



DATE DOWNLOADED: Mon May 26 09:08:31 2025

SOURCE: Content Downloaded from [HeinOnline](https://heinonline.org)

Citations:

Please note: citations are provided as a general guideline. Users should consult their preferred citation format's style manual for proper citation formatting.

Bluebook 21st ed.

Etienne Marque, Aspects Environnementaux du Traite de la Charte de l'Energie, Les, 66 RHD 163 (2013).

ALWD 7th ed.

Etienne Marque, Aspects Environnementaux du Traite de la Charte de l'Energie, Les, 66 RHD 163 (2013).

APA 7th ed.

Marque, Etienne. (2013). Aspects environnementaux du traite de la charte de l'energie, les. *Revue Hellenique de Droit International*, 66(1), 163-194.

Chicago 17th ed.

Etienne Marque, "Aspects Environnementaux du Traite de la Charte de l'Energie, Les," *Revue Hellenique de Droit International* 66, no. 1 (2013): 163-194

McGill Guide 10th ed.

Etienne Marque, "Aspects Environnementaux du Traite de la Charte de l'Energie, Les" (2013) 66:1 RHD 163.

AGLC 4th ed.

Etienne Marque, 'Aspects Environnementaux du Traite de la Charte de l'Energie, Les' (2013) 66(1) *Revue Hellenique de Droit International* 163

MLA 9th ed.

Marque, Etienne. "Aspects Environnementaux du Traite de la Charte de l'Energie, Les." *Revue Hellenique de Droit International*, vol. 66, no. 1, 2013, pp. 163-194. HeinOnline.

OSCOLA 4th ed.

Etienne Marque, 'Aspects Environnementaux du Traite de la Charte de l'Energie, Les' (2013) 66 RHD 163 Please note: citations are provided as a general guideline. Users should consult their preferred citation format's style manual for proper citation formatting.

-- Your use of this HeinOnline PDF indicates your acceptance of HeinOnline's Terms and Conditions of the license agreement available at

<https://heinonline.org/HOL/License>

-- The search text of this PDF is generated from uncorrected OCR text.

-- To obtain permission to use this article beyond the scope of your license, please use:

[Copyright Information](#)

LES ASPECTS ENVIRONNEMENTAUX DU TRAITÉ DE LA CHARTE DE L'ÉNERGIE

ETIENNE MARQUE*

Pour la première fois de l'histoire, nous courons le risque d'un déclin mondial. Mais nous sommes également les premiers à pouvoir rapidement tirer les leçons des événements qui se produisent partout ailleurs dans le monde aujourd'hui comme de ce qui s'est produit pour n'importe quelle autre société du passé.

Effondrement, Jared Diamond

I. INTRODUCTION

Le secteur de l'énergie est le secteur-clé de nos sociétés modernes. La haute valeur marchande¹ et stratégique des produits énergétiques en atteste. En effet, la maîtrise des énergies est aujourd'hui un défi majeur dont les enjeux sont considérables

L'énergie est une matière première, un produit de base², qui transformé, fournit une puissance, mécanique ou calorifique, dont dépend toute acti-

* Doctorant en Droit économique auprès du CDE, chargé de cours à la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques, Aix Marseille Université.

¹ S. Nappert & F. Ortino, International resolution of energy trade and investment disputes in Y. Selivanova (ed.), *Regulation of energy in international trade law. WTO, NAFTA and Energy Charter* (Alphen aan den Rijn 2011) 303-333.

² Au sens où l'aurait défini la Charte de La Havane de 1948 en son article 56: "1. Aux fins d'application de la présente Charte, l'expression "produit de base" s'entend de tout produit de l'agriculture, des forêts ou des pêches, et de tout minéral, que ce produit soit sous sa forme naturelle ou qu'il ait subi la transformation qu'exige communément la vente en quantités importantes sur le marché international. 2. Cette expression s'appliquera éga-

tivité humaine. Ces matières premières énergétiques appartiennent à l'environnement comme étant un des éléments qui nous entourent et qui contribuent directement à subvenir à nos besoins.

Seulement, les ressources énergétiques sur lesquelles nous basons notre croissance économique sont épuisables et arrivent aujourd'hui à épuisement. Loin de rendre, toutefois, obsolète la question de l'épuisabilité des ressources fossiles, la récente rentabilité des opérations d'extraction des gaz et pétrole de schiste ne permettra que de faire reculer la date du fameux "Peak Oil", date fatidique selon laquelle les réserves disponibles en hydrocarbures seront inférieures aux gisements extraits, à partir de laquelle les rendements ne pourront être que décroissants jusqu'à la consommation totale des ressources fossiles. Les estimations des réserves exploitables donc disponibles demeurent encore bien vagues et resteront pendant longtemps l'enjeu de conjectures stratégiques. En outre, l'utilisation croissante de ces énergies conduit à l'augmentation de la température globale³. On estime en effet que d'ici à la fin du siècle, la température du globe augmentera entre 2 et 5 degrés, ce qui aura des conséquences humaines catastrophiques.

Or, en même temps, si 20% de la population mondiale n'a toujours pas d'accès à l'électricité, on prévoit qu'avec l'explosion économique des pays émergents tels que l'Inde et la Chine, il faudra s'attendre à une augmentation de 40% de la demande actuelle en énergies d'ici à 2030⁴.

Ces données ne font que refléter l'extrême nécessité d'une meilleure gestion de nos ressources. Cette prise de conscience d'une obligation de mieux consommer les ressources mises à notre disposition afin de les faire perdurer s'est concrétisée avec la notion de développement durable. Selon le rapport Brundtland de 1987, il s'agirait, avec le développement durable de satisfaire "les besoins du présent sans compromettre la capacité des générations futures à satisfaire leurs propres besoins".

lement, aux fins d'application du présent chapitre, à un groupe de produits dont l'un est un produit de base aux termes du paragraphe premier et dont les autres, qu'ils soient ou non des produits de base, forment avec le premier un groupe si étroitement lié par les conditions de production ou d'utilisation qu'il convient de les comprendre dans un même accord".

³ En effet, le secteur de l'énergie est le premier secteur producteur de gaz à effet de serre, à l'origine de notre actuel changement climatique : "Les liens entre le changement climatique et l'énergie montrent l'existence d'une relation circulaire qui unit de manière intrinsèque les deux problématiques". M. Sabil, Changements climatiques et énergie, une relation circulaire: Bilan et perspectives in S. Doumbé-Billé (ed.), *Défis énergétiques et droit international* (Bruxelles 2011) 259.

⁴ Agence Internationale de l'Énergie, *World energy outlook* (Paris 2009) 165-358.

Or, selon les plus fines statistiques précédant le passage ces toutes dernières années⁵, à la rentabilité de l'exploitations des gaz et pétrole de schiste, l'exploitation de nos ressources énergétiques est telle qu'il ne nous resterait qu'une quarantaine années de ressources naturelles en pétrole, une soixantaine d'années de ressources en gaz et en uranium et un peu plus de deux siècles de ressources en charbon. En d'autres termes, ce que la nature a mis des milliers d'années à produire, il nous a fallu un peu plus de deux siècles pour le consumer.

Ainsi, entre l'épuisement des ressources, une pression toujours plus forte pour l'accès à ces mêmes ressources et la concrétisation des effets désastreux du réchauffement climatique, il semble de plus en plus illusoire de vouloir "satisfaire les besoins du présent en énergie sans compromettre la capacité des générations futures à satisfaire leurs propres besoins énergétiques".

Dans ce contexte, nombreux sont ceux qui, se demandent si notre société est encore capable d'assurer sa survie ou si elle a d'ores et déjà décidé de sa disparition⁶.

Cette si vaste question à laquelle la présente étude ne prétendra pas répondre, est empruntée à l'ouvrage éminemment important de Jared Diamond, *Effondrement*.

Alors que la dégradation de l'environnement et l'exploitation des ressources naturelles ont atteint un point jusqu'ici inédit, *Effondrement* revient sur les différents facteurs qui ont conduit de grandes civilisations comme les Mayas ou les Vikings à s'éteindre, et discerne patiemment les différents facteurs écologiques, énergétiques, économiques et commerciaux qui de tout temps, ont creusé le sillon du destin des groupes humains, et conclut que toute disparition ou effondrement est la conséquence, plus ou moins indirecte, de décisions humaines.

Dans nos sociétés modernes, ces décisions se manifestent par le Droit⁷. Précisément, dans notre domaine d'étude, il revient désormais à la science juridique de permettre aux décideurs d'opérer des choix tenant compte des intérêts économiques sans compromettre les intérêts environnementaux. Il s'agit ici donc ici, en amont du juridique, de questions éminemment

⁵ Conférence de Jean-Marie Tarascon, prononcée le 24 mai 2011, Énergie : enjeux et défis de son stockage électrochimique. En écoute libre sur le site internet de France Culture.

⁶ J. Diamond, *Effondrement: Comment les sociétés décident de leur disparition ou de leur survie* (Paris 2006).

⁷ Voir l'essai éclairant d'A. Supiot, *Homo Juridicus, essai sur la fonction anthropologique du droit* (Paris 2005).

politique, incarnant de véritables choix de société. Concernant les défis posés par la question de l'exploitation des gaz des pétroles de schiste, alors que l'ordre juridique français a fait le choix, par la loi n° 2011-835 du 13 juillet 2011, confirmée par la Décision du Conseil Constitutionnel n° 2013-346 QPC du 11 octobre 2013 Société Schuepbach Energy LLC, d'interdire leur exploitation, l'ordre juridique américain permet de principe l'exploitation de ces mêmes ressources. Du point de vue de l'économie internationale, ces décisions unilatérales sont toutes deux sous performantes pour une conciliation globale des enjeux énergétiques et environnementaux, en ce que précisément, elles n'ont pas été prises de manière coopérative. Cette proposition juridique est d'autant plus difficile à formuler que les défis dont doit faire face le Droit sont désormais mondiaux. Partant, seul le droit international issu de la société internationale (composée elle-même d'intérêts divergents) serait à même d'imposer une règle de conduite aux groupes humains permettant de faire face de manière cohérente aux grandes problématiques de notre époque.

L'entrée en vigueur du Traité de la Charte de l'Énergie (TCE) vient témoigner de cette nécessité d'une nouvelle offre, holistique et globale, pour traiter de questions aussi impérieuses que le commerce international et le changement climatique.

Le TCE est un pur produit de la décennie 90, marquée par la fin du monde bipolaire et l'entrée dans un capitalisme total⁸, mondialisé et financiarisé. Apparu au lendemain de la Guerre froide⁹, le TCE est le fruit de la rencontre des intérêts convergents des pays de l'Europe de l'Ouest à la recherche de la sécurisation de leur approvisionnement énergétique et ceux de la Russie et des Pays d'Europe Centrale et Orientale, en quête de débouchés pour leurs biens énergétiques¹⁰.

Mettant en œuvre les règles de l'OMC pour le commerce international¹¹ ainsi que les règles communément admises pour le traitement des investis-

⁸ J. Peyrelevade, *Le capitalisme total* (Paris 2005).

