

CHAMBRE DES REPRÉSENTANTS  
DE BELGIQUE

21 mars 2022

**PROPOSITION DE RÉOLUTION**

**visant à soutenir le retrait  
de l'Union européenne du Traité  
sur la charte de l'énergie**

(déposée par M. Malik Ben Achour et consorts)

---

BELGISCHE KAMER VAN  
VOLKSVERTEGENWOORDIGERS

21 maart 2022

**VOORSTEL VAN RESOLUTIE**

**betreffende de terugtrekking  
van de Europese Unie uit het Verdrag  
inzake het Energiehandvest**

(ingediend door de heer Malik Ben Achour c.s.)

---

N-VA	: Nieuw-Vlaamse Alliantie
Ecolo-Groen	: Ecologistes Confédérés pour l'organisation de luttes originales – Groen
PS	: Parti Socialiste
VB	: Vlaams Belang
MR	: Mouvement Réformateur
CD&V	: Christen-Democratisch en Vlaams
PVDA-PTB	: Partij van de Arbeid van België – Parti du Travail de Belgique
Open Vld	: Open Vlaamse liberalen en democraten
Vooruit	: Vooruit
Les Engagés	: Les Engagés
DéFI	: Démocrate Fédéraliste Indépendant
INDEP-ONAFH	: Indépendant - Onafhankelijk

Abréviations dans la numérotation des publications:		Afkorting bij de numerering van de publicaties:	
DOC 55 0000/000	Document de la 55 <sup>e</sup> législature, suivi du numéro de base et numéro de suivi	DOC 55 0000/000	Parlementair document van de 55 <sup>e</sup> zittingsperiode + basisnummer en volgnummer
QRVA	Questions et Réponses écrites	QRVA	Schriftelijke Vragen en Antwoorden
CRIV	Version provisoire du Compte Rendu Intégral	CRIV	Voorlopige versie van het Integraal Verslag
CRABV	Compte Rendu Analytique	CRABV	Beknopt Verslag
CRIV	Compte Rendu Intégral, avec, à gauche, le compte rendu intégral et, à droite, le compte rendu analytique traduit des interventions (avec les annexes)	CRIV	Integraal Verslag, met links het definitieve integraal verslag en rechts het vertaald beknopt verslag van de toezpraken (met de bijlagen)
PLEN	Séance plénière	PLEN	Plenum
COM	Réunion de commission	COM	Commissievergadering
MOT	Motions déposées en conclusion d'interpellations (papier beige)	MOT	Moties tot besluit van interpellaties (beigegekleurig papier)

## DÉVELOPPEMENTS

MESDAMES, MESSIEURS,

### I. — TRAITÉ SUR LA CHARTE DE L'ÉNERGIE (TCE): INTRODUCTION

Le Traité sur la charte de l'énergie (*Energy Charter Treaty*, ECT) est un traité multilatéral pour la coopération en matière d'énergie visant à favoriser la sécurité énergétique par l'entremise d'une plus grande ouverture du marché et de la mise en place d'une plus grande concurrence entre les acteurs du marché.

Plus précisément, ce traité vise à défendre:

— la promotion de l'accès aux marchés internationaux des matières et produits énergétiques à des conditions commerciales et, de manière générale, le développement d'un marché ouvert et concurrentiel de l'énergie;

— la protection des investissements étrangers, fondée sur un traitement aussi favorable que celui qui est accordé aux meilleures conditions d'investissement à l'échelle nationale, contre les principaux risques autres que commerciaux;

— la lutte contre les distorsions de marché et les entraves à la concurrence dans les activités économiques du secteur de l'énergie;

— la garantie de flux de transit transfrontaliers des matières et des produits énergétiques sûrs au moyen de pipelines, de réseaux ou d'autres modes de transport;

— la reconnaissance de l'importance des marchés de capitaux ouverts pour encourager les flux de capitaux destinés à financer les échanges de matières et de produits énergétiques et à investir dans les activités économiques du secteur de l'énergie;

## TOELICHTING

DAMES EN HEREN,

### I. — VERDRAG INZAKE HET ENERGIEHANDVEST: INLEIDING

Het Verdrag inzake het Energiehandvest (*Energy Charter Treaty*, ECT) is een multilateraal samenwerkingsverdrag op het gebied van energie, tot bevordering van de energiezekerheid door een grotere openstelling van de markt, alsook door de aanscherping van de concurrentie tussen de marktactoren.

De bepalingen van dit verdrag omvatten:

— het bevorderen van de toegang tot internationale markten op commerciële voorwaarden en in het algemeen het ontwikkelen van een open en concurrerende markt voor energiegrondstoffen en -producten;

— het beschermen van buitenlandse investeringen, op basis van een behandeling die niet minder gunstig is dan de beste nationale investeringsvoorwaarden, en tegen belangrijke niet-commerciële risico's;

— het streven naar een vermindering van de marktverstoringen en belemmeringen van de mededinging bij economische activiteiten in de energiesector;

— het waarborgen van betrouwbare grensoverschrijdende energiedoorvoerstromen via pijpleidingen, netwerken en andere vormen van vervoer;

— het erkennen van het belang van open kapitaalmarkten om de kapitaalstroom voor de financiering van de handel in energiegrondstoffen en -producten, en de investeringen in de economische activiteit in de energiesector te stimuleren;

— la promotion et la création de conditions stables, équitables et transparentes pour les investisseurs des autres parties en vue de la réalisation d'investissements dans la zone couverte par le traité<sup>1</sup>.

Le Traité sur la charte de l'énergie a été signé le 17 décembre 1994 par l'Union européenne, avant d'entrer en vigueur le 16 avril 1998<sup>2</sup>.

Parmi les motifs de la ratification de ce traité par l'Union européenne, nous trouvons:

— la volonté d'assurer la sécurité de son approvisionnement en énergie, considérant les risques liés à la dissolution de l'URSS en 1991;

— het aanmoedigen en creëren van stabiele, eerlijke en transparante voorwaarden voor investeerders van andere partijen om te investeren in het gebied dat onder het verdrag valt.<sup>1</sup>

Het Verdrag inzake het Energiehandvest werd op 17 december 1994 door de Europese Unie ondertekend en is in werking getreden op 16 april 1998<sup>2</sup>.

De Europese Unie heeft dit verdrag onder meer om de volgende redenen geratificeerd:

— het streven naar de waarborging van de EU-energiebevoorrading, rekening houdend met de ontbinding van de Sovjet-Unie in 1991;

<sup>1</sup> *Traité sur la charte de l'énergie et protocole*, EUR-Lex [en ligne], disponible sur: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=LEGISSUM%3A127028>>.

*Traité sur la charte de l'énergie et les textes connexes*, International Energy Charter [en ligne], disponible sur <<https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECT-fr.pdf>>.

En 2006, Andrei Konoplyanik et Thomas Wälde décrivaient le traité sur la charte de l'énergie comme suit:

“Le TCE doit être considéré comme une extension internationale des concepts économiques “ordo-libéraux” dans la dimension internationale. Il vise à renforcer l'État de droit, à la fois au niveau international dans les relations entre les États membres et les investisseurs, mais aussi au niveau national en signalant la “bonne gouvernance” dans les États membres. Il fournit de ce fait un environnement international institutionnel juridiquement plus ordonné. Cependant, le TCE ne fournit aucune méthode d'effet particulier pour contraindre les pays qui ne sont pas intéressés par le développement d'un tel État de droit et ne contraint pas ou ne peut pas contraindre les flux d'énergie entre des fournisseurs ou des consommateurs réticents. Il peut faciliter les transactions, les investissements et les flux commerciaux souhaités en garantissant un environnement juridique plus favorable – mais il ne peut pas contraindre ou orienter de telles transactions. Cette limitation essentielle du TCE – comme de tout instrument juridique national ou international – doit être comprise. Essentiellement, il facilite les investissements et les transactions, mais pas plus.” (KONOPLYANIK Andrei et WÄLDE Thomas, “Energy Charter Treaty and its Role in International Energy” in *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 2006, vol. 24, p. 532).

Notons que les produits et matières énergétiques pris en compte dans le Traité sur la charte de l'énergie sont repris à l'annexe EM du Traité. En ce qui concerne les activités économiques du secteur de l'énergie prises en considération dans le Traité, celles-ci sont associées aux « activité[s] économique[s] relative[s] à l'exploitation, à l'extraction, au raffinage, à la production, au stockage, au transport terrestre, à la transmission, à la distribution, à l'échange, à la commercialisation et à la vente de matières ou de produits énergétiques », exception faite des activités liées aux matières et produits listés à l'annexe NI, « ou relative à la diffusion de chaleur dans des locaux multiples » (Traité sur la charte de l'énergie et les textes connexes, International Energy Charter [en ligne], op. cit., p. 25, pp. 79-83).

<sup>2</sup> Initialement signé par 41 États, le traité compte aujourd'hui 51 signataires et parties contractantes. Voir à ce propos: *The Energy Charter Treaty*, International Energy Charter [en ligne], disponible sur <<https://www.energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/>>.

<sup>1</sup> Verdrag inzake het Energiehandvest en het protocol bij het Energiehandvest, zie EUR-Lex - I27028 - NL - EUR-Lex (europa.eu).

Verdrag inzake het Energiehandvest en het protocol bij het Energiehandvest, zie wetten.nl - Regeling - Verdrag inzake het Energiehandvest - BWBV0001155 (overheid.nl).

In 2006 omschreven Andrei Konoplyanik en Thomas Wälde het Verdrag inzake het Energiehandvest als volgt:

“Le TCE doit être considéré comme une extension internationale des concepts économiques “ordo-libéraux” dans la dimension internationale. Il vise à renforcer l'État de droit, à la fois au niveau international dans les relations entre les États membres et les investisseurs, mais aussi au niveau national en signalant la “bonne gouvernance” dans les États membres. Il fournit de ce fait un environnement international institutionnel juridiquement plus ordonné. Cependant, le TCE ne fournit aucune méthode d'effet particulier pour contraindre les pays qui ne sont pas intéressés par le développement d'un tel État de droit et ne contraint pas ou ne peut pas contraindre les flux d'énergie entre des fournisseurs ou des consommateurs réticents. Il peut faciliter les transactions, les investissements et les flux commerciaux souhaités en garantissant un environnement juridique plus favorable – mais il ne peut pas contraindre ou orienter de telles transactions. Cette limitation essentielle du TCE – comme de tout instrument juridique national ou international – doit être comprise. Essentiellement, il facilite les investissements et les transactions, mais pas plus.” (KONOPLYANIK Andrei et WÄLDE Thomas, *Energy Charter Treaty and its Role in International Energy*, in *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 2006, vol. 24, blz. 532). Notons que les produits et matières énergétiques pris en compte dans le Traité sur la charte de l'énergie sont repris à l'annexe EM du Traité. En ce qui concerne les activités économiques du secteur de l'énergie prises en considération dans le Traité, celles-ci sont associées aux « activité[s] économique[s] relative[s] à l'exploitation, à l'extraction, au raffinage, à la production, au stockage, au transport terrestre, à la transmission, à la distribution, à l'échange, à la commercialisation et à la vente de matières ou de produits énergétiques », exception faite des activités liées aux matières et produits listés à l'annexe NI, « ou relative à la diffusion de chaleur dans des locaux multiples » (Traité sur la charte de l'énergie et les textes connexes, International Energy Charter [en ligne], op. cit., p. 25, pp. 79-83).

