

L'arbitrage des conflits : un défi pour la politique climatique de l'UE ?

Le règlement par l'arbitrage des différends entre investisseurs et Etats a fait l'objet de fortes tensions politiques, notamment lors de la signature du traité CETA. Prévu par la Charte européenne de l'énergie, ce mécanisme vient d'être condamné par la Cour de Justice de l'Union européenne.

[Signalez ce contenu à notre équipe](#)

The logo for Carta Academica features a large, dark grey, abstract line drawing that resembles a stylized, elongated figure-eight or a calligraphic flourish. It is composed of two main loops that cross each other. The text "Carta Academica" is written in a serif font, colored in a light brown or tan hue, and is positioned to the right of the central part of the graphic.

Carta Academica

[Carta Academica](#)

Carta Academica est un collectif d'universitaires belges qui a décidé d'intervenir dans le débat public

Abonné·e de Mediapart

Ce blog est personnel, la rédaction n'est pas à l'origine de ses contenus.

L'arbitrage, clé de voûte de la protection des investissements

En droit du commerce international, le règlement des différends entre les investisseurs et les États (généralement connu sous l'acronyme « ISDS » (*Investor-to-State Dispute Settlement*)), a connu en quelques décennies un succès remarquable. Le recours à l'arbitrage privé est censé garantir un règlement rapide et impartial des différends qui opposent les investisseurs aux autorités de l'État où l'investissement a lieu. Ce succès est tel que l'ISDS a été incorporé dans près de 2361 traités d'investissement, dont le traité sur la charte de l'énergie (TCE) auquel l'UE et tous ses États membres, à l'exception de l'Italie, sont parties.

Le TCE a été 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 l'ancienne Union soviétique. Fervent partisan de ce traité multilatéral, l'Union européenne (UE) cherchait à l'époque à protéger les investissements des sociétés d'énergie occidentales en Europe centrale et orientale.

Ainsi, le TCE prévoit-il qu'un investisseur membre d'un État contractant peut, en cas de litige concernant ses investissements en matière d'énergie sur le territoire d'un autre État contractant, introduire un recours contre cet État devant un tribunal arbitral *ad hoc*. A la différence de l'arbitrage commercial, ces tribunaux sont prévus par le traité lui-même et leur choix n'est pas laissé à la libre volonté des parties. Ainsi, les États parties à ces tribunaux ont-ils consenti à soustraire les litiges d'investissement à la compétence de leurs propres juridictions, dans le dessein d'attirer les investisseurs étrangers. En raison du montant des compensations accordées par ces tribunaux, de la rapidité des procédures ainsi que de leur confidentialité, l'ISDS répond davantage aux attentes des investisseurs que les procédures juridictionnelles classiques.

La mise en cause de l'arbitrage

Au fur et à mesure que des multinationales se sont mises à contester des réglementations dictées par l'intérêt général et que des tribunaux arbitraux ont condamné des États à verser des sommes astronomiques à des investisseurs lésés, le recours à l'ISDS a commencé à être décrié. A titre d'exemple, en 2010, la société Philip Morris réclama à l'Uruguay une compensation de 25 millions de \$ en vertu du traité bilatéral d'investissement que cet État avait conclu avec la Suisse au motif que sa législation anti-tabac avait eu pour effet de dévaluer ses marques de cigarettes. Ce recours fut néanmoins rejeté par le tribunal arbitral siégeant au siège de la Banque mondiale au motif que les mesures avaient été mises en œuvre de bonne foi conformément à la Convention-cadre pour la lutte antitabac de l'Organisation mondiale de la santé. En vertu d'un traité d'investissement conclu entre l'Australie et Hong Kong, Philip Morris réclama également une compensation pour les mesures australiennes de labellisation des produits de tabac. Le tribunal déclina néanmoins sa juridiction. Pour sa part, l'Afrique du Sud a dénoncé il y a quelques années tous les traités d'investissement qu'elle avait conclus. Enfin, les projets d'accords commerciaux entre l'UE et les États-Unis et le Canada (TTIP et CETA) ont provoqué de fortes controverses, notamment au sein du monde politique

belge. D'aucuns ont reproché à ces projets d'accords commerciaux de substituer à la justice étatique plutôt favorable à la balance des intérêts une justice d'arbitrage privée plus encline à faire prévaloir les intérêts économiques des investisseurs sur l'intérêt général.

Une épée de Damoclès suspendue au-dessus de la transition énergétique

Dotée récemment d'un règlement sur le climat, l'UE est en passe d'adopter dans le cadre du Green Deal bon nombre de mesures réglementaires qui garantissent une décarbonisation de la production énergétique. Le Green Deal prévoit, à cet égard, une réduction substantielle des importations de charbon d'ici 2030 (71-77 % par rapport à 2015) et, après 2030, une diminution des importations de pétrole (78-79 %) et de gaz naturel (58-67 % par rapport à 2015). À cela il convient d'ajouter que la politique de prêts dans le secteur de l'énergie de la Banque Européenne d'Investissement (BEI), adoptée par les ministres européens des Finances en décembre 2019, supprimera, d'ici à la fin de 2021, le soutien aux projets énergétiques liés aux combustibles fossiles. 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 affecteront les droits conférés par le TCE aux investisseurs étrangers.