⁹ La Charte européenne de l'énergie, texte non contraignant fut signée le 17 décembre 1991 tandis que le TCE fut signé le 14 décembre 1994.

¹⁰ Réalisant ainsi le vœu du professeur Blanc qui dès la chute du Mur de Berlin, souhaitait que "la multiplication des échanges entre l'Est et l'Ouest permet aussi d'espérer l'émergence d'une instrumentation juridique forgée par des partenaires qui auront tiré les leçons d'un passé récent". G. Blanc, Peut-on encore parler d'un droit du développement? *JDI* 1991, 944.

¹¹ Pour une analyse exhaustive de la réglementation internationale du commerce de l'énergie par le TCE, O.Q. Swaakgoldman, *The Energy Charter Treaty and trade – A guide to the labyrinth*, *Journal of World Trade* 1996, 115-164.

sements étrangers, le TCE forme une véritable zone d'intégration économique que Monsieur TOUSCOZ a très justement qualifié de 'GATT sectoriel et géographique'¹².

La valeur stratégique et commerciale du bien énergétique le place au cœur du processus actuel de mondialisation de l'économie. Aussi, comme le souligna Monsieur Babadji, le TCE "a pour objectif principal de soumettre, à terme, l'énergie aux règles qui accompagnent cette mondialisation"¹³.

Aujourd'hui, le TCE a largement dépassé sa sphère géographique originelle pour compter parmi ses 51 membres¹⁴, des pays de première importance tels que l'Australie, le Japon, la Norvège, la Russie et le Kazakhstan et 34 observateurs dont la Chine, les États-Unis, l'Arabie Saoudite, Chine, Algérie, et le Venezuela pour les États et l'OMC, la Banque Mondiale, l'OCDE et l'ASEAN pour les organisations internationales.

Si la décennie 90 fut celle de la mondialisation de tous les secteurs de l'économie, elle fut également celle de la prise de conscience des problèmes environnementaux causés par l'intensification de la production et la multiplication des échanges. En témoignent la Déclaration de Rio de 1992 et le Protocole de Kyoto de 1997 qui forment encore aujourd'hui de solides piliers d'un droit international de l'environnement toujours en construction.

Le TCE fut signé deux années après la Déclaration de Rio, et rappelle dans son Préambule

La Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, la Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance et ses protocoles, ainsi que d'autres accords internationaux en matière d'environnement comportant des aspects liés à l'énergie

et reconnaît

qu'il est de plus en plus urgent de prendre des mesures visant à protéger l'environnement, y compris des mesures concernant le déclassement des installations énergétiques et l'élimination des déchets, et d'adopter, à l'échelon international, des objectifs et des critères à ces fins.

¹² J. Touscoz, Le traité de la Charte de l'énergie (aspects juridiques), *Revue de l'énergie*, n° 481, oct. 1996, 494.

¹³ R. Babadji, Le traité sur la Charte européenne de l'énergie (17 décembre 1994), *AFDI* 1996, 893.

¹⁴ Même si parmi ses membres, tous non pas le même statut.

Le TCE s'inscrit donc au croisement de deux préoccupations, le développement économique dans le secteur de l'énergie et la protection de l'environnement. Rappelons que le secteur de l'énergie, tout aussi fondamental soit-il, est un secteur des plus polluants, ayant une très forte empreinte carbone¹⁵ sur l'environnement.

Partant, la notion de développement durable aurait toute sa place dans le secteur énergétique. Une spécialiste de la question a d'ores et déjà démontré cette corrélation en établissant que "les relations énergie et environnement peuvent être pour parties considérées comme à l'origine de la création du concept de développement durable, qui est une nouvelle façon d'aborder le développement"¹⁶.

De manière plus globale, le développement durable serait la solution pour faire perdurer l'activité économique face aux nouveaux risques environnementaux¹⁷.

C'est dans cette logique que s'inscrit le TCE. Précisément, le TCE apparaît comme un instrument prometteur, qui, par le biais de la promotion du développement durable, concilierait l'activité économique dans le secteur de l'énergie et l'environnement. Son objet reste volontairement vague: "Le

¹⁵ "On appelle 'empreinte carbone' la mesure du volume de dioxyde de carbone (CO₂) émis par combustion d'énergies fossiles, par les entreprises ou les êtres vivants. On estime qu'un ménage français émet en moyenne 16,4 tonnes de dioxyde de carbone (CO₂) par an. Il est, dans ses usages privés de l'énergie, directement responsable d'une partie des émissions de dioxyde de carbone (CO₂) à l'atmosphère. Le calcul de son empreinte carbone aide à définir les stratégies et les solutions les mieux adaptées à chaque secteur d'activité et de participer ainsi plus efficacement à la diminution des émissions de gaz à effet de serre. Le calcul de l'empreinte carbone permet aussi de compenser ses émissions de CO₂. Il existe actuellement plus d'une trentaine de structures qui proposent des mécanismes de compensation du CO₂". Voir <http://www.dictionnaire-environnement.com/empreinte_carbone_ID5435.html> [21 juin 2013]

¹⁶ L. Grammatico, *Les moyens juridiques du développement énergétique dans le respect de l'environnement en droit français (Recherches sur le droit du développement durable)* (Aix-en-Provence 2003) 17.

¹⁷ Un auteur affirme qu' "Avec le développement du commerce entre les Nations, le monde a souvent eu à choisir entre la promotion du commerce et la protection de l'environnement. Ces choix, cependant, n'ont pas à être exclusifs. Il serait temps d'embrasser une approche qui établit un équilibre entre ces deux buts importants. Cette approche est le développement durable". Traduction libre de "With trade between nations on the rise, the world has often been forced to choose between promoting trade and protecting the environment. These choices, however, do not have to be exclusive. It is time to embrace an approach that strikes equilibrium between these two important goals. This approach is sustainable development". N. Priyadarshini, Trade imperialism versus environmental protectionism – An analysis using interpretation of article XX, *International Trade Law Journal* 2006, 97.

présent traité établit un cadre juridique destiné à promouvoir la coopération à long terme dans le domaine de l'énergie, et fondé sur la complémentarité et les avantages mutuels, conformément aux objectifs et aux principes de la Charte", ce qui permet aux Parties Contractantes de rester libres de déterminer le champs dans lequel elles souhaitent renforcer leur coopération. A la lecture, cependant des autres articles du TCE, la priorité demeure la libéralisation des échanges commerciaux relatifs à l'énergie, et la préoccupation de l'environnement paraît être un objectif bien secondaire.

Il n'empêche, cette greffe de considérations environnementales à un traité commercial multilatéral est sans conteste un progrès pour le droit du commerce international, surtout lorsque ce dernier se déploie dans un secteur aussi polluant que le secteur de l'énergie. En outre, "tout instrument permettant une meilleure prise en compte de l'environnement par le développement est un instrument à ne pas négliger, auquel il faut laisser une chance"¹⁸, même si, encore une fois, "les différences entre les règles relatives au commerce et à l'investissement d'une part et, celles portant sur la protection de l'environnement d'autre part, sont assez significatives"¹⁹.

Aussi, même si l'aspect environnemental demeure un aspect de second ordre, la présence de dispositions protectrices dans le TCE témoigne d'une considération formelle de l'environnement, qui permettra sa meilleure prise lors de la résolution de litiges relatifs à l'énergie, secteur où pendant longtemps, la question environnementale a été délaissée.

II. L'INTEGRATION FORMELLE DU DÉVELOPPEMENT DURABLE À UN TRAITÉ COMMERCIAL MULTILATÉRAL

Conscientes des atteintes à l'environnement que cause tout cycle énergétique, les Parties Contractantes du TCE, témoignent de manière formelle de leur attachement aux principes du droit international de l'environnement à travers l'article 19 du TCE. De manière beaucoup plus concrète, en luttant contre le gaspillage de l'énergie, les signataires du Protocole sur l'Efficacité Énergétique, s'efforcent de mener à bien le commerce et l'investissement énergétique dans un véritable souci de respect de l'environnement.

¹⁸ Grammatico, *supra* note 16, 34.

¹⁹ Babadji, *supra* note 13, 893.

A. L'article 19 du TCE

Préambule excepté, c'est à l'article 19 qu'il revient d'apporter sa dimension environnementale au Traité de la Charte de l'Énergie. Cet article, sobrement intitulé '*Aspects Environnementaux*', s'insère dans la quatrième et dernière partie²⁰ du Traité consacrée au droit substantiel, dite '*Dispositions diverses*'. L'ordonnancement et l'intitulé nous renseignent déjà sur l'importance toute relative de ces considérations environnementales dans un traité multilatéral avant tout dédié au développement du commerce et de l'investissement.

L'article 19 est pourtant imposant par sa longueur. Il se compose de trois parties. La première rappelle l'objectif de développement durable que se sont fixées les Parties Contractantes et énonce onze mesures nécessaires pour y parvenir. La seconde traite du mode de règlement des différends relatifs à l'application de l'article 19 tandis que la troisième définit les termes techniques dudit article, formant ainsi un véritable mini-traité.

Encore une fois, l'article 19 paraît, de prime abord, des plus novateurs puisqu'il greffe des principes de droit international de l'environnement à un traité commercial multilatéral. Avec cet article, les Parties Contractantes ont formellement édicté des mesures ayant pour objet de prévenir et minimiser les impacts environnementaux à tous les niveaux du cycle énergétique. Le TCE reconnaît en effet que la production, l'acheminement et la consommation d'énergie affectent de manière irrémédiable l'environnement. Conséquemment, le TCE prescrit aux Parties Contractantes de tenir compte de l'environnement lors de la mise en œuvre de leur politique énergétique.

Aussi, dans une logique de développement durable qui tente de concilier intérêts économiques et intérêts environnementaux, le TCE promeut le développement du système de marché en utilisant l'outil économique, afin de fixer le prix de l'énergie par rapport à ses coûts et bénéfices environnementaux. Dans cet objectif, une importance particulière a été portée sur la nécessité de sensibiliser la population aux enjeux environnementaux (point e et f), pour l'inciter à choisir des modes de production énergétique plus respectueux de l'environnement. Le TCE s'efforce ainsi d'instaurer un système d'internalisation de la contrainte environnementale fondée sur la diffusion et la transparence de l'information et le calcul du prix de l'énergie selon son atteinte à l'environnement (point b).

²⁰ Après une partie sur 'définition et l'objet', une seconde sur 'commerce', et une troisième sur la "protection et promotion de l'investissement".

L'avantage théorique de substituer les forces du marché à l'emprise de la puissance publique dans la fixation du prix de l'énergie est relativement simple. A partir du moment où le prix de l'énergie n'est plus artificiellement fixé par un organisme public, le marché peut identifier les sources d'énergie les plus attractives commercialement, et fixer leur prix de manière appropriée. Cette fixation du prix devrait ainsi prendre en compte les coûts environnementaux (ainsi que les bénéfices) à tous les niveaux du cycle énergétique, couvrant de ce fait, les conséquences des investissements à court et à long terme pour chaque source d'énergie. Les énergies renouvelables seraient *de facto* avantagées puisque l'internalisation de leurs coûts environnementaux serait quasi-nulle par rapport aux énergies fossiles, rendant leur prix bien plus attractif²¹.

