

Citation suggérée, De Sadeleer N., *L'avenir de la Charte de l'énergie Comment accomoder la protection des investisseurs à la transition énergétique, accessible avec le lien : <https://blogdroiteuropeen.com/?p=18179&preview=true>*

L'avenir de la Charte de l'énergie

Comment accomoder la protection des investisseurs à la transition énergétique ?¹

Nicolas de Sadeleer, professeur ordinaire à l'université Saint-Louis, chaire Jean Monnet, Senior Researcher METRO, Universiteit Maastricht

Introduction

Alors que la COP 27 a débouché sur un accord en demi-teinte qui n'inversera pas la tendance au réchauffement global, un autre traité, moins connu du grand public, agite depuis plusieurs mois le landerneau politique européen. Conclu à la fin de la Guerre froide, en 1994, en vue de garantir la transition politique et économique des marchés de l'énergie dans les pays d'Europe centrale et orientale et de la défunte URSS, le Traité sur la charte de l'énergie (TCE) comporte un règlement des différends entre les investisseurs et les États (mieux connu sous l'acronyme « ISDS », « *Investor-to-State Dispute Settlement* »)². Ce traité a été conclu à l'époque par l'Union européenne (UE) et ses États membres. Ainsi, les États parties au TCE ont-ils consenti, dans le dessein d'attirer les investisseurs étrangers, à soustraire les litiges d'investissement à la compétence de leurs propres juridictions. Grâce à ce mécanisme, un fonds d'investissement dont le siège se trouve sur le territoire d'un État partie au traité (par exemple, au Danemark) peut, en cas de litige concernant ses investissements en matière d'énergie sur le territoire d'un autre État contractant (l'Espagne), introduire un recours contre cet État devant un tribunal arbitral *ad hoc*. À la différence de l'arbitrage commercial, ces tribunaux sont institués en vertu du TCE lui-même et leur saisine n'est pas laissée à la libre volonté des États parties au TCE³. Le recours à l'arbitrage privé en lieu et place des juridictions ordinaires est censé garantir un règlement rapide et impartial des différends qui opposent les investisseurs aux autorités de l'Etat où l'investissement a lieu.

En raison du montant des compensations accordées par ces tribunaux, de la rapidité des procédures ainsi que de leur confidentialité, l'ISDS du TCE a dépassé les attentes de ses auteurs, puisqu'il a d'ores et déjà donné lieu à plus de 145 litiges, dont plus de 70 % se rapportent à des différends intra-UE. Les tarifs espagnols accordés à la production d'énergie verte ont été la principale cible des investisseurs privés au motif que la diminution de leur subvention à la suite

¹ Ce working paper a été rédigé dans le cadre du projet “EU-China Relationship in rules-based multilateral investment system” (EUCHMIS) financé par l'Agence exécutive « Éducation, audiovisuel et culture ».

² Article 26, §2, c) TCE.

³ Article 26, §3, a) TCE. Voy. Aussi CJUE, 2 septembre 2021, *Moldavie/Komstroy*, aff. C-741/19, EU:C:2021:655, pt. 59.

de la crise budgétaire a pu porter atteinte à leurs attentes légitimes. En 2012, Vattenfall a réclamé à l'Allemagne un montant de 4,7 milliards d'euros pour compenser ses pertes prétendument subies en raison de la fermeture progressive des réacteurs nucléaires qu'elle exploite dans ce pays⁴. Par ailleurs, les sociétés RWE et UNIPER ont réclamé en 2021 aux Pays-Bas des compensations totalisant 3,5 milliards d'euros en raison de l'abandon progressif du charbon d'ici 2030⁵. Quarante litiges intra-UE sont eux actuellement pendans. Le TCE constitue ainsi l'accord d'investissement qui engendre le plus grand nombre de procédures d'arbitrage ISDS. Le TCE a été mis à rude épreuve à la suite d'une campagne menée par des ONG et en raison de l'exaspération de la part de certains États membres faisant face à des procédures d'arbitrage⁶.