<sup>2</sup> Het Verdrag, dat initieel door 41 Staten werd ondertekend, telt momenteel 51 ondertekenende en verdragsluitende partijen. Zie in dat verband: *The Energy Charter Treaty*, International Energy Charter [online], beschikbaar op: <<https://www.energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/>>.

— celle de favoriser les échanges entre les entreprises européennes dans les États anciennement inclus dans l'URSS – ceux-ci présentant d'importantes ressources énergétiques mais témoignant d'un besoin d'investissement pour assurer leur développement –, et d'améliorer la position concurrentielle de l'Europe;

— celle de développer la diversité des flux énergétiques vers les États de l'Union européenne et de nouvelles possibilités d'investissements des entreprises européennes, dans le pétrole et le gaz, notamment;

— celle de contrevenir aux tensions politiques au sein du continent européen, résidu de la période de la guerre froide;

— celle d'assurer la protection des investissements des entreprises en matière d'énergie et, plus particulièrement, ceux réalisés par des entreprises européennes dans les États anciennement inclus dans l'URSS, États dont le système judiciaire était considéré comme défaillant<sup>3</sup>.

## II. — PROBLÈMES

### 1. Le mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États (ISDS)

Afin de garantir la protection des investissements des entreprises en matière d'énergie, l'article 26 du TCE présente un mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États (*Investor-State dispute settlement*, ISDS). Ce mécanisme permet aux investisseurs d'entamer des poursuites à l'égard des États au sein d'un forum international, lequel est présidé par un tribunal d'arbitrage composé d'un membre nommé par l'investisseur, d'un autre désigné par l'État, et d'un troisième nommé d'un commun accord ou par une institution d'arbitrage international (par exemple, le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements ou la Chambre de commerce internationale). Aujourd'hui, les clauses ISDS concernent majoritairement la question des impacts des politiques publiques sur les investissements.

Au 1<sup>er</sup> décembre 2021, le Secrétariat de la Charte de l'énergie dénombrait 145 affaires concernant une plainte d'un investisseur en vertu du TCE. Les principaux motifs

<sup>3</sup> KONOPLYANIK Andrei et WÄLDE Thomas, "Energy Charter Treaty and its Role in International Energy" in *Journal of Energy & Natural Resources Law*, loc. cit, p. 525-526; ZACHARIE Arnaud, *Refonder le commerce mondial, Du libre-échange à l'échange durable*, Liberté, j'écris ton nom, 2021, pp. 71-72.

— het streven om de handel tussen de Europese ondernemingen in de vroegere Sovjetstaten te bevorderen (die landen beschikten immers over omvangrijke energiebronnen, maar hadden nood aan investeringen om die te exploiteren), alsook om de concurrentiepositie van Europa te verbeteren;

— het streven om de diversiteit van de energiestromen naar de EU-lidstaten uit te bouwen, alsook om te voorzien in nieuwe investeringsmogelijkheden voor de Europese bedrijven, meer bepaald inzake olie en gas;

— het streven om de politieke spanningen op het Europees continent – een gevolg van de Koude Oorlog – weg te werken;

— het streven om de bedrijfsinvesteringen in de energiesector te beschermen, inzonderheid de investeringen van Europese bedrijven in vroegere Sovjetstaten, waarvan het rechtssysteem als falend werd aangemerkt<sup>3</sup>.

## II. — PROBLEMEN

### 1. Mechanisme voor geschillenregeling tussen investeerders en Staten (ISDS)

Teneinde de bescherming van de investeringen van de ondernemingen in de energiesector te waarborgen, voorziet artikel 26 van het Verdrag inzake het Energiehandvest in een mechanisme voor geschillenregeling tussen investeerders en Staten (*Investor-State dispute settlement*, ISDS). Dankzij dat mechanisme kunnen investeerders een geding tegen Staten inleiden bij een internationale instantie, voorgezeten door een scheidsgerecht dat is samengesteld uit een lid dat door de investeerder wordt aangewezen, een tweede lid dat door de Staat wordt aangewezen, alsook een derde lid dat wordt aangewezen in onderlinge overeenstemming, dan wel door een internationale arbitrage-instantie (bijvoorbeeld het Internationaal Centrum voor de Regeling van Investeringsgeschillen, of de Internationale Kamer van Koophandel). Thans hebben de ISDS-clausules voornamelijk betrekking op de impact van het overheidsbeleid op de investeringen.

Tot 1 december 2021 werden volgens het secretariaat van het Energiehandvest 145 gedingen geteld die werden ingeleid krachtens het Verdrag inzake het

<sup>3</sup> KONOPLYANIK Andrei en WÄLDE Thomas, *Energy Charter Treaty and its Role in International Energy*, in *Journal of Energy & Natural Resources Law*, loc. cit, blz. 525-526; ZACHARIE Arnaud, *Refonder le commerce mondial, Du libre-échange à l'échange durable*, Liberté, j'écris ton nom, 2021, blz. 71-72.

soulevés par les plaignants relèvent, d'une part, de la violation de la norme du traitement juste et équitable (*Fair and Equitable Treatment*, FET) et, d'autre part, de l'expropriation indirecte (*Indirect Expropriation*, IE)<sup>4</sup>.

### 1.1. Le traitement juste et équitable (FET)

L'obligation d'accorder un traitement juste et équitable est une norme contenue dans des accords d'investissement qui vise à assurer, par le pays d'accueil, la protection de l'investissement direct étranger<sup>5</sup>.

En droit international, la norme FET renvoie au principe de traitement minimum en matière d'investissement, lequel garantit la mise en place par l'État d'un "environnement de confiance", caractérisé par "un comportement rationnel et cohérent reposant sur le caractère légitime et justifié de ses actions". Nous pouvons ici associer la notion d'"environnement de confiance" au respect des promesses de l'État, déterminées au moment de l'investissement, lesquelles ont pu générer des attentes dans le chef de l'investisseur.

Les promesses de l'État peuvent ici être liées aux conditions d'investissement en vigueur au moment de l'investissement, soit à la législation en vigueur. Les attentes, quant à elles, peuvent renvoyer aux attentes de l'investisseur, eu égard à cette législation.

Considérant cela, un investisseur estimant que ses attentes considérées comme légitimes ont été violées – par exemple, en raison d'un changement de législation –, eu égard aux promesses de l'État au moment

<sup>4</sup> Voir à ce propos: *List of cases*, International Energy Charter [en ligne], disponible sur <<https://www.energychartertreaty.org/cases/list-of-cases/page/13/>>.

<sup>5</sup> En ce qui concerne le Traité sur la charte de l'énergie, la signification du FET est fournie au paragraphe 1 de l'article 10: "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." (*Traité sur la charte de l'énergie et les textes connexes*, International Energy Charter [en ligne], op. cit., p. 37).

Energiehandvest. De belangrijkste door de eisende partijen aangehaalde motieven zijn eensdeels de schending van de norm inzake *Fair and Equitable Treatment*, en anderdeels de indirecte onteigening (*Indirect Expropriation*, IE)<sup>4</sup>.

### 1.1. Eerlijke en billijke behandeling (FET)

De verplichting om in een rechtvaardige en billijke behandeling te voorzien is een norm die is opgenomen in investeringsakkoorden en die ertoe strekt te waarborgen dat rechtstreekse buitenlandse investeringen door het gastland worden beschermd<sup>5</sup>.

In het internationaal recht verwijst de FET-norm naar de minimumnorm inzake behandeling op het vlak van investeringen; zulks moet waarborgen dat de Staat zorgt voor een klimaat van vertrouwen, gekenmerkt door een rationeel en coherent gedrag op basis van de rechtmatigheid en gegrondheid van diens handelingen. In dezen kan het concept "klimaat van vertrouwen" worden gelinkt aan het feit dat de Staat zijn toezeggingen in acht neemt, zoals die bij de investering werden bepaald en die bij de investeerder mogelijks verwachtingen hebben gewekt.

De toezeggingen van de Staat kunnen in dezen worden gelinkt aan de investeringsvoorwaarden zoals die golden ten tijde van de investering, zijnde de vigerende wetgeving. De verwachtingen kunnen dan weer verwijzen naar de verwachtingen van de investeerder in het licht van die wetgeving.

Gelet op het voorgaande, kan een investeerder die meent dat zijn rechtmatig geachte verwachtingen zijn geschonden (bijvoorbeeld door een wetswijziging), rekening houdend met de toezeggingen van de Staat

<sup>4</sup> Zie in dat verband: *List of cases*, International Energy Charter [online], beschikbaar op <<https://www.energychartertreaty.org/cases/list-of-cases/page/13/>>.

<sup>5</sup> Wat het Verdrag inzake het Energiehandvest betreft, wordt de FET toegelicht in artikel 10, § 1: "Elke Verdragsluitende Partij bevordert en schept overeenkomstig de bepalingen van dit Verdrag stabiele, billijke, gunstige en doorzichtige voorwaarden voor het doen van investeringen op haar grondgebied door investeerders van andere Verdragsluitende Partijen. Tot die voorwaarden behoort de verbintenis investeringen van investeerders van andere Verdragsluitende Partijen steeds eerlijk en billijk te behandelen. Dergelijke investeringen genieten voorts duurzame bescherming en zekerheid en de Verdragsluitende Partijen doen niet met onredelijke of discriminerende maatregelen afbreuk aan het beheer, de instandhouding, het gebruik en het genot ervan en de beschikking erover. In geen geval mogen deze investeringen minder gunstig worden behandeld dan het internationale recht, met inbegrip van in het kader van verdragen aangegane verplichtingen, vereist. Elke Verdragsluitende Partij moet verplichtingen die zij is aangegaan ten aanzien van investeerders of met betrekking tot investeringen door investeerders van een andere Verdragsluitende Partij nakomen." (zie [https://wetten.overheid.nl/BWBV0001155/2010-01-21#Verdrag\\_2](https://wetten.overheid.nl/BWBV0001155/2010-01-21#Verdrag_2)).

de l'investissement, est susceptible d'invoquer une violation de la norme de traitement juste et équitable et de réclamer une compensation de l'impact de cette violation sur les revenus attendus de l'investissement.