Seulement, une telle incitation, si elle n'est pas suivie par l'ensemble des Parties Contractantes, entraînera d'importantes distorsions de concurrence pour les entreprises qui auront internalisées le coût environnemental de l'énergie par rapport à celles qui n'y auront pas été obligées²².

En dehors de cette internalisation de la contrainte environnementale dans le commerce et l'investissement énergétique favorable au développement durable, l'article 19, nous l'avons vu, édicte onze mesures reprenant la plupart des grands principes coutumiers du droit l'international de l'environnement.

²¹ D'un autre côté, cet encadrement économique des mesures environnementales tendrait à raboter les mesures nécessaires au développement durable. Le point h de l'article 19 est en effet un exemple probant de la manière dont l'intérêt porté au commerce et à l'investissement peut étouffer les mesures nécessaires à la promotion du développement durable. Etant donné, en effet l'importance des technologies vertes, il est tout à fait regrettable qu'au niveau des exigences relatives à leur transfert, une formulation plus précise que "l'instauration de conditions favorable" n'ait pas été retenue comme par exemple, celle de l'article 4.5 de la Convention Cadre des Nations Unies sur les Changements Climatiques: "Les pays développés Parties et les autres Parties développées figurant à l'annexe. II prennent toutes les mesures possibles en vue d'encourager, de faciliter et de financer, selon les besoins, le transfert ou l'accès de technologies et de savoir-faire écologiquement rationnels aux autres Parties, et plus particulièrement à celles d'entre elles, qui sont des pays en développement, afin de leur permettre d'appliquer les dispositions de la Convention. Dans ce processus, les pays développés Parties soutiennent le développement et le renforcement des capacités et technologies propres aux pays en développement Parties. Les autres Parties et organisations en mesure de le faire peuvent également aider à faciliter le transfert de ces technologies".

²² C. Shine, *Environmental protection under the Energy Charter Treaty* in T. Wälde, *The Energy Charter Treaty: An East-West gateway for investment and trade* (Londres 1996) 528.

L'article 19 reprend à son compte le principe de prévention²³ ("chaque partie contractante s'efforce de prendre des mesures préventives pour empêcher ou réduire à un minimum les dommages à l'environnement" et point i), le principe pollueur-payeur²⁴ ("Les parties contractantes conviennent que le pollueur opérant dans leurs zones devrait, en principe, supporter le coût de cette pollution"), le principe de coopération (point c, e et g)²⁵, le principe de transparence et sensibilisation (point b, f et j)

²³ Codifié au Principe 17 de la Déclaration de Rio: "Une étude d'impact sur l'environnement, en tant qu'instrument national, doit être entreprise dans le cas des activités envisagées qui risquent d'avoir des effets nocifs importants sur l'environnement et dépendent de la décision d'une autorité nationale compétente" et reconnu par la CIH lors de affaire du projet Gabcikovo-Nagymaros du 25 septembre 1997: "La Cour ne perd pas de vue que, dans le domaine de la protection de l'environnement, la vigilance et la prévention s'imposent en raison du caractère souvent irréversible des dommages causés à l'environnement et des limites inhérentes aux mécanismes de réparation de ce type de dommage".

²⁴ Codifié au Principe 16 de la Déclaration de Rio: "Les autorités nationales devraient s'efforcer de promouvoir l'internalisation des coûts de protection de l'environnement et l'utilisation d'instruments économiques, en vertu du principe selon lequel c'est le pollueur qui doit, en principe, assumer le coût de la pollution, dans le souci de l'intérêt public et sans fausser le jeu du commerce international et de l'investissement".

²⁵ Codifié au Principe 24 de la Déclaration de Stockholm: "Les questions internationales se rapportant à la protection et à l'amélioration de l'environnement devraient être abordées dans un esprit de coopération par tous les pays, grands ou petits sur un pied d'égalité. Une coopération par voie d'accords multilatéraux ou bilatéraux ou par d'autres moyens appropriés est indispensable pour limiter efficacement, prévenir, réduire et éliminer les atteintes à l'environnement résultant d'activités exercées dans tous les domaines, et ce dans le respect de la souveraineté et des intérêts de tous les États", Principe 7: "Les États doivent coopérer dans un esprit de partenariat mondial en vue de conserver, de protéger et de rétablir la santé et l'intégrité de l'écosystème terrestre. Etant donné la diversité des rôles joués dans la dégradation de l'environnement mondial, les États ont des responsabilités communes mais différenciées. Les pays développés admettent la responsabilité qui leur incombe dans l'effort international en faveur du développement durable, compte tenu des pressions que leurs sociétés exercent sur l'environnement mondial et des techniques et des ressources financières dont ils disposent", 12: "Les États devraient coopérer pour promouvoir un système économique international ouvert et favorable, propre à engendrer une croissance économique et un développement durable dans tous les pays, qui permettrait de mieux lutter contre les problèmes de dégradation de l'environnement. Les mesures de politique commerciale motivées par des considérations relatives à l'environnement ne devraient pas constituer un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable, ni une restriction déguisée aux échanges internationaux. Toute action unilatérale visant à résoudre les grands problèmes écologiques au-delà de la juridiction du pays importateur devrait être évitée. Les mesures de lutte contre les problèmes écologiques transfrontières ou mondiaux devraient, autant que possible, être fondées sur un consensus international", et 14: "Les États devraient concerter efficacement leurs efforts pour décourager ou prévenir les déplacements et les transferts dans d'autres États de toutes activités et substances qui provoquent

ainsi que le principe de l'intégration de l'environnement au développement (point a)²⁶, tout en favorisant la recherche, l'innovation, les énergies renouvelables et l'amélioration de l'efficacité énergétique. Il s'agit, comme l'énonce l'article 19-3-c, avec l'amélioration de l'efficacité énergétique, "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". Dit autrement, il s'agit de produire tout autant en utilisant moins d'énergie. Ayant à l'esprit que dans une génération ou deux, pétrole, gaz et uranium seraient définitivement épuisés, cet objectif prend tout son sens, et est ainsi au cœur du développement durable, ou de l'énergie durable²⁷.

Même s'il existe encore une controverse relative à l'opportunité et l'efficacité des principes environnementaux²⁸, en reprenant et confirmant ces principes, force est de constater que le Traité de la Charte de l'Énergie s'inscrit formellement dans la lignée des traités internationaux protecteurs de l'environnement.

L'analyse de la teneur environnementale de l'article 19 du TCE ne saurait s'en tenir là. Quant est-il, en effet, de son contenu obligationnel et substantiel? L'article 19 formule-t-il de véritables injonctions liant les Parties Contractantes ou s'agit-il au contraire de simples accords de principe dénués de véritable force juridique?

A y regarder de plus près, il semblerait que, comme bien souvent en droit international de l'environnement, il nous faille déchanter. A la lecture attentive de l'article 19, les onze mesures que se sont fixées les Parties

une grave détérioration de l'environnement ou dont on a constaté qu'elles étaient nocives pour la santé de l'homme", et 27 de la Déclaration de Rio: "Les États et les peuples doivent coopérer de bonne foi et dans un esprit de solidarité à l'application des principes consacrés dans la présente Déclaration et au développement du droit international dans le domaine du développement durable".

²⁶ Codifié au Principe 4 de la Déclaration de Rio: "Pour parvenir à un développement durable, la protection de l'environnement doit faire partie intégrante du processus de développement et ne peut être considérée isolément".

²⁷ L'année 2012 est pour l'ONU, l'année de l'énergie durable pour tous.

²⁸ Débat synthétisé par J.-M. Lavielle: "on peut toujours se dire que faute d'efficacité, de précision, d'engagements réels des États le DIE en reste à des principes généraux, flous, lesquels ne font que diluer le droit, affaiblir les normes. On peut, au contraire, d'abord constater que beaucoup de principes se traduisent par des obligations précises qui engagent des États parties à une convention. Ensuite ces principes témoignent de valeurs prises en compte. Enfin ces principes se répercutent dans l'ensemble du droit de l'environnement, ils sont repris dans des législations nationales et dans des conventions nationales". J.-M. Lavielle, *Droit international de l'environnement* (3^{ème} édition, Paris 2010) 157.

Contractantes se révèlent en effet bien peu contraignantes. Il ne pèserait sur les États membres pas de véritables obligations de respect de l'environnement, puisqu'on ne peut exiger de ces derniers qu'à ce qu'ils 's'efforcent' de réduire les impacts et les dommages causés à l'environnement, qu'ils 'favorisent', 'tiennent compte', 'encouragent', ou 'prennent particulièrement en considération' l'environnement, et ce parfois, 'dans les limites de leurs ressources disponibles'.

Aussi, l'article 19, en rappelant les grands principes du droit international de l'environnement de manière formelle, s'apparente plutôt à un instrument non contraignant. De si vagues obligations ne sauraient en effet, être en mesure d'être évaluées par des mécanismes d'appréciation et de contrôle rigides.

Il est ainsi clair que les Parties contractantes ont méticuleusement évité de s'imposer de véritables obligations budgétaires et juridiques pour la protection de l'environnement. L'aspect environnemental du TCE, de surcroît, fut exclu de l'article 26 qui permet le recours à l'arbitrage transnational de manière unilatérale par une personne privée contre l'État. Toutefois, comme nous le verrons, les dispositions de l'article 19 pourraient théoriquement recevoir force juridique dans les litiges relatifs aux investissements.

En dehors de cette critique concernant l'exigence toute relative imposée aux États de prendre en compte la dimension environnementale du commerce et de l'investissement énergétique, l'article 19 n'a pas trompé les commentateurs avisés qui ont relevé les contradictions théoriques de la soumission des mesures environnementales à un examen coût/bénéfice²⁹, ainsi que l'absence de nombreuses dispositions et références nécessaires à une complète prise en compte de l'environnement dans l'économie³⁰.

²⁹ "Il ne s'agit de rien moins qu'une clause récapitulative s'inscrivant dans une analyse coût/ bénéfice. Dans cette perspective, l'environnement doit tout d'abord se soumettre au calcul du coût économique et si les coûts se révèlent supérieurs aux bénéfices perçus, l'environnement pourrait être sacrifié", traduction libre de "This is nothing less than a claw back clause and clearly mired in economic cost-benefit analysis. In that direction the environment must first be amenable to economic cost computation and if that costs as computed is higher than the perceived benefits, the environment could be sacrificed". F.N.N. Botchway, *Contemporary energy regime in Europe*, *EurLRev* 2001, 3-19.