Dotée récemment d'une Loi sur le climat⁷, l'UE est en passe d'adopter, dans le cadre du programme *Fit for 55*⁸, une douzaine d'actes législatifs qui devraient accélérer la décarbonisation de la production énergétique. Si ces mesures auront pour effet d'accroître les investissements dans les énergies vertes, elles entraîneront en revanche un déclin significatif des investissements dans les énergies fossiles à travers l'Europe et, partant, affecteront les droits conférés par le TCE aux investisseurs étrangers. Or, d'après ses critiques, le TCE ferait peser, par le biais de son mécanisme d'arbitrage privé, une épée de Damoclès sur les autorités nationales qui décideraient de s'affranchir des combustibles en vue d'atteindre la neutralité carbone d'ici 2050. Leurs craintes sont-elles exagérées ?

1. Le défi de mettre à la page un traité anachronique

Conscients des faiblesses originelles dont le TCE serait victime, les États parties se sont lancés dans un processus de modernisation, qui s'est égrené entre juillet 2020 et juin 2022. Après quinze cycles de négociations, un accord de principe sur la modernisation visant à ripolinier le

⁴ Le gouvernement allemand a accepté de compenser la société suédoise Vattenfall et la société allemande RWE à concurrence de 2,4 milliards d'euros (2,9 milliards de dollars) en vue de couvrir le manque à gagner lié à l'électricité qu'elles auraient pu produire au moyen de réacteurs nucléaires. Vattenfall aurait dû obtenir 1,425 milliard d'euros et RWE 880 millions d'euros. Des versements moins importants, de 80 millions et 42,5 millions d'euros, ont été effectués en faveur d'EnBW et d'EON/PreussenElektra pour compenser les investissements réalisés dans les centrales lors du renouvellement de leurs licences en 2010.

⁵ Au mois d'août 2022, la société énergétique allemande UNIPER a dû renoncer à son action à l'encontre les Pays-Bas concernant le projet de fermeture de centrales au charbon,. Voy. *Uniper SE, Uniper Benelux Holding B.V. and Uniper Benelux N.V. v. Kingdom of the Netherlands*, ICCID Case No. ARB/21/22.

⁶ Selon le GIEC, l'ISDS constituerait un moyen visant à « protéger les intérêts des investisseurs dans le secteur de l'énergie contre les politiques » climatiques. Cf. 1 GIEC, « Changement climatique 2022 : atténuation du changement climatique. Contribution du Groupe de travail III au sixième Rapport d'évaluation ». Chap. 2, 2022, p. 7, l. 28-31.

⁷ Règlement (UE) 2021/1119 du 30 juin 2021 du Parlement européen et du Conseil établissant le cadre requis pour parvenir à la neutralité climatique et modifiant les règlements (CE) n° 401/2009 et (UE) 2018/1999, JO, 9 juillet 2021, L 243, p. 1.

⁸ Communication «Ajustement à l'objectif 55»: atteindre l'objectif climatique de l'UE à l'horizon 2030 sur la voie de la neutralité climatique, COM(2021) 550 final.

traité original fut conclu le 23 juin 2022⁹. Les principaux amendements¹⁰ portent sur l'extension de la liste des produits énergétiques couverts (hydrogène bas carbone, biomasse, biogaz, ammoniac anhydre et carburants de synthèse)¹¹; un mécanisme de flexibilité permettant aux États d'exclure progressivement la protection des énergies fossiles (auquel l'UE et le Royaume-Uni comptent recourir)¹²; des éclaircissements quant à la portée des droits accordés aux investisseurs¹³; la reconnaissance du droit de réglementer dans l'intérêt général accompagné d'une clause de standstill¹⁴; la réduction des délais et des coûts des contentieux manifestement irrecevables ou abusifs et le renforcement des clauses sociales et environnementales applicables aux entreprises d'énergie.

Cerise sur le gâteau, le traité modernisé prévoit la fin de l'application du régime ISDS pour les contentieux intra-UE, que la CJUE avait jugé, le 6 mars 2018, comme portant atteinte à l'autonomie du droit de l'UE¹⁵. Sans attendre la fin des négociations, la Belgique a introduit une demande d'avis en vertu de l'article 218, § 11 TFUE. Ne pouvant présumer du libellé final d'un dispositif juridique en matière de règlement des différends, lequel avait été exclu des négociations, la CJUE a jugé que la demande d'avis était prématurée¹⁶.

Faut-il voir le verre à moitié plein ou à moitié vide ? À priori, on devrait se réjouir de ces avancées, même si la plupart d'entre elles sont une copie-conforme de dispositifs se trouvant dans des nouveaux traités d'investissement. Plusieurs États membres et des franges de la société civile considèrent toutefois que ce traité modernisé revient à mettre du vin nouveau dans de vieilles outres.

