément recueilli l'assentiment des tribunaux arbitraux chargés de l'appliquer⁸⁶, ensuite parce qu'elles ne valent que pour la partie du TCE sur les investissements, soit-elle décisive pour l'avancement du processus sus-rappelé.
50. **Révision.** Le TCE prévoit aussi, à son article 42, la possibilité d'y apporter des « amendements »⁸⁷. Il ouvre par là-même la porte à une révision de ses dispositions afin le cas échéant de les rendre, c'est selon, moins réfractaires, aux enjeux, ou moins velléitaires, aux

⁷⁷ V. Parlement européen, *La Charte de l'énergie. Une procédure multilatérale de gestion des relations commerciales dans le domaine de l'énergie, préc.*, sp. 7.

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ Dans le même sens, v. aussi PEEREA, art. 20.2.

⁸⁰ Cela n'en fait pas un acte illicite du point de vue du droit international mais qui doit s'exercer dans le respect des conditions posées à l'art. 56 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

⁸¹ V. not. CJUE, 6 mars 2018, *Achmea*, aff. C-284/16 ; Trib. UE, 18 juin 2018, *European food/Commission*, aff. T-624/15.

⁸² V. *Déclaration des représentants des gouvernements des États membres relative aux conséquences juridiques de l'arrêt Achmea rendu par la Cour de justice et à la protection des investissements dans l'Union européenne, 15 janvier 2019* (disponible en ligne sur le site de la Commission européenne). La Suède, le Luxembourg, la Slovénie, Malte et la Finlande n'ont pas signé cette déclaration.

⁸³ CJUE, *Achmea* préc.

⁸⁴ CJUE, 3 mars 2009, aff. C-205/06, *Comm. c/Autriche* ; CJCE, 3 mars 2009, aff. C-249/06/ *Comm. c/Suède* ; CJUE, 19 nov. 2009, aff. C-118/07, *Comm. c/Finlande*. Règle découlant *a contrario* de l'avis 1/17 rendu par la CJUE le 30 avr. 2019 : *Accord ECG UE-Canada*, sp. pt 160. On observe que dans un avis 1/17 du 30 avr. 2019, *Accord ECG UE-Canada*, la Cour a précisé que les tribunaux arbitraux ne sauraient porter atteinte notamment au « niveau de protection (...) de l'environnement » établi par le droit UE.

⁸⁵ Qui a adopté un règlement visant à contrôler les investissements directs étrangers en son sein, V. F. Martucci, *Politique commerciale commune – Le cadre de filtrage des investissements directs étrangers : la quête d'un équilibre entre marché et intérêts stratégiques dans le système constitutionnellement intégré : Europe*, n° 3, mars 2020, étude 2.

⁸⁶ V. I. Fadlallah et C. Leben, *L'indifférence comme art majeur : les réactions des tribunaux arbitraux à l'arrêt Achmea*, : *Cahiers de l'arbitrage, Investissements internationaux et arbitrage*, oct. 2018 ; J. Cazala, *LBBW contre Espagne, Décision sur l'objection juridictionnelle intra-UE du 25 février 2019 : le droit européen n'interdit pas l'arbitrage des litiges d'investissement intra-UE dans le cadre du TCE*, in *Chronique de jurisprudence internationale (investissements) : RGDIP 2019*, n° 1-4, p. 999.

⁸⁷ V. aussi, pour ce qui concerne le PEEREA, son art. 17.

implications, de la transition énergétique. Cette démarche, qui conduirait à articuler ces deux processus en cours que sont la transition énergétique et la « *modernisation* » du TCE⁸⁸, pour mieux les interrelier⁸⁹, apparaît comme la plus conforme à l'idée d'intégration des exigences environnementales dans le droit existant, quelles qu'en soient les sources ou l'objet⁹⁰.

⁸⁸ En novembre 2019, la Conférence de la Charte de l'Énergie a établi et mandaté le Groupe de la Modernisation pour engager des négociations en vue de « *moderniser* » le TCE autour de 25 thématiques, préalablement arrêtées par les Parties en novembre 2018 (V. *Conférence décision CCDEC 2018 18*) dont l'une est intitulée « *Sustainable development and corporate social responsibility* ». Les négociations ont commencé en 2020, un 1^{er} cycle a eu lieu en juillet, un second au mois d'octobre.

⁸⁹ Ce projet est celui que défend l'UE notamment : V. *Council of the European Union (2019) Negotiating Directives for the Modernisation of the Energy Charter Treaty, 2 July, préc.*

⁹⁰ Dans une tribune au Monde publiée le 8 juillet 2020, un collectif de députés français au Parlement européen a appelé les négociateurs actuellement engagés dans le processus de révision du TCE à aligner le TCE sur les exigences du *Green Deal* européen ; sur ce sujet, V. not. *J. Prouteau, Green Deal : le boulet du traité sur la charte de l'énergie, Contexte, 3 nov. 2020.*