³⁰ "Les références aux conventions pertinentes en la matière sont plutôt réduites et figurent plus parmi les visas qu'au niveau des objectifs. Il en va ainsi de la convention des Nations Unies sur le changement climatique et de celle sur la pollution atmosphérique à longue distance. Par contre est absente toute référence à la Déclaration de Rio et aux conventions de Vienne sur la couche d'ozone et de Bâle sur les déchets et ce, sans souci d'exhaustivité", Babadj, *supra* note 13, 891. "Malgré l'étendu des enjeux environ-

En définitive, si la présence des principes internationaux de l'environnement dans un traité commercial multilatéral peut paraître audacieuse, l'article 19 du TCE, lui, atteint vite ses limites. Les mesures qu'il contient sont si lâches qu'elles ne sont pas de nature à conférer à l'environnement une protection efficace. Les dispositions environnementales de l'article 19 ne sont en définitives pas autre chose qu'un ensemble de déclarations favorables à une bonne gouvernance environnementale et à la coopération internationale³¹. Cette faiblesse, du point de vue environnementale reflète le fait que le TCE a pour objet premier le développement du commerce et des investissements énergétiques. La considération environnementale, même si elle est formellement présente, n'est encore une fois, que secondaire³².

Faut-il le regretter? Peut être pas si l'on considère que la prise en compte de l'environnement dans un traité commercial est déjà une avancée, et que surtout, les Parties Contractantes au moment de la signature du TCE, s'étaient uniquement entendues sur les matières relevant du droit du com-

nementaux inscrits à l'article 19 (1), certains sujets d'une importance considérable ont été exclus. Le premier d'entre eux concerne la mise en œuvre de plan de préventions et de plans d'urgence. Ensuite, le Traité demeure silencieux sur la question de la responsabilité pour les dommages environnementaux qui résulteraient d'opérations à tout niveau du cycle de l'énergie", traduction libre de "despite the breadth of the environmental tasks set out in article 19 (1), certain matters of considerable importance have been excluded. The first concerns the development of accident prevention procedures and the preparation of emergency plans. Secondly, the Treaty is silent on the question of liability for environmental damage resulting from operations at any stage of energy cycle", Shine, *supra* note 22, 528.

³¹ Cela conduisit le professeur Wälde, lors de la signature du TCE, à parler de 'pseudo-action' à propos des mesures protectrices du développement durable. T Wälde, Sustainable development and the 1994 Energy Charter Treaty: Between pseudo-action and the management of environmental investment risk in F. Weiss, E.M.G. Denters & P.J.I.M. de Waart, *International economic law with a human face* (La Haye 1998) 223-270.

³² Comme l'a très justement remarqué un auteur, "les dispositions concernant l'environnement peuvent être opposées point par point à celles touchant au commerce et à l'investissement. Celles-ci sont insérées de manière relativement cohérente dans le droit international, prévoient des obligations précises et mettent en place des procédures souvent rigoureuses d'appréciation de l'attitude des États. Celles-là, par contre, renvoient à l'environnement juridique international de manière elliptique, sont volontiers vagues et s'en remettent pour l'essentiel à la bonne volonté des États dès qu'il s'agit de leur application", Babadj, *supra* note 13, 890.

merce international tout en considérant que la réglementation de l'environnement relevait encore des fonctions régaliennes³³.

*B. Le Protocole sur l'Efficacité Énergétique
et les Aspects Environnementaux Connexes*

Elaboré dans le sillon de l'article 19 du TCE, Le Protocole sur l'Efficacité Énergétique et les Aspects Environnementaux Connexes (Protocole),³⁴ demeure à ce jour l'unique Protocole entré en vigueur dans le cadre du TCE. Ce constat témoigne de la nécessité de combler les carences d'un article 19 bien peu effectif³⁵, mais aussi celle de permettre à certaines Parties Contractantes d'aller plus loin dans la protection de l'environnement³⁶.

³³ Le guide du lecteur du Traité de la Charte de l'Énergie, établi par le Secrétariat de la Charte de l'Énergie est à cet égard éloquent: "L'article 19 n'impose pas directement des obligations environnementales aux investisseurs étrangers opérant dans leurs pays hôtes. Cette approche reflète le principe que la protection environnementale est avant tout l'objet de politiques nationales. Il revient à l'ordre juridique de l'État d'accueil d'établir un ensemble de standards environnementaux pour les nationaux et les entreprises étrangères opérant sur son territoire. Les accords environnementaux internationaux seraient applicables par leur intégration dans les lois et réglementations nationales", traduction libre de "Article 19 does not directly impose environmental obligations on foreign investors operating in their host countries. This approach reflects the principle that environmental protection is primarily a matter of national policy. It is the host country's domestic legal order that sets environmental standards for national and foreign companies operating in its territory. International environmental agreements may be applicable by their integration into the domestic laws and regulations". Energy Charter Secretariat, *The Energy Charter Treaty, a reader's guide* (Bruxelles 2002) 39.

³⁴ Ratifié par 39 États membres.

³⁵ "C'est peut être à cause des défauts significatifs des provisions relatives à l'environnement qu'un protocole particulier concernant cette matière a été rapidement adopté", traduction libre de "Perhaps, it is for these significant shortcoming of the treaty provisions on the environment that a special protocol on the environment was quickly adopted", Botchway, *supra* note 29, 3-19. D'ailleurs, un auteur, a considéré, à notre avis à tort, que les critiques adressées à l'article 19 du TCE ne pouvaient en rien être atténuées puisque le Protocole ne serait pas plus opérant dans la promotion du développement durable: le péché serait véniel si par ailleurs cette imprécision était compensée par un protocole plus exigeant ; il n'en est rien. On peut certes considérer, à la décharge du traité, que portant sur l'énergie, il n'a pas vocation à introduire des règles visant la protection de l'environnement. Voir Babadj, *supra* note 13, 890.

³⁶ En cela, il s'inscrit dans la pratique traditionnelle en droit international de l'environnement qui consiste en l'élaboration d'un "instrument conventionnel qui énonce les principes devant servir de fondement à la coopération entre les États parties dans un domaine

Contrairement à l'article 19 du TCE, le Protocole adopte une approche beaucoup plus pragmatique de la protection de l'environnement, en insistant sur l'amélioration de l'efficacité énergétique depuis la production jusqu'à la consommation en énergie en passant par l'approvisionnement.

Son préambule, tout en rappelant l'urgence de la lutte contre la dégradation de l'environnement³⁷, est en effet le véritable témoin de cette '*économisation*'³⁸ du droit de l'environnement, bouture, à notre sens, indispensable à la fertilisation croisée du droit de l'énergie et du droit de l'environnement³⁹.

L'objectif du Protocole est clairement établi, puisqu'il s'agit, avant tout de "la promotion de politiques d'efficacité énergétique compatibles avec le développement durable"⁴⁰.

déterminé, tout en leur laissant le soin de définir, par des accords séparés, les modalités et les détails de cette coopération, en prévoyant, s'il y a lieu, une ou des institutions adéquates à cet effet". A. Kiss, *Les traités-cadres: une technique juridique caractéristique du droit international de l'environnement*, *AFDI* 1993, 793.

³⁷ "Reconnaissant que les améliorations réalisées dans le domaine de l'efficacité énergétique réduisent les effets négatifs du cycle énergétique sur l'environnement, y compris le réchauffement général et l'acidification".

³⁸ L'un des instruments majeurs du développement durable serait en effet l'outil économique, à travers l'internalisation dans les coûts de production des atteintes portées à l'environnement afin d'inciter par le prix les acteurs économiques à adopter un comportement davantage respectueux de l'environnement.

³⁹ "Convaincues que les prix de l'énergie doivent refléter, dans la mesure du possible, un marché concurrentiel, assurant une formation des prix orientée vers le marché, y compris une meilleure prise en compte des coûts et avantages environnementaux, et reconnaissant qu'une telle formation des prix est essentielle pour réaliser des progrès dans le domaine de l'efficacité énergétique et de la protection de l'environnement;

ayant conscience du rôle essentiel joué par le secteur privé, y compris les petites et moyennes entreprises, dans la promotion et la mise en oeuvre de mesures d'efficacité énergétique, et désireuses d'assurer un cadre institutionnel favorable aux investissements économiquement viables dans le domaine de l'efficacité énergétique;

reconnaissant que les formes commerciales de coopération peuvent éventuellement devoir être complétées par une coopération intergouvernementale, en particulier dans le domaine de la formulation de la politique énergétique et de l'analyse ainsi que dans d'autres domaines essentiels à l'amélioration de l'efficacité énergétique mais qui ne se prêtent pas à un financement privé; et

désireuses de mener une action commune coordonnée dans le domaine de l'efficacité énergétique et de la protection de l'environnement et d'adopter un protocole créant un cadre pour l'utilisation la plus économique et la plus efficace possible de l'énergie".

⁴⁰ Arts 1-2. Dans cette lignée, les deux autres objectifs du Protocole sont les suivants: "la création de conditions susceptibles d'inciter les producteurs et les consommateurs à

Il faut dire que la lutte pour l'efficacité énergétique est essentielle pour le développement durable et devrait être au cœur de toutes les attentions. Comme le souleva très justement un auteur, "on pourrait affirmer que notre situation climatique est largement le résultat de notre mauvaise gestion de la production de la gouvernance de l'énergie"⁴¹ et ce alors que les pays émergeants aspirent

à un plus grand bien-être, qui ne peut être obtenu sans consommation d'énergie [...] Le modèle énergétique actuel des pays les plus riches n'est ni durable, ni exportable. Pour éviter des tensions susceptibles de dégénérer en conflits violents, il est nécessaire de repenser les conditions d'utilisation de l'énergie, en prenant en compte l'amélioration du bien-être de l'ensemble de la population ⁴².

Le Protocole est structuré en cinq sections. La première s'emploie à définir le champ d'application, l'objet et les termes essentiels du Protocole. La seconde et la troisième sont composées de 7 articles et établissent les obligations substantielles que se sont fixées les parties contractantes pour développer de manière concrète l'efficacité énergétique. La quatrième section, traite des aspects administratifs du Protocole mais établit tout de même, en son article 13, qu'en cas d'incompatibilité entre le TCE

utiliser l'énergie de la manière la plus économique, la plus efficace et la plus saine possible pour l'environnement, en particulier grâce à l'organisation de marchés de l'énergie efficaces et d'une meilleure prise en compte des coûts et avantages environnementaux" et "l'encouragement de la coopération dans le domaine de l'efficacité énergétique".

⁴¹ Traduction libre de "it could be said that our climate situation is largely a consequence of our mismanagement of energy production and management". G. Marceau, *The WTO in emerging energy governance debate*, *Global Trade and Customs Journal* 2009, 93. L'auteur se pressant d'ajouter que "la consommation en énergie aura besoin d'être réconciliée avec le développement durable, et pour que cela arrive, nous aurons besoin de changer notre mode de vie", traduction libre de "Energy consumption will need to be reconciled by sustainable growth, and for this to happen we will have to change our way of life". En outre, la doctrine la plus autorisée vient affirmer qu' "Il va de soi que si les émissions de carbone peuvent être réduites de manière significative, si ce n'est totalement éradiquées [...] La meilleure solution reste très probablement la promotion maximale de technologies favorisant l'efficacité énergétique et les énergies renouvelables", traduction libre de "It is evident that if energy-based carbon emissions can be significantly reduced, the climate change problem will be much diminished, if not eliminated entirely [...] It is submitted that the best solution is to promote energy efficiency and renewable energy technologies to the maximum extent practicable". A.J. Bradbrook, *The development of a protocol on energy efficiency and renewable energy to the United Nations Framework Convention on Climate Change*, *New Zealand Journal of Environmental Law* 2001, 58.