Tout d'abord, il mettrait en péril l'agenda de lutte contre le changement climatique européen au motif que les entreprises de combustibles fossiles pourront continuer à contester les restrictions

⁹Conformément au mandat qui lui a été confié par le Conseil le 2 juillet 2019, la Commission européenne a mené les négociations pour les États membres.

¹⁰ Pour une analyse critique des modifications proposées, voy. IISD, *An analysis of the proposed reform of the Energy Charter Treaty*, October 2022, 43 p.

¹¹ Annexe EV I.

¹² Seuls l'UE et le Royaume-Uni ont décidé de soustraire progressivement au régime de protection des investissements, après dix ans, les investissements dans les combustibles fossiles sur leur territoire. S'agissant des autres parties contractantes, celles-ci restent à la merci de demandes d'arbitrage de manière indéfinie.

¹³ Voy., par exemple, les articles 10, §2 et 13 modifiés.

¹⁴ Article 19, §3 modifié.

¹⁵ Dans la mesure où l'UE repose sur des valeurs partagées avec les États membres, les juridictions étatiques doivent coopérer avec la CJUE, laquelle garantit l'unité de l'interprétation du droit de l'UE (CJUE, 6 mars 2018, *Achmea*, C-284/16, EU:C:2018:158, point 35). Or, le tribunal arbitral institué par le traité bilatéral néerlandais-slovaque, qui se situait en dehors du système juridictionnel de l'UE, était susceptible d'interpréter le droit de l'UE sans pouvoir interroger à titre préjudiciel la CJUE. Il s'ensuivait que ce tribunal portait atteinte à l'autonomie du système juridique de l'UE (*Achmea*, point 33). Voy. N. de Sadeleer, « Les tribunaux d'investissement mis sur la sellette au nom de l'autonomie du droit de l'UE, note sous CJUE, 6 mars 2018, *Achmea*, aff. C-284/16 », *Revue des Affaires européennes*, 2018/1, p. 117-127 ; Ibidem, « Le contentieux du droit des investissements dans tous ses états. De la disparition des tribunaux d'investissement intra-UE à l'avènement d'une Cour multilatérale d'investissement », *Revue belge de droit commercial*, 2019/6, p. 742-69.

¹⁶ CJUE, 16 juin 2022, avis 1/20, Projet de traité sur la Charte de l'énergie modernisé.

apportées à leurs investissements existants sur le territoire des États membres de l'UE par le recours à l'ISDS¹⁷ pendant une période de dix ans à la suite de l'entrée en vigueur du traité modernisé¹⁸. En revanche, pour les investissements futurs qui auront lieu à la suite de l'entrée en vigueur du traité modifié, le régime de protection ne jouera plus¹⁹.

À cela, il convient d'ajouter que la suppression de l'ISDS pour les contentieux intra-UE ne verra pas le jour de sitôt. En effet, la ratification du traité modificatif pourrait trainer plusieurs années, voire ne pas aboutir, du fait des délais de ratification. Dans la mesure où plusieurs tribunaux arbitraux estiment qu'ils ne sont pas liés par la jurisprudence *Achmea* et *Komstroy* de la Cour de justice de l'UE²⁰, ces derniers continueront à se déclarer compétents tant que le traité modernisé et sa clause d'inapplication de l'ISDS n'entreront pas en vigueur²¹. Dès lors, dans sa forme actuelle ou modernisée, le TCE ne prévaut pas les États membres contre les risques de contentieux ISDS²², ce qui pourrait les décourager de mener des politiques de déploiement des énergies bas carbone.

Par ailleurs, il n'est pas certain que la non-application du régime ISDS aux contentieux intra-européen impliquerait la suppression des droits conférés par la Charte aux investisseurs. Aussi pourrait-on imaginer qu'à défaut de pouvoir porter leurs différends devant des tribunaux arbitraux, les investisseurs dont les activités ou le siège social se trouve sur le territoire d'un

¹⁷ De tels contentieux ne peuvent pas être exclus. En effet, des investisseurs ont contesté l'annulation de permis d'exploitation du gaz de schiste (*Lone Pine Resources Inc. v. The Government of Canada*, ICSID Case No. UNCT/15/2), et un moratoire pour l'exploration des hydrocarbures (*Westmoreland Mining Holdings LLC v. Government of Canada* (ICSID Case No. UNCT/20/3)).