Soulignons ici deux éléments fondamentaux de cet environnement de confiance: la transparence de l'action de l'État et la stabilité de l'environnement juridique de l'investissement. Le premier renvoie à l'obligation de l'État de garantir à l'investisseur la possibilité de connaître le régime juridique qui lui est applicable; le second, aux exigences de l'investisseur au regard de la stabilité accordée par l'État en matière d'investissement: "les États hôtes ne doivent pas pouvoir révoquer arbitrairement des décisions ou des permis accordés et sur lesquels l'investisseur comptait"<sup>6</sup>.

### 1.2. L'expropriation indirecte (IE)

Le paragraphe premier de l'article 13 du Traité sur la charte de l'énergie stipule qu'il est interdit à une partie contractante de nationaliser, d'exproprier, ou de soumettre les investissements d'un investisseur d'une partie contractante "à une ou plusieurs mesures ayant des effets équivalents à une nationalisation ou à une expropriation"<sup>7</sup>. L'expropriation directe renvoyant à l'acte par le biais duquel un État enlève la propriété d'un investissement d'une personne pour se l'approprier ou le rétrocéder à une personne tierce, et l'expropriation indirecte à une mesure de l'État, prise en conformité avec la législation en matière d'activité économique en vigueur sur son territoire, dont les effets sont similaires à ceux de la dépossession, de la nationalisation ou de

ten tijde van de investering, aanvoeren dat de *Fair and Equitable Treatment*-norm werd geschonden, alsook een schadevergoeding eisen voor de impact van die schending op de verwachte *return on investment*.

Inzake dat "klimaat van vertrouwen" zijn twee elementen van fundamenteel belang, namelijk de transparantie van het optreden van de Staat en de stabiliteit van de juridische context waarin de investering wordt gedaan. Het eerste element verwijst naar de verplichting van de Staat te waarborgen dat de investeerder kan achterhalen welk rechtsstelsel op hem van toepassing is, terwijl het tweede betrekking heeft op de eisen van de investeerder ten aanzien van de investeringsstabiliteit die de Staat moet bieden. De gaststaten mogen niet over de mogelijkheid beschikken om willekeurig beslissingen te herroepen dan wel willekeurig vergunningen in te trekken waarop de investeerder had gerekend.<sup>6</sup>

### 1.2. Indirecte onteigening

Op grond van art. 13, § 1, van het Verdrag inzake het Energiehandvest is het een verdragsluitende partij verboden de investeringen van een investeerder van een verdragsluitende partij te nationaliseren, te onteigenen of te onderwerpen "aan maatregelen met een soortgelijk effect als nationalisatie of onteigening"<sup>7</sup>. Directe onteigening is de handeling waarmee een Staat iemand de eigendom van een investering ontnemt, om zich die toe te eigenen dan wel om die terug te geven aan een derde; indirecte onteigening is een overheidsmaatregel die wordt genomen in overeenstemming met de op het grondgebied van de betrokken Staat vigerende wetgeving inzake economische activiteiten, waarvan de gevolgen gelijkaardig zijn als die van bezitsontneming,

<sup>6</sup> CAZALA Julien, "La protection des attentes légitimes de l'investisseur dans l'arbitrage international" in *Revue internationale de droit économique*, vol. 23, 2009, pp. 5-32.

FORES BITOMOL Jeanne-Yolande, *Le traitement juste et équitable en matière d'investissement*, CEI International Affairs - Colección trabajos de investigación del máster en diplomacia y función pública internacional [en ligne], 2016, disponible sur <[http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/105359/1/TFM\\_Jeanne\\_Fores.pdf](http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/105359/1/TFM_Jeanne_Fores.pdf)>; *La norme du traitement juste et équitable dans le droit international des investissements*, Éditions OCDE [en ligne], 2004, disponible sur <[https://www.oecd.org/fr/investissement/politiques-investissement/FR%20WP-2004\\_3.pdf](https://www.oecd.org/fr/investissement/politiques-investissement/FR%20WP-2004_3.pdf)>; WINTGENS Sophie, *Traité sur la Charte de l'énergie. Nos États en danger!*, CNCD 11.11.11 [en ligne], 2020, disponible sur <<https://www.cncd.be/traite-charte-energie-etats-danger-cas-italie-espagne-bosnie#:~:text=Le%20Trait%C3%A9%20sur%20la%20Charte,et%20de%20la%20Bosnie%2DHerz%C3%A9govine.>>.

<sup>7</sup> Notons que l'expropriation est autorisée lors que celle-ci: a) est effectuée pour des motifs d'intérêt public; b) n'est pas discriminatoire; c) est effectuée avec les garanties prévues par la loi; et d) est accompagnée du prompt versement d'une compensation adéquate et effective." (*Traité sur la charte de l'énergie et les textes connexes*, International Energy Charter [en ligne], op. cit., p. 41).

<sup>6</sup> CAZALA Julien, *La protection des attentes légitimes de l'investisseur dans l'arbitrage international*, in *Revue internationale de droit économique*, vol. 23, 2009, blz. 5-32.

FORES BITOMOL Jeanne-Yolande, *Le traitement juste et équitable en matière d'investissement*, CEI International Affairs - Colección trabajos de investigación del máster en diplomacia y función pública internacional [online], 2016, beschikbaar op <[http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/105359/1/TFM\\_Jeanne\\_Fores.pdf](http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/105359/1/TFM_Jeanne_Fores.pdf)>; *La norme du traitement juste et équitable dans le droit international des investissements*, Éditions OCDE [online], 2004, beschikbaar op <[https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004\\_3.pdf](https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004_3.pdf)>; WINTGENS Sophie, *Traité sur la Charte de l'énergie. Nos États en danger!*, CNCD 11.11.11 [online], 2020, beschikbaar op <<https://www.cncd.be/traite-charte-energie-etats-danger-cas-italie-espagne-bosnie#:~:text=Le%20Trait%C3%A9%20sur%20la%20Charte,et%20de%20la%20Bosnie%2DHerz%C3%A9govine.>>.

<sup>7</sup> Onteigening is echter wel toegestaan wanneer die: a) geschiedt in het algemeen belang; b) niet discriminerend is; c) geschiedt met inachtneming van een behoorlijke rechtsgang; en d) gepaard gaat met de betaling van prompte, adequate en doeltreffende compensatie." (Verdrag inzake het Energiehandvest, artikel 13, online beschikbaar op [https://wetten.overheid.nl/BWBV0001155/2010-01-21#Verdrag\\_2](https://wetten.overheid.nl/BWBV0001155/2010-01-21#Verdrag_2)).

l'expropriation, nous pouvons donc considérer que le TCE fournit une protection quant à l'expropriation tant directe qu'indirecte<sup>8</sup>.

## 2. Exemples de recours au mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États

### 2.1. Espagne

En 2007, le gouvernement espagnol a pris plusieurs initiatives visant à stimuler les investissements dans les énergies renouvelables et à atteindre l'objectif européen de 20 % d'énergie renouvelable en 2020, notamment en mettant en place des tarifs d'achats (*Feed-in tariff* – FIT) attractifs. Cela permet d'augmenter de manière significative les investissements dans les technologies exploitant l'énergie solaire. Cependant, en raison de la crise financière de 2008, le gouvernement a diminué le montant des FIT's en 2010. En réaction à cela, de nombreux investisseurs étrangers se sont tournés vers le Traité sur la charte de l'énergie et ont eu recours à l'ISDS.

Un certain nombre de ces investisseurs n'étaient pas des sociétés actives dans le domaine de l'énergie, mais des fonds de capital-investissement. Par ailleurs, plusieurs entreprises ayant eu recours à ce mécanisme ont investi en Espagne lors de la crise économique alors que des changements avaient déjà été apportés aux tarifs d'achats; cela suggérant que certains investisseurs considèrent l'ISDS "non seulement comme une police d'assurance, mais aussi comme une source supplémentaire de profit"<sup>9</sup>.

Plus d'une cinquantaine d'affaires d'arbitrage ont été engagées entre 2011 et 2020, les premières concernant la norme de traitement juste et équitable. Sur cette période, l'État espagnol a perdu une douzaine de procès et a

nationalisering of onteigening. Derhalve mag ervan worden uitgegaan dat het Verdrag inzake het Energiehandvest zowel tegen directe als tegen indirecte onteigening bescherming biedt<sup>8</sup>.

## 2. Voorbeelden van de aanwending van het mechanisme voor geschillenregeling tussen investeerders en Staten

### 2.1. Spanje

In 2007 heeft de Spaanse regering een aantal initiatieven genomen om de investeringen in hernieuwbare energie te stimuleren en de Europese doelstelling van 20 % hernieuwbare energie in 2020 te halen, meer bepaald door aantrekkelijke aankoopstarieven (*Feed-in tariff* – FIT) in te stellen. Aldus konden de investeringen in technologie voor het gebruik van zonne-energie fors worden opgedreven. Door de financiële crisis van 2008 heeft de regering in 2010 het bedrag van de FIT's evenwel verlaagd. Als reactie daarop hebben heel wat investeerders het Verdrag inzake het Energiehandvest aangegrepen om een beroep te doen op het ISDS (*Investor-State Dispute Settlement*).

Een aantal van die investeerders waren geen bedrijven uit de energiesector, maar kapitaalinvesteringsfondsen. Voorts hebben meerdere ondernemingen gebruik gemaakt van die regeling hoewel zij in Spanje hadden geïnvesteerd tijdens de economische crisis, nadat de aankoopstarieven al waren aangepast; zulks wijst erop dat sommige investeerders het ISDS niet louter beschouwen als een verzekeringspolis, maar ook als een bijkomende bron van winst<sup>9</sup>.

Van 2011 tot 2020 werden ruim vijftig arbitragezaken opgestart, waarvan de eerste betrekking hadden op de norm inzake rechtvaardige en billijke behandeling. De Spaanse Staat heeft in die periode heeft een

<sup>8</sup> NIKIEMA Suzy H., *L'expropriation indirecte en droit international des investissements*, Graduate Institute Publications, Genève, 2012, pp. 1-12.

WINTGENS Sophie, *Traité sur la Charte de l'énergie. Nos États en danger!*, CNCD 11.11.11 [en ligne], *op. cit.*

<sup>9</sup> TIENHAARA Kyla et DOWNIE Christian, "Risky Business? The Energy Charter Treaty, Renewable Energy, and Investor-State Disputes", *Global Governance*, 2018, vol. 24, p. 458. Voir également: *Les intox du Traité sur la charte de l'énergie, Un guide pour citoyens, militants, journalistes et décideurs politiques*, PowerShift, Corporate Europe Observatory et Transnational Institute [en ligne], 2021, disponible sur <<https://corporateeurope.org/sites/default/files/2021-02/Les%20Intox%20du%20traite%CC%81%20sur%20la%20charte%20de%20l%27energie.pdf>>, p. 23.