⁴² A. Rojey, *Énergie et climat: Réussir la transition énergétique* (Paris 2008) 68-69.

et le Protocole, ce dernier devrait l'emporter. La dernière section, enfin, traite classiquement des ratifications, modifications et entrée en vigueur du Protocole.

Dans le but d'améliorer l'efficacité énergétique, le Protocole a établi un cadre juridique basé sur les principes suivants: l'introduction des mécanismes de marché, la formation du prix de l'énergie incorporant les coûts environnementaux⁴³, l'encouragement du financement privé⁴⁴ et du transfert des technologies vertes⁴⁵ ainsi que la coopération et la mise en œuvre de programmes nationaux améliorant l'efficacité énergétique et encourageant l'investissement soutenable.

De manière plus générale, Les clauses du Protocole peuvent être classées en deux catégories, l'une intéressant les politiques nationales pour l'efficacité énergétique et l'autre oeuvrant pour la coopération internationale en ce domaine. Il est à préciser que quelque soit la nature de la mesure, le Protocole insiste, en premier lieu, sur les avantages économiques (et non environnementaux) qu'entraîne une utilisation plus efficace de l'énergie.

Le Protocole exige en outre que les États signataires formulent des politiques⁴⁶

⁴³ "La formation du prix est le levier le plus performant pour améliorer l'efficacité énergétique. Le niveau et la structure des prix des énergies est de nature à entraîner des programmes de type coût/bénéfice au niveau de l'efficacité énergétique, à la base de toute élaboration de politique nationale pour améliorer l'efficacité énergétique", traduction libre de "Pricing is the foremost incentive for energy efficiency. The level and structure of energy prices can induce cost-effective programmes on energy efficiency that are the starting points from which to define national strategies on energy efficiency". Energy Charter Secretariat, *The Energy Charter Treaty, a reader's guide* (Bruxelles 2002) 47.

⁴⁴ Art. 6.1: "Les parties contractantes encouragent la mise en œuvre de nouvelles approches et méthodes relatives au financement d'investissements visant l'efficacité énergétique et la protection de l'environnement liée au domaine énergétique, telles que des accords de co-entreprise entre utilisateurs d'énergie et investisseurs extérieurs, ci-après dénommé financement par un tiers".

⁴⁵ Art. 7.1: "En conformité avec les dispositions du traité sur la Charte de l'énergie, les parties contractantes encouragent les échanges et la coopération dans le domaine des technologies, des services et des pratiques de gestion efficaces du point de vue énergétique et respectueux de l'environnement".

⁴⁶ Art. 3.2: "Les parties contractantes établissent des politiques d'efficacité énergétique et des cadres légaux et réglementaires susceptibles de promouvoir, entre autres:

- a) le fonctionnement efficace des mécanismes du marché, y compris une formation des prix orientée vers le marché et une meilleure prise en compte des coûts et avantages environnementaux;
- b) l'abaissement des barrières à l'efficacité énergétique, stimulant ainsi les investissements;
- c) les mécanismes relatifs au financement des initiatives en faveur de l'efficacité énergétique;
- d) l'enseignement et la prise de conscience;

et établissent des stratégies ayant en vue d'améliorer l'efficacité énergétique⁴⁷.

Suite à l'entrée en vigueur du Protocole, un Groupe de Travail fut constitué afin d'élaborer des plans d'actions et superviser la mise en œuvre des politiques conduites sans le cadre du Protocole, ainsi que pour offrir un support technique aux Parties Contractantes. Le Groupe de Travail rédige également des rapports réguliers assurant la veille des politiques d'amélioration de l'efficacité énergétique, que ce soit par secteurs⁴⁸, ou par pays⁴⁹.

En définitive, le Protocole du TCE a réussi à établir un véritable forum, où s'échangent et se partagent les différentes initiatives prises pour améliorer l'efficacité énergétique, et où sont analysés les succès et les limites de chacune de ces mesures. Aussi, il nous faut souligner le rôle essentiel de ce Groupe de Travail, qui, pour la lutte contre le gaspillage de l'énergie, forme une véritable courroie de coopération entre les États signataires du Protocole⁵⁰.

e) la dissémination et le transfert de technologies;

f) la transparence des cadres légaux et réglementaires”.

Et art. 8.1 : “Afin de réaliser les objectifs formulés conformément à l’art. 5, chaque partie contractante élabore, met en oeuvre et actualise régulièrement les programmes d’efficacité énergétique les mieux adaptés à sa propre situation”.

⁴⁷ Art. 5: “Les parties contractantes formulent des stratégies et des objectifs visant à améliorer l’efficacité énergétique et à réduire ainsi l’impact environnemental du cycle énergétique, en tenant compte de leurs conditions énergétiques spécifiques. Ces stratégies et ces objectifs doivent être transparents pour toutes les parties intéressées”.

⁴⁸ Energy Charter Secretariat, *Energy efficiency and emissions trading. A PEEREA perspective after the entry into force of the Kyoto Protocol and of the EU ETS* (Bruxelles 2006); *idem*, *Cogeneration and district heating. Best practices for municipalities* (Bruxelles 2006); *idem*, *Policy developments and challenges in delivering energy efficiency* (Bruxelles 2007); *idem*, *Energy efficiency in the public sector. Policies and programmes in ECT member countries* (Bruxelles 2008); *idem*, *Policies that work: Introducing energy efficiency standards and labels for appliances and equipment* (Bruxelles 2009).

⁴⁹ Des rapports sur l'efficacité énergétique ont été établis pour la Suède, la Bosnie-Herzégovine, la FYROM, la Lettonie, la Bulgarie, la Slovaquie, l'Italie, la Russie, l'Albanie, la Croatie et la Jordanie.

⁵⁰ Cependant, pour un auteur des plus autorisés, le Protocole ne serait pas le forum adéquat pour lutter de manière globale pour l'efficacité énergétique: “Le Protocole du Traité de la Charte de l’Énergie ne peut être considéré comme une réponse mondiale appropriée. Les ressources énergétiques renouvelables sont largement négligées dans ce Protocole, et de nombreuses clauses sont rédigées en des termes très généraux et peu impératifs imposant pas d’objectifs. Plus profondément, alors que le Protocole ne compte que 41 signataires représentant une majorité de pays de l’Europe occidentale et de l’ancienne Union soviétique ainsi que l’Australie, aucun des pays d’une importance significative pour le changement climatique (les premières nations consommatrices parmi les pays développés comme les

Pour tenter de ramasser les apports complexes et complémentaires du TCE et de son Protocole dans leur tentative de concilier l'énergie et le développement durable, permettons-nous, de reprendre les très éclairants développements du professeur Shine:

Le Traité de la Charte de l'Énergie a introduit une analyse inédite en couplant ses dispositions relatives au commerce et à l'investissement à la protection de l'environnement, et ce, dans tous les aspects de l'industrie énergétique. A travers leurs politiques et leurs réglementations nationales, les Parties Contractantes jouissent d'une grande liberté dans la mise en œuvre les mesures de l'article 19 du Traité, et lorsqu'il est applicable, le Protocole sur l'Efficacité Énergétique. Etant donné la volonté politique et industrielle et le soutien enthousiaste des populations des Parties Contractantes, le Traité et son Protocole pourraient bien fonctionner comme catalyseur permettant de sauvegarder les bienfaits de l'environnement, au niveau global, grâce au secteur de l'énergie⁵¹.

Après cette approche textuelle des aspects environnementaux du TCE, intéressons nous de manière plus concrète à la prise en compte l'environnement dans les litiges relatifs aux investissements.

États-Unis et le Japon, et les pays avec les plus peuplés parmi les pays en développement comme la Chine, l'Inde le Brésil et l'Indonésie) ne sont parties à ce Protocole". Traduction libre de "The Protocol to the Energy Charter Treaty cannot be regarded as an adequate world response to the issue. Renewable energy resources are largely overlooked in this Protocol, and the various clauses are phrased in a very general and non-binding manner and do not impose targets. Most importantly of all, however, there are only 41 signatories to the Protocol, consisting of the majority of the countries of western Europe and the former Soviet Union, together with Australia, none of the countries of greatest actual and potential significance for the climate change (the largest energy consuming nations in the developed countries, such as the United States and Japan, and the countries with the largest population in the developing countries, such as China, India, Brazil and Indonesia) are parties to this Protocol". Bradbrook, *supra* note 41, 60.

⁵¹ Traduction libre de "the Energy Charter Treaty has broken new ground by coupling its trade and investment provisions with emphasis on the importance of environmental protection in all aspects of the energy industry. Contracting Parties have great flexibility in how they implement the provisions of article 19 of the Treaty - and, where applicable, the Energy Efficiency Protocol - into national law and policy. Given the appropriate political will and industrial and popular support in each Contracting Party, the Treaty and its Protocol may well act as a catalyst to secure marked environmental benefits throughout the global energy sector". Shine, *supra* note 22, 545.

III. LA POTENTIELLE ASSIMILATION DU DÉVELOPPEMENT DURABLE A L'INVESTISSEMENT ÉNERGETIQUE INTERNATIONAL

Les notions d'investissement et d'environnement peuvent être amenées, lors d'arbitrages, à s'opposer frontalement aux dépens, le plus souvent, de l'environnement. Un auteur, à ce propos, évoque une situation de '*conflits normatifs*'⁵². Aussi, il est intéressant d'examiner quelle serait la réponse apportée par un arbitrage en application du TCE, traité protecteur des investissements étrangers mais énonçant son rattachement aux grands principes du droit international de l'environnement, et de constater qu'à l'ombre du TCE, la concordance de l'environnement et de l'investissement demeure possible.

A. La traditionnelle déconsidération de l'environnement par la pratique arbitrale relative à l'investissement

L'apport fondamental du TCE réside dans la protection de l'investisseur étranger avec la possibilité offerte à ce dernier d'avoir recours à l'arbitrage transnational unilatéral.

Selon le rapport de l'Agence Internationale de l'Énergie précité, les sommes considérables de 26 000 milliards de dollars sont estimées nécessaires pour assurer l'approvisionnement en énergie face à l'augmentation de la demande à l'horizon de 2030 et quelques 10 500 autres milliards seraient nécessaires pour réduire de 50% les gaz à effet de serre produits par le secteur énergétique (ces 50% étant aujourd'hui estimés comme insuffisants pour contenir, de manière raisonnable, l'augmentation de la température globale)⁵³.

La promotion et la protection de l'investissement pour l'énergie durable devraient donc être au cœur des politiques de développement durable⁵⁴.

⁵² J.E. Vinuales, *Conflits normatifs en droit international: Normes environnementales vs. protection des investissements* in Société française pour le droit international (ed.), *Le droit international face aux enjeux environnementaux - Colloque d'Aix-en-Provence* (Paris 2010) 407-428.

⁵³ Agence Internationale de l'Énergie, *supra* note 4, 165-358.

⁵⁴ Voir sur cette question fondamentale, la très éclairante contribution d'A. Boute, *The potential contribution of international investment protection law to combat climate change*, *Journal of Energy & Natural Resources Law* 2009, 333-376.