Or, d'après ses critiques, le TCE pourrait compromettre l'objectif de neutralité carbone que l'UE compte atteindre en 2050. Ce traité 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 fossiles. Leurs craintes sont-elles exagérées ? Le TCE a d'ores et déjà donné lieu à plus de 136 litiges, dont la grande majorité concernent des États européens. L'Espagne est actuellement la principale cible des investisseurs privés. 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. Par ailleurs, il y a quelques semaines, la société allemande RWE a réclamé aux Pays-Bas une compensation d'1,4 milliard d'euros en raison de l'abandon progressif du charbon d'ici 2030. Le TCE constitue ainsi l'accord d'investissement qui engendre le plus grand nombre de procédures d'arbitrage ISDS. Pour éviter d'être attirés devant ces tribunaux, certaines autorités pourraient renoncer à s'engager dans la transition énergétique (*regulatory chill*).

Avec l'élargissement de l'UE à l'Europe de l'Est en 2004 et l'essor d'un marché unique de l'énergie, le TCE a perdu son intérêt original pour l'UE. Au demeurant, l'UE et plusieurs de ses États membres souhaiteraient l'aligner sur l'Accord de Paris sur le climat et supprimer le recours à la procédure d'arbitrage ISDS. Or, les ambitions de réformer le TCE butent sur la règle de l'unanimité qui prévaut ainsi que sur l'opposition de plusieurs États tiers (Japon, Turkmenistan).

La victoire de la souveraineté européenne sur l'arbitrage privé

Or, la dénonciation éventuelle du TCE par l'UE et ses États membres ne relève dorénavant plus de l'utopie. Le 2 septembre dernier, dans un litige opposant une société ukrainienne d'énergie à la Moldavie, la Cour de justice de l'UE (CJUE) a jugé que l'arbitrage privé prévu par le TCE était incompatible avec le droit de l'Union. La raison est la suivante : les tribunaux privés institués par ce traité sont susceptibles d'interpréter le droit de l'Union alors qu'ils ne peuvent pas coopérer avec la CJUE, qui est la seule juridiction à pouvoir interpréter le droit de l'Union, dont fait partie le TCE. Le fait que l'UE soit partie au TCE et, partant, soit liée par ce traité ne change strictement rien.

Il s'ensuit que les différends opposant les investisseurs étrangers aux autorités des 27 États membres doivent être tranchés non plus par des tribunaux arbitraux mais bien par les juridictions nationales, lesquelles peuvent, voire doivent, interroger à titre préjudiciel la CJUE. Ainsi la Cour suprême de l'Union a-t-elle affirmé de manière solennelle la supériorité du droit de l'UE sur le droit international des investissements.

Le 5 mai 2020, 23 États membres ont conclu un traité multilatéral abrogeant 181 traités bilatéraux d'investissement qu'ils avaient conclus entre eux, sans abroger pour autant le TCE. Désormais, la clause d'arbitrage privé prévue dans le TCE est jugé par la juridiction suprême de l'UE incompatible avec le droit de l'Union s'agissant des contentieux qui opposeraient des investisseurs d'un État membre à des États membres. Comme l'a fait l'Italie en 2016, l'Union et ses 26 États doivent désormais dénoncer la clause d'arbitrage ISDS qui est la clé de voûte du TCE.

La résistance acharnée du monde de l'investissement

Dans la mesure où l'arrêt du 2 septembre 2021 condamne un business juridique lucratif – la moyenne des honoraires des avocats serait de 200 millions de \$ par procès –, il faut s'attendre à ce que les tribunaux arbitraux saisis par les investisseurs continuent à faire de la résistance. En 2018, la CJUE avait déjà jugé l'ISDS prévu par un traité bilatéral -Slovaquie et Pays-Bas- illicite. Cette jurisprudence fut d'emblée rejetée par la majorité des spécialistes du droit de l'investissement. En effet, saisis par des investisseurs en vertu de traités bilatéraux, plus de 40 tribunaux refusèrent de décliner leur compétence au mépris de la jurisprudence de Luxembourg. On peut par conséquent craindre que les tribunaux arbitraux refusent de suivre le raisonnement de la CJUE du 2 septembre dernier. Enfin, les investisseurs pourraient aussi saisir des tribunaux siégeant en dehors de l'UE pour tenter d'échapper à l'incompatibilité de leur juridiction avec le droit de l'UE. Aussi l'arrêt du 2 septembre ne mettra-t-il pas immédiatement fin au bras de fer opposant les tenants de l'orthodoxie communautaire au monde de l'investissement.

Nicolas de Sadeleer, professeur ordinaire à l'Université Saint-Louis - Bruxelles, chaire Jean Monnet, pour [Carta Academica](https://www.cartaacademica.org/) (<https://www.cartaacademica.org/>).