¹⁸ En toute hypothèse, à partir du 31 décembre 2040, le TCE modernisé ne s'appliquera plus aux investissements existants.

¹⁹ Toutefois, les investissements futurs dans le secteur gazier, en dessous d'un certain seuil, seront couverts par le TCE jusqu'en 2030.

²⁰ Le 2 septembre 2021, dans un litige opposant la Moldavie à une société ukrainienne d'énergie, la CJUE a jugé que l'arbitrage privé prévu par le TCE était incompatible avec le droit de l'Union dans la mesure où les tribunaux arbitraux sont susceptibles d'interpréter le droit de l'Union alors qu'ils ne constituent pas des juridictions étatiques et, partant, ne peuvent coopérer avec la CJUE (conclusions AG Szupnar, pt 78). Le fait que l'UE soit partie au TCE et, partant, soit liée par ce traité n'a pas pour effet de rendre le mécanisme ISDS conforme au droit de l'UE (CJUE, *Moldavie/Komstroy*, aff. C-741/19, op. cit., pt. 49 ; conclusions AG Szupnar, pt. 49). Voy. N. de Sadeleer, « Le règlement des différends investisseurs-Etats membres prévu par la Charte de l'énergie mis en cause par la CJUE », *Blog de droit européen*, Working Paper 2/2021.

²¹ Les enseignements de larrêt *Achmea* n'ont pas été suivis par plus de quarante tribunaux arbitraux, lesquels ont refusé de décliner leur compétence. Voy., par exemple, *Infracapital F1 S.à r.l. and Infracapital Solar B.V. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/16/18. Cependant, un tribunal a récemment défendu la thèse selon laquelle il était incompté dans la mesure où le droit de l'UE prévalait sur le traité d'investissement : *Green Power K/S and SCE Solar Don Benito APS v. Kingdom of Spain*, SCC Case No. V2016/135. Le 14 juillet 2022, Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg a cassé un arrêt de la Cour d'appel faisant droit à une demande de reconnaissance d'une sentence arbitrale dans un différend opposant un fonds luxembourgeois à la Roumanie, rendue conformément à la convention CIRDI, soulevant un moyen d'ordre public tiré de la violation des articles 267 et 344 TFUE (Cass, n° 116/2022).

²² En ce qui concerne le TCE modernisé, seuls des investisseurs dont le siège social ou les activités se trouvent en dehors de l'UE pourraient recourir à l'ISDS.

État membre²³ puissent invoquer, à l'encontre d'autres États membres, les droits consacrés par la Charte. Dans ce cas, les juridictions nationales devront apprécier la portée relativement vague de ces droits, lesquels vont probablement plus loin que les droits qui découlent du droit primaire et du droit dérivé de l'UE.

Enfin, comme le traité de modernisation n'a pas pour effet de hiérarchiser les rapports qu'il entretient avec d'autres accords internationaux, dont l'accord de Paris²⁴, la question de la prééminence d'un traité sur l'autre risque d'être débattue.

Ainsi les modifications seraient-elles davantage cosmétiques que substantielles. En bref, l'objectif de protection des investisseurs, que ces derniers investissent dans la production d'énergies fossiles comme dans le renouvelable, ne céderait pas la place à une véritable transition énergétique²⁵.

2. *Regulatory chill* ou dénonciation ?

De deux choses l'une. Pour éviter d'être attrait devant ces tribunaux arbitraux, les États pourraient soit renoncer à s'engager dans la transition énergétique (*regulatory chill*), soit dénoncer le TCE²⁶.

À priori, le retrait d'un État partie de ce traité a pour effet de supprimer le consentement qu'il a accordé préalablement à l'arbitrage international. Aussi la Pologne, l'Allemagne, la France, l'Espagne, le Luxembourg, les Pays-Bas et la Slovénie, en sus de l'Italie qui a dénoncé le TCE en 2016, envisagent actuellement de dénoncer ce traité²⁷. Cependant, la dénonciation du TCE ne les mettra pas à l'abri des contentieux ISDS, dans la mesure où les tribunaux arbitraux pourront encore être saisis par les investisseurs, en vertu de la clause de survie (*sunset clause*)²⁸, pendant 20 ans après la prise d'effet du retrait. En droit international des investissements, ceci n'a rien d'exceptionnel, dans la mesure où 97% d'un ensemble de 2061 traités bilatéraux d'investissement prévoient une telle clause²⁹. Cependant, par rapport à la majorité des traités

²³ Article 1, §7, a) TCE.