Le TCE se pose ici comme un instrument formidablement protecteur de ce type d'investissement, comme en atteste son article 10-1⁵⁵.

Seulement une telle protection peut se révéler être un obstacle lorsque précisément un État voudra mettre en place une réglementation protectrice de l'environnement et sera, à cet effet, amené à exproprier tel ou tel opérateur du secteur de l'énergie.

Il faut dire que l'un des objectifs premiers du TCE est de pérenniser et de garantir la protection de l'investissement énergétique international au sein des territoires des parties contractantes. Le secteur de l'énergie, de par son caractère stratégique, est en effet un secteur extrêmement risqué qui nécessite une protection toute particulière, notamment contre le risque politique. Ce risque, consiste, par exemple, pour un État, d'exproprier ou de déposséder de son bien un agent économique, le ruinant ainsi des très lourds investissements que ce dernier avait engagé pour s'établir dans le secteur de l'énergie.

Longtemps considérés comme conflictuels, droit de l'investissement et droit de l'environnement devraient être appréhendés de concert. En effet, sans l'investissement nécessaire à la modernisation des infrastructures du cycle de l'énergie, l'objectif de développement durable serait proprement impensable⁵⁶.

⁵⁵ "Chaque partie contractante encourage et crée, conformément aux dispositions du présent traité, des conditions stables, équitables, favorables et transparentes pour la réalisation d'investissements dans sa zone par les investisseurs des autres parties contractantes. Ces conditions comprennent l'engagement d'accorder, à tout instant, un traitement loyal et équitable aux investissements des investisseurs des autres parties contractantes. Ces investissements bénéficient également d'une protection et d'une sécurité les plus constantes possible, et aucune partie contractante n'entrave, en aucune manière, par des mesures déraisonnables ou discriminatoires, leur gestion, maintien, utilisation, jouissance ou disposition. En aucun cas, ces investissements ne peuvent être traités d'une manière moins favorable que celle requise par le droit international, y compris les obligations conventionnelles. Chaque partie contractante respecte les obligations qu'elle a contractées vis-à-vis d'un investisseur ou à l'égard des investissements d'un investisseur d'une autre partie contractante".

⁵⁶ Comme l'affirme très justement un auteur, " L'investissement direct étranger (IDE) n'est pas seulement la source de finance la plus importante mais représente aussi un facteur clé pour le développement durable", traduction libre de " Foreign direct investment (FDI) is not only the largest source of finance for developing countries but also represents a key factor for sustainable development". I. Madalena, *Foreign direct investment and the protection of the environment: The border between national environmental regulation and expropriation*, *European Environmental Law Review* 2003, 70. Également, "La pauvreté est l'ennemie majeure de l'environnement. Sans le commerce, les pays en voie de développement auront des difficultés pour atteindre la croissance économique et de meilleurs niveaux de vie nécessaires à la promotion de l'intérêt et de la défense de l'environnement". Traduction

Tout d'abord, Le TCE, en instaurant des mesures protectrices de l'investissement, permet la réalisation d'investissements énergétiques verts, et garantie *de facto* la protection des investissements dans les secteurs des énergies renouvelables⁵⁷. Toutefois, nous n'aborderons pas d'avantage cette question qui ne fait pas l'objet de dispositions particulières dans le TCE.

L'État pour respecter ses obligations internationales et sauvegarder son patrimoine, se doit d'élaborer et de mettre en œuvre des politiques de protection de l'environnement qui pourront aller à l'encontre des investissements établis et se traduire par des mesures d'expropriation.

C'est précisément là que réside toute la difficulté. Actuellement, l'application d'une réglementation environnementale efficace est de nature à conduire à des expropriations ou des déposessions, non plus tellement de manière immédiate, comme par exemple par la sanctuarisation d'un territoire protégée, mais aussi de manière plus indirecte, par des mesures plus précises, comme l'interdiction de l'utilisation d'un produit polluant, mais conduisant tout autant à la ruine des investisseurs fabriquant ou employant ce produit. Aussi, aux yeux de ces investisseurs, ce type de réglementation

libre de "Poverty is a major enemy of the environment. Without trade, developing countries will find it difficult to achieve the economic growth and higher living standards that will generate the necessary resources to promote interest in the defence of the environment". Priyadarshini, *supra* note 17, 100. Cette opposition entre investissement et environnement reste pourtant soutenue par de nombreuses ONG, ce qui a, entre autres, empêché la naissance de l'Agence Multilatérale des Investissements.

⁵⁷ "La sécurité toujours améliorée fournie par les traités de protection de l'investissement devrait servir à augmenter de manière significative les fonds disponibles pour les projets réducteurs de gaz à effet de serre dans les pays en développement. Dans son essence, le fait d'appartenir au TCE confère à l'État d'accueil les moyens de prendre des engagements internationaux crédibles à l'égard des investissements énergétiques tout en offrant des garanties pour le changement climatique. Avec la réduction des risques que garantit le TCE aux investisseurs, le coût de l'investissement devrait diminuer permettant la réalisation un plus grand nombre d'investissements". Traduction libre de "The increased certainty afforded by investment treaty protection should serve to significantly increase the availability of funds for investment in GHG mitigation projects in the developing countries. In essence, membership in the ECT enables a host state to make a credible and internationally enforceable promise about investment incentives and guarantees with respect to climate-change promoting energy investment. With the reduced investment risk resulting from the investor protections afforded by the ECT, the cost of investment should go down allowing a greater number of investment to be made". E. Sussman, *The Energy Charter Treaty's investor protection provisions: Potential to foster solutions to global warming and promote sustainable development*, *ILSA Journal of International & Comparative Law* 2007, 402.

constitue une expropriation, déclenchant le versement d'une juste compensation⁵⁸.

Rappelons qu'en droit international, le droit pour un État de procéder des expropriations et à des nationalisations est depuis longtemps reconnu. Peu importe sa forme, la mesure d'expropriation, directe ou indirecte est avant tout caractérisée par ses effets. De manière générale, on peut dire qu'une mesure est une expropriation lorsque les effets de celle-ci conduisent à priver un propriétaire du titre de la possession ou du bénéfice économique de la propriété issue de son investissement⁵⁹.

Nous ne reviendrons pas davantage sur la notion controversée d'investissement qui fait l'objet de multiples définitions en droit du commerce international⁶⁰. Nous regretterons cependant que les Parties contractantes du TCE ne se soient entendues que sur une définition purement énumérative⁶¹. Il est en effet regrettable pour la sécurité juridique des investis-

⁵⁸ "Savoir si une réglementation va trop loin est une question de degré. Par conséquent, la question centrale est celle du critère pour tracer la ligne entre une réglementation qui est normale, non-discriminatoire et qui définirait de manière légitime, d'une part, ce que les opérateurs économiques peuvent faire, et d'autre part, lorsque la réglementation devient si exorbitante que ses effets ruinent la stabilité économique ainsi que les fonctions des droits de la propriété, et déclenche une obligation de compensation", traduction libre de "Whether regulation goes 'to far' is a question of degree. Thus, the central question is : how to draw the line between regulation that is normal, non-discriminatory and which defines with legitimacy what economic operators can do on one hand, and, on the other, when does regulation become so exorbitant that it in effect destroys the economic stability and functions of proprietary rights – and triggers the compensation obligation". T. Wälde & A. Kolo, *Environmental regulation, investment protection and 'regulatory taking' in international law*, *JCLQ* 2001, 825.

⁵⁹ Voir à ce propos, Energy Charter Secretariat, *Expropriation regime under the Energy Charter Treaty* (Bruxelles 2012).

⁶⁰ Parmi une immense littérature, évoquons cette récente contribution qui reprend avec la plus grande clarté les termes de du débat, T. W., Wälde, « *The Specific Nature of Investment Arbitration* » in Kahn Philippe et Wälde Thomas W. (sous la direction de), *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux* (Leiden 2007) p. 43-120

⁶¹ Selon l'art. I-6 du TCE, un investissement se définit comme "tout type d'avoir détenu ou contrôlé directement ou indirectement par un investisseur et comprenant:

- a) les biens matériels et immatériels, mobiliers et immobiliers, et tous droits de propriété tels que location, hypothèques, créances privilégiées et gages;
- b) une société ou entreprise commerciale ou les actions, capitaux ou toute autre forme de participation au capital dans une société ou entreprise commerciale, ainsi que les obligations, titres ou autres dettes d'une société ou d'une entreprise commerciale;
- c) les créances liquides ou les droits à prestations au titre d'un contrat à valeur économique et associé à un investissement;
- d) la propriété intellectuelle;

seurs⁶² que n'ait pas été retenue une définition plus complète, prenant en compte, par exemple, les notions de risque et de développement économique.

Pas plus d'indication n'est à rechercher du côté de la définition donnée par le TCE du terme 'investir', qui est d'une curieuse redondance, puisque, pour le TCE, investir désignerait "le fait de réaliser de nouveaux investissements, en acquérant tout ou partie des investissements existants ou en se tournant vers d'autres domaines d'activités d'investissement"⁶³.

Partant, cette définition lâche de l'investissement permet une protection extensive de l'activité économique dans le secteur de l'énergie. Hormis la vente, à peu près n'importe quelle activité serait susceptible d'être qualifiée d'investissement, et obligerait l'État dans lequel ont lieu ces activités, à ne pas les entraver sans verser une juste compensation.

Les Parties Contractantes au TCE, conscientes que le secteur de l'énergie est le secteur naturel de l'intervention de l'État, ont réaffirmé de manière on ne peut plus claire, à l'article 18, le principe de souveraineté de l'État sur ses ressources naturelles. En outre, elles ont dédié un article particulier aux expropriations, établissant une définition négative de ce qui constituerait une expropriation licite. Celle-ci, selon l'article 13, doit être "effectuée pour des motifs d'intérêts public", non-discriminatoire et "effectuée dans les garanties prévues par la loi".

Ces conditions renouent avec les solutions dégagées par l'ensemble des sentences arbitrales relatives aux mesures d'expropriation environnementale. La présente étude ne pourrait matériellement reprendre l'ensemble de ces décisions, et nous préférons nous référer aux critères établis par un spécialiste versé aux questions de droit de l'investissement et de droit de l'environnement, selon lequel

En droit international, si une mesure environnementale va trop loin, elle sera reconnue comme une expropriation et nécessitera une compensation. Une mesure environnementale ou une régulation va trop loin lorsque :

1. elle n'est pas 'proportionnée' et 'nécessaire' pour un 'but légitime' ;

e) les rendements;

f) tout droit conféré par la loi ou par contrat ou découlant de licences ou d'autorisations délivrées conformément à la loi pour l'exercice d'une activité économique dans le secteur de l'énergie".

⁶² A. Turinov, 'Investment' and 'investor' in the Energy Charter Treaty arbitration: Uncertain jurisdiction, *Journal of International Arbitration* 2009, 1-23.

⁶³ Art. 1-8.