<sup>8</sup> NIKIEMA Suzy H., *L'expropriation indirecte en droit international des investissements*, Graduate Institute Publications, Genève, 2012, blz. 1-12.

WINTGENS Sophie, *Traité sur la Charte de l'énergie. Nos États en danger!*, CNCD 11.11.11 [online], *op. cit.*

<sup>9</sup> TIENHAARA Kyla en DOWNIE Christian, *Risky Business? The Energy Charter Treaty, Renewable Energy, and Investor-State Disputes*, *Global Governance*, 2018, vol. 24, blz. 458. Zie ook: *Busting the myths around the Energy Charter Treaty – A guide for concerned citizens, activists, journalists and policymakers*, PowerShift, Corporate Europe Observatory & Transnational Institute [online], 2021, beschikbaar op <https://corporateeurope.org/sites/default/files/2020-12/Busting%20the%20myths%20around%20the%20Energy%20Charter%20Treaty-medium.pdf>, blz. 22.



été condamné à verser plus de 800 millions d'euros de dommages et intérêts<sup>10</sup>.

## 2.2. Italie

En 2017, l'entreprise d'exploration et de production de pétrole et de gaz Rockhopper a entamé une procédure d'arbitrage concernant un litige entre l'entreprise et l'État italien portant sur le non-octroi du projet de forage pétrolier en mer Adriatique "Ombrina Mare" et, plus précisément, du projet de l'installation d'une plate-forme pétrolière à sept kilomètres des côtes des Abruzzes.

Conçu durant les années 2000, ce projet a été pris en charge par Rockhopper en 2014 à la suite de son acquisition de la société Mediterranean Oil & Gas. La plate-forme pétrolière devait contenir des puits, des pipelines sous-marins et une raffinerie flottante de 350 mètres de long, laquelle devait permettre la désulfuration du pétrole brut.

En mai 2015, environ 60 000 citoyens ont exprimé leur opposition à la construction du projet "Ombrina Mare", la mobilisation contre ce projet ayant débuté en 2008 avec l'autorisation d'installer une première plate-forme exploratoire accordée à Mediterranean Oil & Gas. Parmi les motifs d'opposition évoqués, nous retrouvons le risque de fuites de pétrole et les impacts sur l'environnement.

En décembre 2015, le parlement italien a adopté des amendements à la loi de stabilité (loi 208/2015) promulguant notamment l'obligation d'organiser un moratoire pour tout projet d'installer de nouvelles exploitations pétrolières situées à moins de 18 kilomètres des côtes italiennes, ce qui eut pour effet de rendre le projet Ombrina Mare illégal et d'invalider l'octroi du permis qui lui a été accordé. La demande de concession de production de Rockhopper pour ce projet a été rejetée en février 2016.

En mars 2017, Rockhopper annonce avoir entamé une procédure d'arbitrage international contre la République d'Italie, en vertu de la clause ISDS du Traité sur la charte de l'énergie, concernant le projet Ombrina Mare. Le communiqué de l'entreprise mentionnait "des violations du TCE par la République italienne" et précisait que "des dommages-intérêts seraient demandés sur la base du manque à gagner" – l'entreprise s'estimant victime

<sup>10</sup> MONFORTE Carmen, "España pierde su undécimo arbitraje por el recorte de las renovables" in *El País Economía, CincoDías* [en ligne], 11.09 2019, disponible sur <[https://cincodias.elpais.com/cincodias/2019/09/10/companias/1568133422\\_233643.html](https://cincodias.elpais.com/cincodias/2019/09/10/companias/1568133422_233643.html)>; WINTGENS Sophie, *Traité sur la Charte de l'énergie. Nos États en danger!*, CNCD 11.11.11 [en ligne], op. cit.

twaaftal processen verloren en werd daarbij veroordeeld tot het betalen van meer dan 800 miljoen euro aan schadevergoedingen<sup>10</sup>.

## 2.2. Italië

In 2017 heeft Rockhopper, een bedrijf dat olie en gas ontgint en verwerkt, een arbitrageprocedure opgestart betreffende een geschil tussen de onderneming en de Italiaanse Staat, aangaande het niet-toekennen van een olieboorproject in de Adriatische Zee, genaamd "Ombrina Mare", dat meer bepaald zou bestaan in de plaatsing van een olieboorplatform op zeven kilometer van de kust van de Abruzzes.

Dat project was opgevat in de jaren 2000 en kwam in 2014 bij Rockhopper terecht omdat die onderneming het bedrijf Mediterranean Oil & Gas had gekocht. Het olieplatform zou bestaan uit boorputten, onderzeese pijpleidingen, alsook uit een drijvende raffinaderij van 350 m lang, waarmee de ruwe olie zou worden ontzwaveld.

In mei 2015 hebben ongeveer 60 000 burgers aangegeven dat ze gekant waren tegen de uitrol van het Ombrina-Mare-project; het verzet tegen dat project was van start gegaan in 2008, toen Mediterranean Oil & Gas een vergunning kreeg om een eerste platform voor proefboringen te installeren. Als redenen voor het verzet werden onder meer het risico op olie lekken en de gevolgen voor het milieu aangevoerd.

In december 2015 heeft het Italiaanse Parlement amendementen op de "stabiliteitswet" (wet 208/2015) aangenomen, op grond waarvan een moratorium moest worden ingesteld op alle nieuwe oliewinningsprojecten op minder dan 18 kilometer van de Italiaanse kust; daardoor werd het Ombrina-Mare-project illegaal en verviel de eraan toegekende vergunning. De door Rockhopper aangevraagde productieconcessie voor dat project werd verworpen in februari 2016.

In maart 2017 heeft Rockhopper aangekondigd inzake het Ombrina-Mare-project een internationale arbitrageprocedure tegen de Italiaanse Republiek op te starten, krachtens de ISDS-bepaling van het Verdrag inzake het Energiehandvest. In de persmededeling van het bedrijf werd gewag gemaakt van schendingen van dat verdrag door de Italiaanse Republiek en werd aangegeven dat schadevergoeding zou worden geëist

<sup>10</sup> MONFORTE Carmen, *España pierde su undécimo arbitraje por el recorte de las renovables*, in *El País Economía, CincoDías* [online], 11 september 2019, beschikbaar op [https://cincodias.elpais.com/cincodias/2019/09/10/companias/1568133422\\_233643.html](https://cincodias.elpais.com/cincodias/2019/09/10/companias/1568133422_233643.html); WINTGENS Sophie, *Traité sur la Charte de l'énergie. Nos États en danger!*, CNCD 11.11.11 [online], op. cit.

d'expropriation indirecte. Le CEO de Rockhopper indiquait en septembre 2017 la volonté de l'entreprise, non seulement de demander réparation pour la somme déboursée jusqu'alors pour le projet Ombrina Mare, soit entre 40 et 50 millions de dollars, mais également de récupérer entre 200 et 300 millions de dollars pour compenser les bénéfices espérés de ce projet d'exploitation pétrolière.

Relevons ici que, bien que l'Italie se soit retirée du TCE en janvier 2016, soit avant l'initiative prise par Rockhopper, cette initiative pouvait être légitimement entamée en vertu de la clause dite "de survie" du traité, laquelle permet à une entreprise de d'entamer encore une procédure d'arbitrage international pendant une période de vingt ans à compter du moment où le retrait de la partie prend effet<sup>11</sup>.

### 2.3. Pays-Bas

En décembre 2019, une loi a été promulguée aux Pays-Bas, laquelle prévoit l'interdiction de la production d'électricité par des centrales au charbon d'ici à 2030 – cette mesure découlant des engagements du gouvernement néerlandais en matière de réduction des émissions de CO<sub>2</sub> et de lutte contre le changement climatique.

Plus précisément, la loi néerlandaise prévoit que:

— à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2020, sont interdites les centrales au charbon témoignant d'une efficacité inférieure à 44 %, dans laquelle aucune électricité renouvelable n'est produite au moyen de la biomasse et dans laquelle aucune chaleur renouvelable n'est produite;

— à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2025, sont interdites les centrales au charbon témoignant d'une efficacité inférieure

<sup>11</sup> *Ibid.* Voir aussi CERNISON Matteo, *The No Ombrina/No Triv protests in Abruzzo: organisational models and scales of action*, Cosmos, Scuola normale superiore, 2016; *Commencement of international arbitration*, Rockhopper Exploration PLC [en ligne], 2017, disponible sur <<https://rockhopperexploration.co.uk/2017/03/commencement-international-arbitration/>>; *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2016)*, (208/2015); *Rockhopper Exploration CEO Sam Moody Presents to investors at the Oil Capital Conference*, Proactive Investors [en ligne], 11 septembre 2017, disponible sur <<https://www.proactiveinvestors.co.uk/companies/news/308061/rockhopper-exploration-ceo-sam-moody-presents-to-investors-at-the-oil-capital-conference-8061.html>>; *Rockhopper contre l'Italie. Le pétrole sale, pourfendeur de lois anti-énergies fossiles, Rockhopper contre l'Italie*, Red Carpet Courts [en ligne], disponible sur <[https://10isdsstories.org/cases/case9-fr/#\\_edn1](https://10isdsstories.org/cases/case9-fr/#_edn1)>.

voor de gedeerde winst, aangezien de onderneming het slachtoffer meende te zijn van indirecte onteigening. De ceo van Rockhopper gaf in september 2017 aan dat de onderneming niet alleen een schadevergoeding zou vragen voor het tot dan toe aan het Ombrina-Mare-project gependende bedrag (40 tot 50 miljoen dollar), maar bovendien ook een bedrag van 200 tot 300 miljoen dollar zou vorderen, ter compensatie van de verhoopte winst uit dat oliewinningsproject.

In dat verband moet worden opgemerkt dat Italië zich weliswaar in januari 2016 uit het Verdrag inzake het Energiehandvest heeft teruggetrokken, dus vóór het initiatief van Rockhopper, maar dat die procedure niettemin rechtmatig kon worden ingeleid op grond van de "horizonclausule" van het verdrag, die bepaalt dat een onderneming alsnog een internationale arbitrageprocedure kan opstarten gedurende een termijn van twintig jaar nadat de terugtrekking van de verdragsluitende partij in werking is getreden<sup>11</sup>.

### 2.3. Nederland

In december 2019 werd in Nederland een wet uitgevaardigd die bepaalde dat tegen 2030 niet langer elektriciteit met steenkoolcentrales mag worden opgewekt. Die maatregel vloeide voort uit de toezeggingen van de Nederlandse regering met het oog op de vermindering van de CO<sub>2</sub>-uitstoot en het tegengaan van de klimaatverandering.