²⁴ Certaines dispositions du TCE font référence à la Convention des Nations-Unies sur le changement climatique et à l'accord de Paris (article 19, § 2 modifié ainsi que la nouvelle disposition consacrée au changement climatique de la partie IV).

²⁵ Haut Conseil pour le climat, *Avis sur la modernisation du traité sur la charte de l'énergie*, octobre 2022.

²⁶ Plusieurs parties signataires se sont retirées du TCE. Alors que la Russie a dénoncé le TCE en 2009, la décision de retrait italienne est devenue effective au 1er janvier 2016. La décision de l'Australie de mettre fin à l'application provisoire du TCE est devenue effective au 13 décembre 2021.

²⁷ L'article 54 de la Convention de Vienne sur le droit des traités relatif au droit de retrait est consacré par l'article 47 TCE, qui prévoit qu'une partie contractante peut se retirer du TCE à tout moment en adressant une notification écrite au dépositaire. Le retrait prend effet un an après la date de réception de cette notification par le dépositaire. Le retrait peut être unilatéral ou coordonné, tel serait le cas d'un retrait de tous les États membres de l'UE.

²⁸ Article 47, §3 TCE.

²⁹ Parlement européen, *Sunset Clauses in International Law and their Consequences for EU Law*, janvier 2022, p. 23.

d'investissement, cette période de 20 ans est relativement longue³⁰. Ainsi, depuis son retrait unilatéral du TCE en 2016, l'Italie a dû faire face à pas moins de sept réclamations fondées sur la clause de survie, dont les montants cumulés dépassent les 400 millions USD³¹.

La clause de survie du TCE pourrait-elle faire échec aux velléités de dénonciation ? Force est de rappeler que ces clauses ne sont pas pérennes, dans la mesure où les États peuvent les neutraliser en concluant un traité modificatif ou un accord dit *inter se*, suivi de la dénonciation du traité d'investissement original. Ainsi l'obstacle pourrait-il être surmonté. Au demeurant, par le passé, plusieurs États ont procédé de la sorte en dénonçant des clauses de survie insérées dans les traités d'investissement bilatéraux qu'ils avaient conclu entre eux. Dans sa résolution du 24 novembre 2022, le Parlement européen préconise la conclusion d'un tel accord³².

Quand bien même la France, les Pays-Bas ou l'Allemagne dénonceraient la Charte, on peut se demander si ces États seraient toujours obligés de respecter les droits conférés par le TCE aux investisseurs, dans la mesure où certains d'entre eux tombent dans le giron des compétences exclusives de l'UE. Enfin, la neutralisation de la clause de survie ne vaudra que pour les parties à l'accord *inter se* et, partant, n'affectera pas les droits qui reviennent aux investisseurs d'États tiers, qui sont parties au TCE.

3. Exclusivité ou mixité ?

Ayant ferraillé pendant des années avec les autres parties pour obtenir la modernisation de la Charte de l'énergie, la Commission européenne n'est pas disposée à lâcher son os. Se vantant d'avoir décroché plusieurs trophées, elle estime qu'il est préférable de maintenir le cap que d'abandonner un navire en perdition.

Mais, en fin de compte, qui est compétent pour conclure un traité dit modernisé qui couvre des matières aussi diverses que l'hydrogène et la responsabilité sociale des entreprises ? La Commission est convaincue que l'UE est la seule à bord, dans la mesure où le traité modernisé relèverait de ses compétences exclusives. Alors que l'UE et les États membres ont favorisé par le passé la conclusion d'accords mixtes, la conclusion et l'entrée en vigueur du traité commercial UE-Canada (AECG ou CETA) ont laissé un goût amer. Parsemée d'embuches, la conclusion des accords commerciaux mixtes³³ compromettrait, aux dires de l'exécutif

³⁰ En effet, 85% des AII contenant une clause de survie font référence à une période inférieure à 20 ans; la plupart prévoient une période de 10 ans ou moins.