2. elle est discriminatoire ;
3. elle n'a pas été adoptée en suivant une procédure régulière ;
4. elle compromet les attentes de l'investisseur au moment où l'investissement a été effectué, c'est-à-dire les attentes raisonnables issues du projet de l'investissement, ou
5. elle prive l'investissement ou la propriété de tout utilité économique ou impose au propriétaire un sacrifice exorbitant au bénéfice de la communauté dans son ensemble⁶⁴.

On constate, que ces cinq conditions non cumulatives, qualifiant une mesure environnementale d'expropriation, ne connaissent aucun particularisme et que au contraire, elles s'inscrivent, de manière on ne peut plus classique, dans le droit international de l'investissement. En d'autres termes, l'objectif de protection environnementale de la mesure d'expropriation n'a aucune incidence quant à l'obligation pour l'État de verser à l'investisseur exproprié une juste compensation.

Il faut dire, que comme l'a très justement relevé la doctrine,

La clé de la promotion de l'investissement est une protection contre les réglementations inattendues, et cela inclus les mesures environnementales 'piégeant' les investisseurs jusque là non suspicieux. Aussi, une réglementation environnementale parfaitement légitime peut être équivalente à une mesure d'expropriation. Bien que cette mesure puisse être justifiée, rien n'exonère le gouvernement de verser une compensation si les critères pour la qualifier de mesure d'expropriation sont remplis⁶⁵.

⁶⁴ Traduction libre de "Under international law, if a state environmental measure goes too far, it will be recognised as a taking and will require compensation. An environmental measure or regulation goes too far when :

1. it is not 'proportionate' and 'necessary' for a 'legitimate purpose' ;
2. it is discriminatory in law and in practice ;
3. it was adopted in accordance with due process of law ;
4. it interferes with the investor's expectations when the investment was made i.e., the investor's reasonable expectations that it would be effectively able to carry out the investment projet ; or

it effectively or totally renders the investment/ property without any economically beneficial use or imposes on the owner a special sacrifice in favor of the community at large". Voir Madalena, *supra* note 56, 74.

⁶⁵ Traduction libre de "The key to investment promotion is a reasonable safeguard against unexpected regulatory surprises, and this includes springing an environmental trap on a hitherto unsuspecting investor. Also, perfectly legitimate environmental regulation may be the equivalent of an expropriatory taking. While this may be justified and necessary, it does not exonerate the government from paying compensation if the conditions for a

Du fait du caractère récent de la pratique arbitrale fondée sur les dispositions du TCE, sur la trentaine de sentences rendues publiques, pas une seule, à notre connaissance n'est venue trancher un litige opposant un investisseur exproprié face à un État hôte auteur d'une réglementation environnementale. Il existe une affaire *Vattenfall c. République Fédérale d'Allemagne*⁶⁶ dans laquelle un investisseur suédois, propriétaire d'une centrale à charbon se considérait exproprié par les effets d'une nouvelle réglementation environnementale allemande⁶⁷. Ce litige fut réglé par accord transactionnel, le 11 mars 2011, mettant fin à l'instance, et ne permettant pas un Tribunal arbitral de statuer sur une telle question en application du TCE.

Aussi, nous ferons référence à des sentences arbitrales qui n'ont pas été rendues en application du TCE mais en application du traité de l'ALENA⁶⁸.

'taking' are established". T. Weiler & T. Wälde, *Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty in the light of new NAFTA Precedents : Towards a Global Code of Conduct for Economic Regulation*, *OGE* 2003, 25. On peut également affirmer que "La préoccupation principale de l'investisseur étranger n'est pas la réglementation environnementale en soi mais plutôt l'incertitude et l'effet de surprise créés par la réglementation environnementale notamment s'agissant des modifications bouleversant le régime fiscal et réglementaire dans lequel l'investissement a été établi". En effet "Aucun investisseur étranger ne se plaindra de l'existence d'une réglementation à haute teneur environnementale, avant de réaliser son investissement. Ceci s'explique car l'investisseur est en position pour apprécier le ratio risque/ retour sur investissement par rapport au régime fiscal et réglementaire de son projet, afin de prendre une décision réfléchie et engager son capital dans le pays d'accueil potentiel ou aller autre part". Traduction libre de "The major concern of the foreign investor is not with environmental regulation per se but rather it is with the uncertainty and surprise aspect of environmental regulation in particular and regulatory changes generally which upset the fiscal and regulatory regime under which the investment was made". Et "no foreign investor will complain about an existing high-level environmental regime prior to making the investment. That is because the investor is in a position to make a risk/reward assessment of the project's fiscal and regulatory regime and then take an informed decision on whether to commit his capital in the potential host country or go elsewhere". Wälde & Kolo, *supra* note 58, 819.

⁶⁶ R.P. Tscherning, *Indirect expropriation of carbon-intensive investments and the fair and equitable treatment standard in international investment arbitration: A Commentary on the pending Vattenfall v. Fed. Republic of Germany dispute*, *CAR - University of Dundee* 2011, 1-14.

⁶⁷ On peut expliquer que l'Allemagne ait transigé par crainte de voir de image de pays d'accueil des IDE se ternir, et ce d'autant plus que la compensation alléguée s'élevait à 1,4 milliards d'euros.

⁶⁸ Accord de Libre Echange Nord Américain. Voir R.R. Herran & P. Poretti, *Energy Trade and Investment under the North American Free Trade Agreement in Selivanova* (ed.), *supra* note 1, 335-371.

Nous ne voyons pas d'objection dirimante à recourir à de telles sentences pour tenter de déceler quelle serait la solution retenue par un arbitrage en application du TCE en ce que l'ALENA a servi de modèle à l'élaboration du TCE. En outre, même s'il nous paraît impropre ici de parler de jurisprudence arbitrale ou de précédents, l'ensemble des litiges illustre la pratique en la matière, et comme la doctrine la plus autorisée a pu l'évoquer, cette pratique est de nature à former un véritable code de conduite⁶⁹, une *soft law* suivie par l'ensemble des acteurs du secteur énergétique.

Comme nous l'avons évoqué plus haut, l'objectif environnemental de l'expropriation est sans effet quant au montant des pour compensations versées à l'investisseur floué. C'est ainsi qu'à travers de nombreuses sentences arbitrales⁷⁰, s'est forgée la théorie dite du 'seul effet' qui permet à l'investisseur de recevoir un dédommagement (le plus souvent conséquent) du seul effet de l'expropriation, même partielle, sans que soit pris en compte le caractère environnemental de la réglementation. A cet égard, la sentence *Santa Elena c. Costa Rica* mérite d'être citée car elle illustre de manière éloquente cette situation:

Bien qu'une expropriation ou une mesure prise pour des raisons environnementales puisse être classée dans les mesures d'intérêt général, et qu'elle soit donc légitime, le fait que la Propriété ait été expropriée pour cette raison n'affecte ni la nature ni la mesure de l'indemnisation due pour cette expropriation. En d'autres termes, le but de protection de l'environnement pour lequel la Propriété a été expropriée n'affecte pas le caractère légal de l'expropriation pour lequel une compensation adéquate doit être payée⁷¹.

⁶⁹ "Peut être émergerait-il une nouvelle version du traditionnel droit international coutumier qui incorporerait les pratiques étatiques et non étatiques aux principes des traités et du droit non issu des traités, en d'autres termes, la *soft law*", traduction libre de "Perhaps there is a new version of traditional international customary law emerging which would incorporate state and non-state practices combined with the principles of treaties and non-treaty legal or 'soft-law' standards". Weiler & Wälde, *supra* note 65, 1.

⁷⁰ *Metalclad c. Mexique*, CIRDI, affaire n°ARB (AF)/97/1; *Methanex c. États-Unis* – Tribunal CNUDCI; *S.D. Myers c. Canada* – Tribunal CNUDCI. Commentant cette série de sentence, un auteur a pu affirmer que "Sans simplification excessive, on peut retenir que, selon la pratique arbitrale récente, le critère déterminant pour savoir si une mesure équivaut à une expropriation, est l'effet de dépossession qu'elle produit sur l'investisseur. Le raisonnement d'ordre qualitatif s'appuyant sur la finalité de la mesure ne contrebalance qu'exceptionnellement le raisonnement d'ordre quantitatif s'appuyant sur son effet". Y. Nouvel, *Les mesures équivalent à une expropriation dans la pratique récente des tribunaux arbitraux*, *RGDIP* 2002, 79.

⁷¹ Sentence *Santa Elena c. Costa Rica*, CIRDI, affaire n°ATB/91/1 § 71. La traduction française est celle d'E. Gaillard, *JDI* 2001, 149-159.

Si cette pratique arbitrale s'inscrit de manière tout à fait orthodoxe dans le droit international de l'investissement en général et confère une "protection quasi-absolue des droits de l'investisseur étranger"⁷², il est permis de croire que, sous l'égide du TCE, les arbitres adopteront une approche plus équilibrée.

*B. Les possibilités de conciliation entre l'environnement
et l'investissement international sous l'égide du TCE*

Il n'est pas exagérer d'affirmer que

les arbitres ayant eu à traiter des litiges relatifs aux investissements internationaux n'ont pas été sensible à l'inquiétude grandissante de la communauté internationale concernant l'environnement, et ont adopté une approche rigide centrée autour de la propriété privée au détriment de principes environnementaux bien établis⁷³.

Une telle perspective est source d'inquiétude du point de vue de la protection de l'environnement. A suivre la doctrine du 'seul effet', sans s'in-

⁷² Selon les termes de S. Robert, La protection du pouvoir de réglementation environnementale de l'État dans le Cadre du Contentieux de l'Expropriation Indirecte. Investissement international et protection de l'Environnement, in *Conférence Biennale de la Société Européenne de Droit International* (Paris 2006) 14. Voir également, S. Robert-Cuendet, *Protection de l'environnement et investissement étranger: Les règles applicables à la dépossession du fait de la réglementation environnementale* (Thèse, Paris 2008).

⁷³ Traduction libre de : "Foreign investment arbitrators have not been sensitive with the international community's evolving environmental concerns, but have adopted a rigid property-friendly approach in the detriment of well-settled environmental principles". Madalena, *supra* note 56, 82. Egalement, "les récentes décisions Santa Elena et Metalclad démontrent que les arbitres n'ont aucune sensibilité particulière concernant la question de l'environnement. Les affaires sont peut être le signe qu'il s'agit là d'une 'question générationnelle': les problèmes environnementaux sont si récents qu'il faudra une nouvelle génération pour intégrer totalement les problèmes environnementaux aux normes bien établies qui forment la protection de l'investissement étranger. L'atteinte de l'équilibre sera permise par une meilleure compréhension des caractères particuliers des problèmes environnementaux ainsi que par un meilleur soutien des normes environnementales". Traduction libre de "The recent decisions in Santa Elena and Metalclad do not indicate any particular sensitivity of the arbitrators to environmental considerations. It may be that the cases indicate a 'generational issue': that environmental issues are so new that it will take a new generation to fully integrate environmental concerns into the better established norms of foreign investment protection. The need for and attainment of balance is premised on an understanding of the particular characteristics of environmental issues, and growing international legal support of environmental norms". P. Sands, *Arbitrating environmental disputes*, OGEI 2006, 11-12.

téresser aux objectifs légitimes de la réglementation environnementale, les arbitres font peser un très lourd poids à l'État qui devra indemniser les investisseurs polluants, afin qu'ils mettent fin à leur activité (et le plus souvent au prix fort eût égard aux sentences précitées). On arriverait à ce résultat absurde du renversement du principe du 'pollueur-payeur' pour celui du 'pollueur-payé'. Par conséquent, l'État réfléchira à deux fois avant de mettre en œuvre une politique protectrice de l'environnement, pourtant légitime et nécessaire⁷⁴. En forçant le trait, on pourrait alors constater, que des traités comme l'ALENA et le TCE, loin de permettre la protection de l'environnement, dissuaderaient les États de prendre toute mesure protectrice.