Die Nederlandse wet behelst meer bepaald het volgende:

— vanaf 1 januari 2020 geldt een verbod op steenkoolcentrales met een rendement van minder dan 44 %, wanneer die centrales geen hernieuwbare elektriciteit op basis van biomassa opwekken en evenmin hernieuwbare warmte produceren;

— vanaf 1 januari 2025 geldt een verbod op steenkoolcentrales met een rendement van minder dan 44 %,

<sup>11</sup> *Ibid.* Zie ook CERNISON Matteo, *The No Ombrina/No Triv protests in Abruzzo: organisational models and scales of action*, Cosmos, Scuola normale superiore, 2016; *Commencement of international arbitration*, Rockhopper Exploration PLC [online], 2017, beschikbaar op <https://rockhopperexploration.co.uk/2017/03/commencement-international-arbitration/>; *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2016)*, (208/2015); *Rockhopper Exploration CEO Sam Moody Presents to investors at the Oil Capital Conference*, Proactive Investors [online], 11 september 2017, beschikbaar op <https://www.proactiveinvestors.co.uk/companies/news/308061/rockhopper-exploration-ceo-sam-moody-presents-to-investors-at-the-oil-capital-conference-8061.html>; *Dirty oil attacks action on fossil fuels: Rockhopper vs Italy*, Red Carpet Courts [online], beschikbaar op <https://10isdsstories.org/cases/case9/>.

à 44 %, dans laquelle aucune électricité renouvelable ne peut être produite au moyen de la biomasse et dans laquelle de la chaleur renouvelable peut être produite;

— à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2030, sont interdites l'ensemble des centrales au charbon.

Parmi les cinq centrales concernées par ces interdictions, deux appartiennent à la société allemande RWE (une devant être fermée d'ici 2025, une autre d'ici 2030) et une à l'entreprise Uniper (fermeture prévue d'ici 2025), allemande elle aussi.

En février 2021, RWE a entamé une procédure d'arbitrage international, en vertu du TCE, à l'encontre de l'État néerlandais eu égard à la fermeture de ses centrales. L'entreprise a indiqué qu'«aucune indemnisation n'est prévue [par l'État] pour les perturbations qui en résultent pour les biens des entreprises concernées», que l'une de ses centrales a été construite en 2015 à la demande du gouvernement et que «RWE a investi plus de 3 milliards d'euros dans l'usine». Le dédommagement réclamé par la société est estimé à plus de 1 milliard d'euros.

En avril 2021, Uniper a également lancé une procédure d'arbitrage international en vertu de la clause ISDS du Traité sur la charte de l'énergie. Les représentants de l'entreprise ont fait valoir que l'une de ses centrales devant être fermée en 2030 a été mise en marche en 2016 et que cette fermeture ne fait pas l'objet de compensations

wanneer die centrales geen hernieuwbare elektriciteit op basis van biomassa kunnen opwekken, maar wel hernieuwbare warmte kunnen produceren;

— vanaf 1 januari 2030 worden alle steenkoolcentrales verboden.

Van de vijf centrales die onder die verbodsbepalingen vallen, behoren er twee toe aan het Duitse bedrijf RWE (één die zou moeten sluiten tegen 2025 en een andere die zou moeten sluiten tegen 2030); een andere, tegen 2025 te sluiten centrale is eigendom van het eveneens Duitse bedrijf Uniper.

In februari 2021 heeft RWE krachtens het Verdrag inzake het Energiehandvest een internationale arbitrageprocedure opgestart tegen de Nederlandse Staat, wegens de opgelegde sluiting van die centrales. De onderneming heeft aangegeven dat de Nederlandse overheid geen vergoeding zou uitkeren ter compensatie van de negatieve gevolgen die de maatregelen zouden hebben voor het bezit van de betrokken bedrijven, dat één van zijn centrales in 2015 op verzoek van de regering was gebouwd en dat RWE meer dan drie miljard euro in die fabriek heeft geïnvesteerd. De door de onderneming geëiste schadevergoeding wordt op meer dan 1 miljard euro geraamd.

In april 2021 heeft ook Uniper een internationale arbitrageprocedure opgestart krachtens de ISDS-bepaling van het Verdrag inzake het Energiehandvest. De vertegenwoordigers van het bedrijf stelden dat één van hun in 2030 te sluiten centrales in 2016 in werking was gesteld en dat de Nederlandse overheid geen compensatie zou

provenant de l'État néerlandais. La somme réclamée par l'entreprise est ici de 1,4 milliard d'euros<sup>12</sup>.

#### 2.4. *Éléments problématiques*

Ces exemples fournissent un aperçu des très nombreuses procédures d'arbitrage international investisseur/État engagées en vertu du Traité sur la charte de l'énergie. Relevons ici que le TCE est le traité le plus utilisé à l'échelle mondiale par les investisseurs pour ce qui est des demandes d'arbitrage d'investissement<sup>13</sup>. Ces exemples nous montrent notamment que:

— le TCE est considéré comme une police d'assurance par certains investisseurs ainsi que comme une source supplémentaire de profit;

— les sommes réclamées par les investisseurs dans le cadre de procédures d'arbitrage international sont très importantes. À ce propos, précisons que les indemnités accordées par les tribunaux d'arbitrage internationaux semblent être en constante augmentation ces dernières années et atteindre, dans certains cas notables, des chiffres de plusieurs milliards. Précisons également qu'il s'agit parfois de sommes réclamées en vue d'augmenter le montant finalement octroyé, ou réclamées sur la base non pas seulement des montants investis, mais

geven voor die sluiting. In deze zaak bedroeg de door het bedrijf geëiste schadevergoeding 1,4 miljard euro<sup>12</sup>.

#### 2.4. *Problematische aspecten*

Deze voorbeelden bieden een overzicht van de zeer talrijke internationale-arbitrageprocedures tussen investeerders en Staten die krachtens het Verdrag inzake het Energiehandvest werden aangespannen. In dezen moet worden opgemerkt dat dit verdrag wereldwijd het vaakst door investeerders wordt aangegrepen om een arbitrage in het kader van een investering aan te vragen<sup>13</sup>. Uit die voorbeelden blijkt meer bepaald het volgende:

— sommige investeerders beschouwen het Verdrag inzake het Energiehandvest als een verzekeringspolis en als een bijkomende bron van winst;

— in het kader van de internationale arbitrageprocedures eisen de investeerders enorme bedragen. In dat verband moet worden verduidelijkt dat de door de internationale-arbitragerechtbanken toegekende vergoedingen de afgelopen jaren voortdurend lijken te stijgen en in enkele opmerkelijke gevallen tot meerdere miljarden euro bedragen. In dezen wordt tevens opgemerkt dat deze bedragen soms worden geëist met het oog op een verhoging van het uiteindelijk toegekende bedrag, of die niet alleen worden geëist op basis van

<sup>12</sup> Wet van 11 december 2019, houdende Regels voor het produceren van elektriciteit met behulp van kolen (Wet verbod op kolen bij elektriciteitsproductie), (493/2019).

Voir, à la sujet, PUTTER Stan, *The Netherlands Coal Phase-Out and the Resulting (RWE and Uniper) ICSID Arbitrations*, Kluwer Arbitration Blog [en ligne], 2021, disponible sur <arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/08/24/the-netherlands-coal-phase-out-and-the-resulting-rwe-and-uniper-icsid-arbitrations/>; RWE expressly supports Dutch CO2 reduction target, RWE [en ligne], 2021, disponible sur <https://www.rwe.com/en/press/rwe-generation/2021-02-11-rwe-expressly-supports-dutch-co2-reduction-targets/>; Uniper seeks judgement for the future of Maasvlakte, Uniper [en ligne], 2021, disponible sur <https://www.uniper.energy/news/uniper-seeks-judgement-for-the-future-of-maasvlakte/>; TAYLOR Kira, *L'Allemand RWE utilise le traité sur la Charte de l'énergie pour contester l'élimination progressive du charbon aux Pays-Bas*, Euractiv [en ligne], 2021, disponible sur <https://www.euractiv.com/section/energy/news/germanys-rwe-uses-energy-charter-treaty-to-challenge-dutch-coal-phase-out/>; TAYLOR Kira, *Le traité sur la Charte de l'énergie frappe à nouveau alors qu'Uniper poursuit les Pays-Bas pour l'élimination du charbon*, Euractiv [en ligne], 2021, disponible sur <https://www.euractiv.com/section/energy/news/energy-charter-treaty-strikes-again-as-uniper-sues-netherlands-over-coal-phase-out/>; ZACHARIE Arnaud, *Mettre le Traité sur la charte de l'énergie hors d'état de nuire*, CNCD 11.11.11 [en ligne], 2021, disponible sur <https://www.cncd.be/arnaud-zacharie-mettre-traite-charte-energie-hors-etat-nuire>.

<sup>13</sup> *Les intox du Traité sur la charte de l'énergie, Un guide pour citoyens, militants, journalistes et décideurs politiques*, PowerShift, Corporate Europe Observatory et Transnational Institute [en ligne], op. cit., p. 33.

<sup>12</sup> Wet van 11 december 2019, houdende regels voor het produceren van elektriciteit met behulp van kolen (Wet verbod op kolen bij elektriciteitsproductie), (493/2019).

Zie in dat verband: PUTTER Stan, *The Netherlands Coal Phase-Out and the Resulting (RWE and Uniper) ICSID Arbitrations*, Kluwer Arbitration Blog [online], 2021, beschikbaar op arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/08/24/the-netherlands-coal-phase-out-and-the-resulting-rwe-and-uniper-icsid-arbitrations/; RWE expressly supports Dutch CO2 reduction target, RWE [online], 2021, beschikbaar op https://www.rwe.com/en/press/rwe-generation/2021-02-11-rwe-expressly-supports-dutch-co2-reduction-targets/; Uniper seeks judgement for the future of Maasvlakte, Uniper [online], 2021, beschikbaar op https://www.uniper.energy/news/uniper-seeks-judgement-for-the-future-of-maasvlakte/; TAYLOR Kira, *Germany's RWE uses Energy Charter Treaty to challenge Dutch coal phase-out*, Euractiv [online], 2021, beschikbaar op https://www.euractiv.com/section/energy/news/germanys-rwe-uses-energy-charter-treaty-to-challenge-dutch-coal-phase-out/; TAYLOR Kira, *Energy Charter Treaty strikes again as Uniper sues Netherlands over coal phase-out*, Euractiv [online], 2021, beschikbaar op https://www.euractiv.com/section/energy/news/energy-charter-treaty-strikes-again-as-uniper-sues-netherlands-over-coal-phase-out/; ZACHARIE Arnaud, *Mettre le Traité sur la charte de l'énergie hors d'état de nuire*, CNCD 11.11.11 [online], 2021, beschikbaar op https://www.cncd.be/arnaud-zacharie-mettre-traite-charte-energie-hors-etat-nuire.