³¹ À la suite de l'adoption par l'Italie d'une loi en 2015 qui interdit la production offshore à une certaine distance des côtes italiennes en raison de préoccupations environnementales, de risques de tremblement de terre, ainsi qu'une forte opposition des résidents locaux, la société de droit britannique Rockhopper qui envisageait d'exploiter un champ pétrolier et gazier à Ombrina Mare, situé à moins de 12 miles des côtes italiennes dans la mer Adriatique, a saisi un tribunal arbitral du CIRDI. Le 23 août 2022, ce tribunal a condamné l'Italie à verser 190 millions d'euros d'indemnisation à l'investisseur britannique (*Rockhopper Exploration Plc, Rockhopper Italia S.p.A. and Rockhopper Mediterranean Ltd v. Italian Republic, ICSID Case No. ARB/17/1*).

³² Joint Motion for a Resolution on the outcome of the modernisation of the Energy Charter Treaty (2022/2934(RSP)).

³³ A propos des difficultés soulevées par la conclusion des accords mixtes, voy. les conclusions de l'Avocate générale J. Kokott, présentées le 26 mars 2009, CJUE, 10 juin 2010, *Commission c Conseil*, C-13/07, EU:C:2009:190, point 72.

communautaire, l'efficacité de la politique commerciale de l'UE³⁴. Alors que la Commission rejette la mixité du TCE, considérant que cet accord est exclusivement réservé à l'UE, les États membres sont divisés sur cette question.

Quand bien même le traité de modernisation a été négocié par la Commission européenne dans le cadre du mandat que lui a accordé le Conseil des ministres, ce traité modificatif affecte, à notre avis, les compétences revenant aux États membres. En effet, le régime ISDS extra-UE qui est maintenu couvrira de nouveaux investissements, notamment dans le domaine des *biofuels*, de la biomasse et des fuels synthétique. S'il ne sera plus possible – lorsque le traité modernisé entrera en vigueur – pour un investisseur allemand de porter son différend à l'encontre des autorités belges devant un tribunal arbitral, un investisseur dont le siège social se trouve en Grande-Bretagne pourra toujours court-circuiter les juridictions belges en saisissant une juridiction arbitrale.

En outre, le traité modificatif apporte des modifications aux procédures ISDS (financement par des tiers)³⁵. Par ailleurs, il révise la clause de traitement juste et équitable³⁶ qui changera la façon dont les tribunaux arbitraux contrôlent les mesures gouvernementales liées aux investissements de portefeuille.

En conclusion, en soustrayant les litiges en matière d'investissement de la compétence des juridictions nationales, l'ISDS affecte l'organisation des systèmes judiciaires nationaux, laquelle relève d'une compétence partagée³⁷.

À cheval sur les compétences exclusives (investissements directs, énergie) et partagées (investissements indirects, règlement des différends), le traité modificatif – s'il est appelé à voir le jour – devra non seulement être conclu par le Conseil des ministres, moyennant l'approbation préalable du Parlement européen³⁸, mais il devra également être ratifié par les parlements nationaux, un vrai chemin de Damas !

4. Trouver son chemin de Damas

Pour pouvoir entrer en vigueur, la modification du TCE requiert, dans un premier temps, l'unanimité des 54 États parties présents et votants à la réunion de la Conférence des parties et dans un second temps, la ratification par trois quarts des parties signataires³⁹.

La Conférence sur la Charte de l'énergie du 22 novembre 2022 aurait dû adopter à l'unanimité l'accord de modernisation du TCE. Alors que l'Union et les 26 États membres (l'Italie n'étant plus partie depuis 2016) auraient pu, conformément au principe de coopération loyale⁴⁰, former un front uni pour que la modernisation de la Charte de l'énergie puisse être enclenchée, la France, l'Allemagne, l'Espagne et les Pays-Bas se sont abstenus lors du vote du COREPER du

³⁴ Article 207 TFUE.

³⁵ Nouvelle disposition de la Partie IV.

³⁶ Article 10 modifié.

³⁷ CJUE, avis 2/15, du 16 mai 2015, EU:C:2017:376, pt. 285 et s.

³⁸ Article 218, § 6 TFUE.

³⁹ Article 42, §4 TCE.

⁴⁰ Article 4, §3 TUE.

vendredi 18 novembre 2022. L'unanimité étant inatteignable à ce stade, la conférence des parties a donc décidé le 22 novembre de reporter l'approbation de l'accord modificatif à 2023.

Quand bien même l'unanimité serait atteinte à terme, encore faudra-t-il que l'accord de modernisation, pour qu'il puisse produire ses effets en droit de l'Union européenne, soit conclu par le Conseil des ministres, à la majorité qualifiée, moyennant l'approbation préalable du Parlement européen⁴¹.