Une telle solution ne serait évidemment pas acceptable. Nous, l'avons vu, aucun tribunal arbitral n'a encore eu à se prononcer sur cette question en application du TCE. Beaucoup était d'ailleurs attendu de la décision *Vattenfall c. République Fédérale d'Allemagne*⁷⁵. Gageons que dans un prochain litige, un Tribunal arbitral, en application du TCE, prenne d'avantage en compte la protection de l'environnement et n'indemnise pas de manière systématique et intégrale l'investisseur-pollueur de sa dépossession.

Les dispositions du TCE peuvent lui permettre. En effet, s'il est vrai que les principes de protection de l'environnement de l'article 19 n'ont pas

⁷⁴ Sur ces inquiétudes, M. Yee, *The future of environnementale after article 1100 of NAFTA. A look at the Methanex and Metalcad cases*, *Hastings W-NW Journal of Environmental Law & Policy* 2002, 85-108; A.S. Weiner, *Indirect expropriations: A need for a taxonomy of 'legitimate' regulatory purposes*, *International Law Forum (Du Droit International)* 2003, 166-175; L.E. Goshall, *In the cold shadow of Metalclad: the Potential for change to Nafta's chapter eleven*, *NYU Environmental Law Journal* 2002, 264-316.

⁷⁵ "Le tribunal devrait [...] prendre en compte la proportionnalité des mesures dans son appréciation, afin d'éviter les 'solutions extrêmes' et revenir sur des décisions comme *Methanex* et la doctrine du 'seul effet'. Cela protégerait les investisseurs comme *Vattenfall* contre les mesures réglementaires disproportionnées tout en maintenu les pouvoirs légitimes de l'État d'accueil [...] Quelque soit le résultat, beaucoup est attendu de la sentence *Vattenfall*. Les investisseurs et État-hôtes, sont tous deux en quête d'éclaircissement et savoir comment les futurs litiges émergeant les réglementations environnementales sont susceptibles d'être traitées en droit international de l'investissement". Traduction libre de "The tribunal should [...] include a proportionality consideration as part of its assesment, thereby avoiding the 'extreme solutions' and polar effects of decisions such as *Methanex* and the sole effects doctrine. This would protect investors such as *Vattenfall* against disproportionate regulatory measures whilst retaining HSs' legitimate regulatory powers. [...] Much is expected of any *Vattenfall* award. Investors and HSs alike are looking for clear directions on how future issues arising from environmental and climate change mitigation measures are likely to be addressed in international investment law". Tscherning, *supra* note 66, 14.

de véritable valeur coercitive, rien en principe, n'empêcherait de conférer à cet article une valeur interprétative irradiant toutes les dispositions du TCE. Au contraire, un arbitre saisi en vertu du TCE, "devra statuer sur les questions litigieuses conformément au présent traité et aux règles et principes applicables de droit international"⁷⁶. Or, la Convention de Vienne sur le Droit des Traités de 1969, énonce, dans son article 31 consacré aux règles générales d'interprétation, que, d'une part

2. Aux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend, outre le texte, préambule et annexes inclus : a) Tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion du traité; b) Tout instrument établi par une ou plusieurs parties à l'occasion de la conclusion du traité et accepté par les autres parties en tant qu'instrument ayant rapport au traité.

Et que d'autre part

3. Il sera tenu compte, en même temps que du contexte: [...] c) De toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties.

Aussi, le fait que le Préambule du TCE rappelle

la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, la Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance, et ses protocoles, ainsi que d'autres accords internationaux en matière d'environnement comportant des aspects liés à l'énergie et reconnaisse

qu'il est de plus en plus urgent de prendre des mesures visant à protéger l'environnement, y compris des mesures concernant le déclassement des installations énergétiques et l'élimination des déchets, et d'adopter, à l'échelon international, des objectifs et des critères à ces fins,

qu'ait été, de surcroît adopté le Protocole sur l'Efficacité énergétique en application du TCE et que la plupart des Parties Contractantes au TCE soient également signataires des grands traités internationaux de protection de l'environnement, donneraient du grain à moudre aux arbitres dans leur prise en compte des intérêts environnementaux lors d'un différend relatif à une expropriation en application d'une réglementation environnementale⁷⁷.

⁷⁶ Art. 26-6 du TCE.

⁷⁷ Egalement, "Etant donné que la protection de l'environnement joue un si grand rôle dans le discours des pays développés, il est normal et inévitable que ce principe et ceux qui

Enfin, lorsqu'un arbitre, devra statuer sur un litige intéressant l'environnement en application du TCE, il se devra de prendre en compte les traités internationaux de protection de l'environnement, non seulement, comme "principes applicables du droit international", mais aussi car le TCE prévoit que ses dispositions ne pourront être interpréter de manière dérogatoire à un autre traité portant sur le même objet.⁷⁸ Ainsi, il y a des raisons d'être optimiste pour que s'établisse, sous l'égide du TCE, un meilleur équilibre entre les intérêts légitimes d'un investisseur floué et la nécessaire protection de l'environnement.

CONCLUSION

De par sa nature spécifique, l'énergie requière une harmonisation du droit de l'investissement et du droit de l'environnement⁷⁹, dont la rencontre souffre encore d'être trop conflictuelle. Ces notions n'ont pas à être antinomiques mais doivent au contraire être saisies de concert. Précisément, elles sont au sein du droit international de l'énergie, les revers d'une même nécessité, que l'épistémologie juridique a jusqu'ici largement ignorée⁸⁰.

lui sont associés (développement durable, principe de précaution) joue lui-aussi un rôle important dans l'arbitrage relatif à l'investissement – habituellement pour défendre la réglementation étatique. Ce rôle est appelé à gagner de l'importance". Traduction libre de "Given that protection of the environment plays such a large role in the discourse of developed countries, it is normal and inevitable that this principle and its associates (sustainable development ; precautionary principle) play an important role in investment arbitration – usually to defend state regulation action. This role is likely to increase". Weiler & Wälde, *supra* note 65, 25

⁷⁸ Art.16 du TCE : "Lorsque deux ou plusieurs parties contractantes ont conclu un accord international antérieur ou concluent postérieurement un accord international dont les dispositions portent dans les deux cas sur l'objet des parties III ou V du présent traité :

1) aucune disposition des parties III ou V du présent traité ne peut être interprétée comme dérogeant aux dispositions de cet autre accord ni au droit d'exiger un règlement du différend concernant ce point conformément à cet accord; et
2) aucune disposition de l'autre accord ne peut être interprétée comme dérogeant aux dispositions des parties III ou V du présent traité ni au droit d'exiger un règlement du différend concernant ce point conformément au présent traité; lorsque de telles dispositions sont plus favorables pour l'investisseur ou l'investissement".

⁷⁹ Sur cette nécessité, "Le commerce et l'investissement international ne sont et ne peuvent être des buts en soit. Ils font plutôt parti d'un système, qui pour être efficace, doit être équitable, sécurisé, soutenable et transparent". Traduction libre de "Trade and foreign investment are not and cannot be goals in themselves. Rather they are parts of a greater system, which, in order to be effective, needs also to be equitable, secure, sustainable, and transparent". Priyadarshini, *supra* note 17, 100.

⁸⁰ "Le régime de l'investissement et celui de l'environnement ne devraient être appliqués séparément. Tandis que les règles relatives à l'investissement ne devrait être utilisée

Aussi la lecture cloisonnée dont a fait l'objet chacune de ces branches du droit a conduit à des résultats excessifs dont on ne peut se satisfaire⁸¹.

Le Traité sur la Charte de l'Énergie permet ce décloisonnement et a les capacités d'œuvrer pour une appréhension globale et apaisée de l'investissement et l'environnement⁸². Il reviendrait alors à la pratique arbitrale du TCE de précipiter cet accommodement nécessaire et de contribuer ainsi à ce que notre société décide de sa *propre survie*.

pour remettre en cause les régulations environnementales prises de bonne foi, le droit international de l'environnement devrait fournir des conseils juridiques avisées pour la mise en œuvre des mesures environnementales, afin d'éviter les restrictions aux investissements étrangers via la réglementation". Traduction libre de "International investment and environmental regimes shall not be applied separately. While investment rules should not be used to challenge bona-fide environmental regulations, international environmental law should provide a sound legal basis for governmental measures, so as to avoid disguised restrictions on foreign investments via regulatory action". Madalena, *supra* note 56, 81-82.

⁸¹ Dans cette logique, "Les traités relatifs à l'environnement, reconnus comme des standards et directives environnementaux ont un rôle légitime a joué dans l'interprétation des traités de protection de l'investissement sans que la difficile question de la *lex specialis* n'ait besoin d'être posée, ces deux types de traité ont leur importance et devraient exercer une influence croisée. Toutefois, les traités environnementaux ne doivent pas être détournés et justifier des politiques protectionnistes ou justifier des comportement répréhensibles. La grande majorité, si ce n'est tous les légitimes objectifs environnementaux peuvent très bien être atteint à travers dans le cadre et le bon usage des traités modernes d'investissement". Traduction libre de "Environmental treaties – as recognised environmental standards and guidelines – therefore do play a legitimate role in the interpretation of investment treaties without that the difficult question of which treaty is *lex specialis* needs to be resolved – both treaty types matter and should influence each other. But environmental treaties should not be misused to justify protectionist policies or to justify regulatory misconduct. Most if not all legitimate environmental purposes can be achieved perfectly within the good-governance framework of modern investment treaties". Weiler & Wälde, *supra* note 65, 26.

⁸² "Avec la tension actuelle portée sur le changement climatique et la sécurisation de l'énergie, il est essentiel que s'établisse une appréhension transversale de la manière dont peut être utilisé le TCE pour forger des décisions sur la façon dont le secteur de l'énergie est développé autour du monde. L'analyse des traités de protection de l'environnement et les préoccupations causées par le changement climatique ont évolué depuis l'élaboration du TCE et des changements politiques ont eu lieu ce qui nécessiterait que soit trouvé un ajustement des provisions du TCE". Traduction libre de "With today's focus on climate change and energy security it is essential that there a thorough review of how the ECT can be utilized to shape decisions on how energy is developed around the world. Investment treaty analysis and climate change concerns have developed since the drafting of the ECT and political changes and realignments have occurred which may require some find tuning or adjustments in the ECT provisions". Sussman, *supra* note 57, 404.