<sup>13</sup> *Busting the myths around the Energy Charter Treaty – A guide for concerned citizens, activists, journalists and policymakers*, PowerShift, Corporate Europe Observatory & Transnational Institute [online], op. cit., blz. 33.

également des bénéfiques hypothétiques qu'auraient pu générer ces investissements<sup>14</sup>;

— les sommes devant être versées par les États en raison de décisions des tribunaux internationaux sont également très importantes. Soulignons que depuis la création du traité jusqu'à l'année 2021, les États ont été condamnés à verser plus de 52 milliards de dollars en dommage et intérêts – ce qui représente un montant supérieur à celui estimé par l'Agence internationale de l'énergie pour garantir l'accessibilité de l'énergie au niveau mondial – et que “60 % des affaires TCE connues, tranchées avant octobre 2020, bénéficiaient aux investisseurs soit sous la forme d'un règlement (12 %) soit d'une décision en faveur de l'investisseur (48 %)” – pour ce qui est des procédures engagées à l'encontre de l'État espagnol, 86 % des décisions prises par les tribunaux étaient favorables aux investisseurs. Nous devons également préciser que les frais juridiques moyens des États en cas de procédure d'arbitrage international sont estimés à environ 4,9 millions de dollars et que ces frais peuvent être beaucoup plus élevés<sup>15</sup>;

— le Traité sur la charte de l'énergie offre la possibilité aux entreprises de protéger leurs investissements relatifs aux énergies fossiles face aux nouvelles mesures prises par les États en vue de protéger l'environnement et le climat. À ce propos, le TCE et la norme ISDS peuvent être considérés comme des outils grâce auxquels les investisseurs peuvent négocier ou revendiquer des indemnités en raison de la fermeture de leurs infrastructures relatives aux énergies fossiles et, à ce titre,

de geïnvesteerde bedragen, maar ook op basis van de hypothetische winsten die die investeringen hadden kunnen opleveren<sup>14</sup>;

— ook de bedragen die de Staten ingevolge uitspraken van internationale rechtbanken moeten storten, zijn gigantisch. In de periode tussen de ratificatie van het verdrag en 2021 werden de Staten veroordeeld tot het betalen van meer dan 52 miljard dollar aan schadevergoedingen, wat meer is dan het bedrag dat het Internationaal Energieagentschap heeft geraamd om de wereldwijde toegankelijkheid tot energie te waarborgen. Bovendien werd 60 % van de in dat verband bekende zaken die vóór oktober 2020 werden beslecht, uitgesproken in het voordeel van de investeerders. Dat gebeurde ofwel in de vorm van een regeling (12 %) dan wel in een vonnis ten voordele van de investeerder (48 %). Van de procedures die tegen de Spaanse Staat werden aangespannen, was 86 % van de beslissingen van de rechtbanken in het voordeel van de investeerders. Tevens moet worden aangestipt dat de gemiddelde gerechtskosten waar de Staten tegen aankijken bij internationale-arbitrageprocedures worden geraamd op zowat 4,9 miljoen dollar, en dat die kosten nog veel hoger kunnen uitvallen<sup>15</sup>;

— het Verdrag inzake het Energiehandvest stelt de ondernemingen in staat hun investeringen in fossiele energie te beschermen tegen de nieuwe maatregelen die de Staten nemen om het milieu en het klimaat te beschermen. In dat opzicht kunnen het Verdrag inzake het Energiehandvest en de ISDS-norm worden opgevat als instrumenten waarmee investeerders vergoedingen kunnen bedingen of eisen omdat hun infrastructuur voor fossiele energie moet worden gesloten. Aldus kunnen zij

<sup>14</sup> *Ibid*, p. 15. Voir également KHALE George III, *Presentation at 12th annual forum of developing country investment negociators*, International Institute for Sustainable Development [en ligne], 2019, disponible sur <<https://d20qsj1r5k97qe.cloudfront.net/news-attachments/Lecture-IISD-12th-Annual-Forum-of-Developing-Country-Investment-Negotiators-Cartagena.PDF>>. MARZAL Toni, « Quantum (In)Justice: Rethinking the Calculation of Compensation and Damages in ISDS » in *The Journal of World Investment & Trade*, 2021, vol. 22, 2021, p. 251.

<sup>15</sup> *Les intox du Traité sur la charte de l'énergie, Un guide pour citoyens, militants, journalistes et décideurs politiques*, PowerShift, Corporate Europe Observatory et Transnational Institute [en ligne], *op. cit.*, p. 6 et p. 14. Voir également: *Damages and costs in investment treaty arbitration revisited*, Global Arbitration Review [en ligne], 2017, disponible sur <<https://globalarbitrationreview.com/damages-and-costs-in-investment-treaty-arbitration-revisited>>; *Energy Access Outlook 2017, From Poverty to Prosperity*, International Energy Agency [en ligne], 2017, disponible sur <[https://iea.blob.core.windows.net/assets/9a67c2fc-b605-4994-8eb5-29a0ac219499/WEO2017SpecialReport\\_EnergyAccessOutlook.pdf](https://iea.blob.core.windows.net/assets/9a67c2fc-b605-4994-8eb5-29a0ac219499/WEO2017SpecialReport_EnergyAccessOutlook.pdf)>, p. 13; *In the matter of an arbitration before a tribunal constituted in accordance with article 26 of the energy charter treaty and the 1976 uncitral arbitration rules between Yukos Universal Limited (Isle of Man) and The Russian federation, Final Award* [en ligne], 2014, disponible sur <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3279.pdf>>.

<sup>14</sup> *Ibid*, blz. 15. Zie ook KHALE George III, *Presentation at 12th annual forum of developing country investment negociators*, International Institute for Sustainable Development [online], 2019, beschikbaar op <<https://d20qsj1r5k97qe.cloudfront.net/news-attachments/Lecture-IISD-12th-Annual-Forum-of-Developing-Country-Investment-Negotiators-Cartagena.PDF>>. MARZAL Toni, « Quantum (In)Justice: Rethinking the Calculation of Compensation and Damages in ISDS » in *The Journal of World Investment & Trade*, 2021, vol. 22, 2021, p. 251.

<sup>15</sup> *Busting the myths around the Energy Charter Treaty – A guide for concerned citizens, activists, journalists and policymakers*, PowerShift, Corporate Europe Observatory & Transnational Institute [online], *op. cit.*, blz. 6 en 14. Zie ook: *Damages and costs in investment treaty arbitration revisited*, Global Arbitration Review [online], 2017, beschikbaar op <<https://globalarbitrationreview.com/damages-and-costs-in-investment-treaty-arbitration-revisited>>; *Energy Access Outlook 2017, From Poverty to Prosperity*, International Energy Agency [online], 2017, beschikbaar op <[https://iea.blob.core.windows.net/assets/9a67c2fc-b605-4994-8eb5-29a0ac219499/WEO2017SpecialReport\\_EnergyAccessOutlook.pdf](https://iea.blob.core.windows.net/assets/9a67c2fc-b605-4994-8eb5-29a0ac219499/WEO2017SpecialReport_EnergyAccessOutlook.pdf)>, blz. 13; *In the matter of an arbitration before a tribunal constituted in accordance with article 26 of the energy charter treaty and the 1976 uncitral arbitration rules between Yukos Universal Limited (Isle of Man) and The Russian federation, Final Award* [online], 2014, beschikbaar op <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3279.pdf>>.

peuvent compliquer ou ralentir l'adoption et la mise en œuvre d'initiatives visant à protéger l'environnement et le climat<sup>16</sup>;

Par ailleurs, ainsi que nous l'avons indiqué, la ratification du Traité sur la charte de l'énergie par l'Union européenne a été motivée par un souci de protéger les investissements en matière d'énergie dans les États dont le système judiciaire était considéré comme défaillant – protection garantie par la norme ISDS. Or, la majorité des demandes d'arbitrage international réalisée en vertu du TCE concernent des pays dont les systèmes juridiques peuvent être considérés comme solides. Plus de 60 % de ces demandes ont été formulées à l'encontre de l'Union européenne ou de ses États membres par des investisseurs de l'UE. De plus, depuis le début des années 1990, la plus grande partie des "arbitrages en matière d'investissement ont été intentés contre des gouvernements affichant, en moyenne, un niveau relativement élevé de développement démocratique et d'État de droit"; ces arbitrages comprenant ceux entamés en vertu du TCE<sup>17</sup>.

Ajoutons à cela qu'outre le Traité sur la charte de l'énergie et son mécanisme ISDS, les entreprises jouissent d'un certain nombre d'options leur permettant de protéger leurs investissements dans le secteur de l'énergie et de défendre leurs droits:

— les investisseurs étrangers peuvent réclamer des dommages et intérêts pour des initiatives gouvernementales auprès des tribunaux du pays hôte;

— ils peuvent souscrire à une assurance "risque politique" privée, laquelle assure une protection eu

<sup>16</sup> *Les intox du Traité sur la charte de l'énergie, Un guide pour citoyens, militants, journalistes et décideurs politiques*, PowerShift, Corporate Europe Observatory et Transnational Institute [en ligne], op. cit., p. 19 et p. 37. Voir également: DOWLING Cara, *Discussing the Energy Charter Treaty – Q&A with Dr Urban Rusnák, Secretary-General*, Energy Charter Treaty Secretariat, Norton Rose Fulbright [en ligne], 2018, disponible sur <<https://www.nortonrosefulbright.com/en-ca/knowledge/publications/e04182e5/discussing-the-energy-charter-treaty--qa-with-dr-urban-rusnk-secretarygeneral-energy-charter-treaty>>; PEIGNE Maxence et SCHUMANN Harald, SCHMIDT Nico, *Traité de la charte sur l'énergie: une réforme qui stagne, une angoisse qui monte*, Investigate Europe [en ligne], 2021, disponible sur <<https://www.investigate-europe.eu/fr/2021/traite-charte-energie-stagne-angoisse-monte/>>.

<sup>17</sup> *Les intox du Traité sur la charte de l'énergie, Un guide pour citoyens, militants, journalistes et décideurs politiques*, PowerShift, Corporate Europe Observatory et Transnational Institute [en ligne], op. cit., pp. 11-13.