C'est donc la quadrature du cercle. D'une part, il est douteux, en raison de l'opposition de sept États membres, que le Conseil des ministres parvienne à dégager une majorité qualifiée⁴². Qui plus est, pour que le Conseil puisse conclure le traité modernisé, le Parlement européen devra approuver la réforme. Cette institution pourra-t-elle faire abstraction des trouble-fête au niveau national ? En tout cas, dans une résolution adopté le mercredi 23 novembre, cette institution a clairement fait part de son opposition à la conclusion du traité de modernisation⁴³. D'autre part, étant donné que le traité modernisé couvre principalement des compétences exclusives, les États membres ne pourront pas l'adopter à titre individuel.

À terme, on pourra se demander s'il est judicieux sur un plan politique pour l'Union de rester partie à la Charte de l'énergie alors qu'elle est désertée par une série d'États membres et qui, de surcroît, s'avère dans sa version actuelle incompatible avec le droit de l'UE (*Achmea*, *Komstroy*).

Conclusions

À défaut d'adoption d'un accord sur sa modernisation dans un avenir proche, le TCE demeure en vigueur dans sa version actuelle. Aussi, tant qu'il ne sera pas dénoncé, les tribunaux arbitraux continueront à trancher les différends opposant les investisseurs aux États membres. Quand bien même il serait dénoncé par certains États membres, sa clause de survie continuera à produire ses effets. Il s'ensuit que des investisseurs sont encore susceptibles de recevoir un bon accueil auprès des tribunaux arbitraux. De même, leurs investissements couverts par le TCE continuent à bénéficier d'une protection pour une durée indéterminée.

Comment sortir de ce marasme, ? Les États membres – ou en tout cas ceux qui sont convaincus que le TCE même dans sa version modernisée n'est plus à la page – pourraient conclure un accord *inter se*, à l'instar de ce qu'ils ont fait il y a deux ans avec leurs traités bilatéraux d'investissement⁴⁴ en vue, d'une part, de rendre inapplicable la clause ISDS dans les

⁴¹ L'application temporaire du TCE modernisé pourrait être envisagée en vertu de l'article 218, § 5 TFUE et aura pour effet de placer, à notre avis, les parlements nationaux devant le fait accompli.

⁴² Les sept États membres qui envisagent de dénoncer le TCE représentent plus de 70% de la population de l'UE, ce qui ne permettrait pas au Conseil de remplir le critère de 65% de la population conformément à l'article 238, § 3 TFUE.

⁴³ Joint Motion for a Resolution on the outcome of the modernisation of the Energy Charter Treaty (2022/2934(RSP)).

⁴⁴ À la suite de l'arrêt *Achmea* du 6 mars 2018 (affaire C-284/16), 23 États membres ont conclu un accord international prévoyant l'extinction de leurs traités bilatéraux d'investissement au motif que ces traités n'étaient pas compatibles avec le droit de l'Union (Accord portant extinction des traités bilatéraux d'investissement entre États membres de l'Union européenne, *JO*, 29 mai 2020, L 169). Si les décisions résultant des procédures d'arbitrage réglées avant le 6 mars 2018 ne sont pas remises en cause par ledit

contentieux intracommunautaire, et, d'autre part, de neutraliser la « clause de survie » du TCE et ce indépendamment de l'issue des négociations en cours sur sa modernisation. La neutralisation de la clause de survie écarterait cette épée de Damoclès qu'ils redoutent tant. En procédant de la sorte, les États membres se conformeraient à larrêt *Komstroy*.

accord, ce dernier instaure des mesures transitoires pour les différends faisant l'objet de contentieux arbitraux toujours pendents. Ceux-ci pourront être réglés à l'amiable dans le cadre d'un mécanisme *ad hoc* de médiation entre les investisseurs et les États membres mis en cause dans ces procédures ou être renvoyés devant les juridictions nationales. Voy. J. Tropper and A. Reinish, “The 2020 Termination Agreement of Intra-EU BITs and Its Effect on Investment Arbitration in the EU – A Public International Law Analysis of the Termination Agreement », *The Austrian Yearbook on International Arbitration* 2022, vol. 16, 2022, p. 301-340 ; N. de Sadeleer, « La victoire du droit de l'UE sur le droit international de l'investissement », *Blogdroiteuropeen Working Paper 3/2020*, avril 2021.