Voir également: DUPONT Cédric et SCHULTZ Thomas, "Investment Arbitration: Promoting the Rule of Law or Over-empowering Investors? A Quantitative Empirical Study" in *The European Journal of International Law*, 2015, vol. 25, pp. 1147-1168.

de aanneming en de tenuitvoerlegging van initiatieven om het milieu en het klimaat te beschermen, bemoeilijken of vertragen<sup>16</sup>;

Zoals eerder aangegeven was de ratificatie van het Verdrag inzake het Energiehandvest door de Europese Unie bovendien ingegeven door het streven om de energie-investeringen te beschermen in de Staten waarvan het rechtsstelsel als falend werd aangemerkt; die bescherming moest derhalve door de ISDS-norm worden gewaarborgd. De meeste aanvragen om internationale arbitrage krachtens het Verdrag inzake het Energiehandvest hebben echter betrekking op landen waarvan het rechtsstelsel wél als solide kan worden beschouwd. Meer dan 60 % van die aanvragen waren gericht tegen de Europese Unie of de EU-lidstaten door investeerders uit de EU. Bovendien werden sinds het begin van de jaren 1990 de meeste investerings-arbitrages aangespannen tegen overheden waarvan de democratische ontwikkeling en het rechtsstatelijke niveau gemiddeld genomen vrij hoog niveau zijn. Die arbitrages omvatten ook die welke krachtens het Verdrag inzake het Energiehandvest werden aangespannen<sup>17</sup>.

Daaraan dient te worden toegevoegd dat de ondernemingen niet alleen gebruik kunnen maken van het Verdrag inzake het Energiehandvest en het erin vervatte ISDS-mechanisme, maar ook nog van een aantal mogelijkheden om hun investeringen in de energiesector te beschermen en hun rechten te verdedigen:

— buitenlandse investeerders kunnen voor de rechtbanken van het gastland schadevergoedingen eisen vanwege bepaalde overheidsinitiatieven;

— ze kunnen een privéverzekering voor "beleidsrisico's" afsluiten, waardoor ze beschermd zijn tegen

<sup>16</sup> *Busting the myths around the Energy Charter Treaty – A guide for concerned citizens, activists, journalists and policymakers*, PowerShift, Corporate Europe Observatory & Transnational Institute [online], op. cit., blz. 19 en 37. Zie ook: DOWLING Cara, *Discussing the Energy Charter Treaty – Q&A with Dr Urban Rusnák, Secretary-General*, Energy Charter Treaty Secretariat, Norton Rose Fulbright [en ligne], 2018, raadpleegbaar op <<https://www.nortonrosefulbright.com/en-ca/knowledge/publications/e04182e5/discussing-the-energy-charter-treaty--qa-with-dr-urban-rusnk-secretarygeneral-energy-charter-treaty>>; PEIGNE Maxence en SCHUMANN Harald, SCHMIDT Nico, *Traité de la charte sur l'énergie: une réforme qui stagne, une angoisse qui monte*, Investigate Europe [online], 2021, beschikbaar op <<https://www.investigate-europe.eu/fr/2021/traite-charte-energie-stagne-angoisse-monte/>>.

<sup>17</sup> *Busting the myths around the Energy Charter Treaty – A guide for concerned citizens, activists, journalists and policymakers*, PowerShift, Corporate Europe Observatory & Transnational Institute [online], op. cit., blz. 11-13.

Zie ook: DUPONT Cédric en SCHULTZ Thomas, *Investment Arbitration: Promoting the Rule of Law or Over-empowering Investors? A Quantitative Empirical Study*, in *The European Journal of International Law*, 2015, vol. 25, blz. 1147-1168.

égard aux risques de confiscation, de nationalisation et d'annulation de contrats;

— des garanties relatives aux pertes associées aux risques d'expropriation, d'inconvertibilité monétaire, d'interdiction de transfert de devises, de guerres civiles ou de troubles publics sont fournies par l'Agence multilatérale de garantie des investissements de la Banque mondiale;

— des assurances semblables à celle fournie par la Banque mondiale sont proposées par les pays qui exportent des capitaux aux entreprises basées dans ces mêmes pays qui investissent à l'étranger<sup>18</sup>.

Enfin, il est estimé que la protection des investissements par l'ETC pourrait conduire, d'ici à 2050, à celle de 216 gigatonnes de carbone d'ici à 2050, ce qui représente plus d'un tiers du budget carbone mondial disponible pour limiter la hausse des températures à 1,5 °C d'ici la fin du siècle, et plus que le budget carbone de l'Union européenne pour la période 2018-2050. Cette protection pourrait impliquer un coût de 1 300 milliards d'euros pour les contribuables, dont 42 % devrait être pris en charge par les contribuables de l'UE, d'ici à 2050. Nous pouvons considérer que, dans la mesure où l'ETC pourrait imposer aux États qui poursuivent l'objectif de neutralité climatique en 2050 de dédommager les investissements dans les sources d'énergie émettrices de carbone, ce qui aurait pour effet d'impacter de manière significative le coût de la transition énergétique, ce Traité est susceptible de contrevvenir à l'atteinte des objectifs climatiques de l'Union européenne<sup>19</sup>.

### III. — MODERNISATION DU TRAITÉ SUR LA CHARTE DE L'ÉNERGIE

En 2019, la Conférence sur la Charte de l'énergie, laquelle réunit les parties contractantes du traité, a adopté la création et le mandat d'un "Groupe de Modernisation" pour négocier la modernisation du TCE – conformément à la disposition stipulant qu'un travail de modernisation du traité doit être lancé tous les cinq ans. Dès le début

<sup>18</sup> *Les intox du Traité sur la charte de l'énergie, Un guide pour citoyens, militants, journalistes et décideurs politiques*, PowerShift, Corporate Europe Observatory et Transnational Institute [en ligne], *op. cit.*, pp. 12-13.

<sup>19</sup> *Modernisation of the Energy Charter Treaty A Global Tragedy at a High Cost for Taxpayers*, OpenExp [en ligne], 2020, disponible sur <[https://www.openexp.eu/sites/default/files/publication/files/modernisation\\_of\\_the\\_energy\\_charter\\_treaty\\_a\\_global\\_tragedy\\_at\\_a\\_high\\_cost\\_for\\_taxpayers-final.pdf](https://www.openexp.eu/sites/default/files/publication/files/modernisation_of_the_energy_charter_treaty_a_global_tragedy_at_a_high_cost_for_taxpayers-final.pdf)>.

de risico's van verbeurdverklaring, nationalisering en nietigverklaring van overeenkomsten;

— het Agentschap voor Garantie op Multilaterale Investerings van de Wereldbank biedt dekking tegen verliezen die verband houden met de risico's van onteigening, monetaire niet-converteerbaarheid, verbod op deviezentransfers, burgeroorlogen of onlusten;

— soortgelijke verzekeringen als die welke de Wereldbank aanbiedt, worden aangeboden door landen die kapitaal uitvoeren naar ondernemingen gevestigd in diezelfde landen die in het buitenland investeren<sup>18</sup>.

Ten slotte schat men dat de investeringsbescherming door het ECT tegen 2050 zou kunnen leiden tot 216 gigaton koolstof, wat ruim een derde is van het wereldwijde beschikbare koolstofbudget om de temperatuurstijging te beperken tot 1,5°C tegen het einde van de eeuw. Het is bovendien meer dan het koolstofbudget van de Europese Unie voor de periode 2018-2050. Die bescherming zou de belastingplichtigen 1 300 miljard euro kunnen kosten. Van dat bedrag zou tegen 2050 42 % ten laste zijn van de belastingplichtigen van de EU. Aangezien het ECT de staten die tegen 2050 klimaatneutraal willen zijn zou kunnen verplichten tot het vergoeden van koolstofuitstotende investeringen – wat een aanzienlijke weerslag op de kosten voor de energietransitie zou kunnen hebben – kan men stellen dat dit verdrag een belemmering kan vormen voor het halen van de klimaatdoelstellingen van de Europese Unie<sup>19</sup>.

### III. — MODERNISERING VAN HET VERDRAG INZAKE HET ENERGIEHANDVEST

In 2019 heeft de Conferentie inzake het Energiehandvest, waaraan alle verdragsluitende partijen hebben deelgenomen, ingestemd met de oprichting en het mandaat van een "moderniseringsgroep" die moet onderhandelen over de modernisering van het Verdrag inzake het Energiehandvest, overeenkomstig de bepaling die stelt dat het verdrag vijfjaarlijks bij de tijd moet worden gebracht. Begin 2020 werd een eerste

<sup>18</sup> *Busting the myths around the Energy Charter Treaty – A guide for concerned citizens, activists, journalists and policymakers*, PowerShift, Corporate Europe Observatory & Transnational Institute [online], *op. cit.*, blz. 12-13.

<sup>19</sup> *Modernisation of the Energy Charter Treaty A Global Tragedy at a High Cost for Taxpayers*, OpenExp [en ligne], 2020, disponible sur <[https://www.openexp.eu/sites/default/files/publication/files/modernisation\\_of\\_the\\_energy\\_charter\\_treaty\\_a\\_global\\_tragedy\\_at\\_a\\_high\\_cost\\_for\\_taxpayers-final.pdf](https://www.openexp.eu/sites/default/files/publication/files/modernisation_of_the_energy_charter_treaty_a_global_tragedy_at_a_high_cost_for_taxpayers-final.pdf)>.

de l'année 2020, un premier cycle de négociations a été entamé, le dixième s'étant tenu en janvier 2022<sup>20</sup>.

Également en 2019, les États membres de l'Union européenne ont accordé à la Commission européenne un mandat pour réformer le Traité sur la charte de l'énergie de sorte à l'accorder avec plusieurs traités internationaux, dont l'Accord de Paris sur le climat du 12 décembre 2015. Cependant, aucun accord n'a été trouvé au sein des États parties au TCE en vue d'ouvrir les négociations sur une modification de la clause ISDS – l'opposition de certains membres, et le fait que la modernisation du TCE dépende d'une adoption à l'unanimité, excluant l'obtention d'un compromis sur ce point.

Faute de pouvoir traiter la question d'une modification du mécanisme d'arbitrage, la Commission européenne a proposé d'en limiter le champ d'application en réformant la définition des activités économiques du secteur énergétique du traité. Suivant cette proposition, les investissements portant sur les centrales au gaz réalisés avant le 31 décembre 2030 ne seraient plus protégés par le TCE après 10 ans, de même que les investissements relatifs aux gazoducs engagés d'ici à 2040. Parallèlement à cela, un amendement au Règlement européen sur le climat<sup>21</sup>, lequel mandate l'Union européenne pour mettre un terme à la protection des investissements concernant les énergies fossiles, a été adopté par le Parlement européen en 2020<sup>22</sup>.

Toutefois, aucun calendrier ni aucune date butoir n'ont été établis quant à l'adoption d'un compromis de modernisation du traité permettant de donner une réponse satisfaisante aux éléments problématiques soulevés. Certains éléments – comme le fait que la modernisation du TCE nécessite l'unanimité des États parties, la volonté affichée par certaines parties contractantes de

onderhandelingscyclus aangevat; in januari 2022 heeft inmiddels de tiende cyclus plaatsgevonden<sup>20</sup>.

Eveneens in 2019 hebben de EU-lidstaten de Europese Commissie gemandateerd om het Verdrag inzake het Energiehandvest te hervormen, teneinde het in overeenstemming te brengen met diverse internationale verdragen, waaronder het Klimaatakkoord van Parijs van 12 december 2015. De verdragsluitende partijen van het Verdrag inzake het Energiehandvest zijn het echter niet eens geworden over het opstarten van de onderhandelingen over een wijziging van de ISDS-clausule. Het verzet van sommige leden en het feit dat de modernisering van het Verdrag inzake het Energiehandvest eenparig moet worden aangenomen, maken een compromis ter zake onmogelijk.

Aangezien de wijziging van de arbitrageregeling niet kon worden besproken, heeft de Europese Commissie voorgesteld de werkingssfeer ervan te beperken door de definitie van economische activiteiten in de energiesector in het verdrag te herzien. Als gevolg van dit voorstel zouden de investeringen in gascentrales van vóór 31 december 2030 na tien jaar niet langer door het Verdrag inzake het Energiehandvest zijn beschermd. Hetzelfde zou gelden voor de investeringen in gaspijpleidingen die vóór 2040 worden gedaan. Tegelijk heeft het Europees Parlement in 2020 een amendement op de EU-klimaatverordening aangenomen<sup>21</sup>, dat de EU opdraagt een einde te maken aan de bescherming van de investeringen in fossiele brandstoffen<sup>22</sup>.

Er werd evenwel nog geen tijdspad noch einddatum vastgelegd voor een compromis over de modernisering van het verdrag die een bevredigend antwoord zou kunnen aanreiken inzake de aangehaalde problematische aspecten. Er zijn aanwijzingen dat er geen bevredigend compromis zal kunnen worden gevonden, zoals het feit dat die modernisering door alle verdragsluitende Staten

<sup>20</sup> *Modernisation du Traité*, International Energy Charter [en ligne], disponible sur <<https://www.energychartertreaty.org/fr/modernisation-du-traite/>>.

<sup>21</sup> Règlement (UE) 2021/1119 du Parlement européen et du Conseil du 30 juin 2021 établissant le cadre requis pour parvenir à la neutralité climatique et modifiant les règlements (CE) n° 401/2009 et (UE) 2018/1999.

<sup>22</sup> BERNASCONI-OSTERWALDER Nathalie, *La réforme du Traité sur la charte de l'énergie: en quoi le retrait est-il une option?*, Investment Treaty News [en ligne], 2021, disponible sur <<https://www.iisd.org/itn/fr/2021/06/24/energy-charter-treaty-reform-why-withdrawal-is-an-option/>>; ZACHARIE Arnaud, *Refonder le commerce mondial, Du libre-échange à l'échange durable*, op. cit., p. 75.

En ce qui concerne la question des investissements dans les énergies fossiles protégés par le TCE, voir:

MOLDENHAUER Olivier, SCHMIDT Nico, *ECT data analysis: Results and Methods*, Investigate Europe [en ligne], 2021, disponible sur <<https://www.investigate-europe.eu/en/2021/ect-data/>>.

<sup>20</sup> *Modernisation du Traité*, International Energy Charter [online], beschikbaar op <<https://www.energychartertreaty.org/fr/modernisation-du-traite/>>.

<sup>21</sup> Verordening (EU) 2021/1119 van het Europees Parlement en de Raad van 30 juni 2021 tot vaststelling van een kader voor de verwezenlijking van klimaatneutraliteit, en tot wijziging van Verordening (EG) nr. 401/2009 en Verordening (EU) 2018/1999.

<sup>22</sup> BERNASCONI-OSTERWALDER Nathalie, *La réforme du Traité sur la charte de l'énergie: en quoi le retrait est-il une option?*, Investment Treaty News [online], 2021, beschikbaar op <<https://www.iisd.org/itn/fr/2021/06/24/energy-charter-treaty-reform-why-withdrawal-is-an-option/>>; ZACHARIE Arnaud, *Refonder le commerce mondial, Du libre-échange à l'échange durable*, op. cit., blz. 75.

In verband met de door het Verdrag inzake het Energiehandvest beschermde investeringen in fossiele energie, zie:

MOLDENHAUER Olivier, SCHMIDT Nico, *ECT data analysis: Results and Methods*, Investigate Europe [online], 2021, beschikbaar op <<https://www.investigate-europe.eu/en/2021/ect-data/>>.



ne pas soutenir les ambitions de l'Union européenne en matière de protection des politiques climatiques, ou encore le fait que l'article 26 du TCE relatif à la clause ISDS n'a pas été ouvert à révision – semblent indiquer qu'un compromis satisfaisant ne pourra être trouvé<sup>23</sup>.

Il faut ici souligner que, dans le cadre d'une décision sur le différend entre la Moldavie et la société Komstroy Investment, laquelle a eu recours au mécanisme d'arbitrage international du TCE, la Cour de Justice européenne a déclaré en septembre 2021 que "la disposition du TCE en cause n'est pas applicable aux différends opposant un État membre à un investisseur d'un autre État membre au sujet d'un investissement réalisé par ce dernier dans le premier État membre"<sup>24</sup>. Cependant, cette décision ne devrait pas empêcher les investisseurs d'entamer des procédures d'arbitrage devant des tribunaux extra-européens<sup>25</sup>.

#### IV. — RETRAIT DU TRAITÉ SUR LA CHARTE DE L'ÉNERGIE

Deux options sont offertes à la Belgique pour quitter le Traité sur la charte de l'énergie: un retrait unilatéral ou un retrait collectif.

##### 1. Retrait unilatéral

Cette option a été suivie par l'Italie en 2016. Celle-ci pose un problème majeur: ainsi que le montre l'exemple

<sup>23</sup> *Ibid.* BERNASCONI-OSTERWALDER Nathalie, *La réforme du Traité sur la charte de l'énergie: en quoi le retrait est-il une option?*, Investment Treaty News [en ligne], *op. cit.*; PEIGNE Maxence, SCHUMANN Harald et SCHMIDT Nico, *Traité de la charte sur l'énergie: une réforme qui stagne, une angoisse qui monte*, Investigate Europe [en ligne], *op. cit.*; ZACHARIE Arnaud, *Mettre le Traité sur la charte de l'énergie hors d'état de nuire*, CNCD 11.11.11 [en ligne], *op. cit.*

<sup>24</sup> *Affaire C-741/19 République de Moldavie contre Komstroy LLC, venant aux droits d'Energolians, Arrêt de la Cour (grande chambre) du 2 septembre 2021*, InfoCuria Jurisprudence [en ligne], 2021, disponible sur <<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=245546&text=&dir=&doclang=FR&part=1&occ=first&mode=DOC&pageIndex=0&cid=175344>>. Spécifions ici que la Cour de Justice européenne avait précédemment décrété, dans le cadre du litige opposant la Slovaquie et la société Achmea, que la clause ISDS du Traité bilatéral d'investissement entre les Pays-Bas et la Slovaquie porte atteinte à l'autonomie du droit de l'Union (*Affaire C-284/16 République Slovaque contre Achmea BV, Arrêt de la Cour (grande chambre) du 6 mars 2018*, InfoCuria Jurisprudence [en ligne], 2018, disponible sur <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=199968&doclang=FR>).

<sup>25</sup> PEIGNE Maxence, SCHUMANN Harald et SCHMIDT Nico, *Traité de la charte sur l'énergie: une réforme qui stagne, une angoisse qui monte*, Investigate Europe [en ligne], *op. cit.*

ter zake eenparig moet worden goedgekeurd, het feit dat bepaalde partijen bij het verdrag aangeven dat zij de ambities van de EU inzake de bescherming van het klimaatbeleid niet steunen, of nog het feit dat artikel 26 van het Verdrag inzake het Energiehandvest met betrekking tot de ISDS-clausule niet voor herziening vatbaar is verklaard<sup>23</sup>.

In dezen moet worden benadrukt dat het Europees Hof van Justitie in een beslissing over een geschil tussen Moldavië en het bedrijf Komstroy Investment, dat een beroep heeft gedaan op de internationale-arbitrageregeling van het Verdrag inzake het Energiehandvest, in september 2021 heeft geoordeeld dat "de betrokken bepaling van het EHV niet van toepassing [is] op geschillen tussen een lidstaat en een investeerder uit een andere lidstaat over een investering die deze investeerder in de eerste lidstaat heeft gedaan."<sup>24</sup>. Die uitspraak zal de investeerders echter normaal gezien niet beletten arbitrageprocedures aan te spannen bij rechtbanken buiten de Europese Unie<sup>25</sup>.

#### IV. — TERUGTREKKING UIT HET VERDRAG INZAKE HET ENERGIEHANDVEST

Voor België zijn er twee mogelijkheden om zich uit het Verdrag inzake het Energiehandvest terug te trekken: een eenzijdige en een collectieve terugtrekking.

##### 1. Eenzijdige terugtrekking

Dit was de voorbije jaren de keuze van Italië in 2016. Deze keuze zorgt voor een groot probleem: zoals blijkt

<sup>23</sup> *Ibid.* BERNASCONI-OSTERWALDER Nathalie, *La réforme du Traité sur la charte de l'énergie: en quoi le retrait est-il une option?*, Investment Treaty News [online], *op. cit.*; PEIGNE Maxence, SCHUMANN Harald en SCHMIDT Nico, *Traité de la charte sur l'énergie: une réforme qui stagne, une angoisse qui monte*, Investigate Europe [online], *op. cit.*; ZACHARIE Arnaud, *Mettre le Traité sur la charte de l'énergie hors d'état de nuire*, CNCD 11.11.11 [online], *op. cit.*

<sup>24</sup> *Zaak C-741/19 Republiek Moldavië vs. Komstroy LLC, rechtsopvolger van Energolians, arrest van het Hof (Grote Kamer) van 2 september 2021*, InfoCuria Rechtspraak [online], 2021, beschikbaar op <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=245546&text=&dir=&doclang=NL&part=1&occ=first&mode=DOC&pageIndex=0&cid=175344>. Hier dient te worden gespecificeerd dat het Europees Hof van Justitie in het raam van een geschil tussen Slovaquie en het bedrijf Achmea reeds had verordend dat de ISDS-clausule van het Bilateraal investeringsverdrag tussen Nederland en Slovaquie de autonomie van het Unierecht aantast (*Zaak C-284/16 Republiek Slovaquie tegen Achmea BV, Arrest van het Hof (Grote Kamer) van 6 maart 2018*, InfoCuria Rechtspraak [online], 2018, raadpleegbaar op <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=199968&doclang=FR>).

<sup>25</sup> PEIGNE Maxence, SCHUMANN Harald en SCHMIDT Nico, *Traité de la charte sur l'énergie: une réforme qui stagne, une angoisse qui monte*, Investigate Europe [online], *op. cit.*

de la procédure d'arbitrage international engagée par l'entreprise Rockhopper à l'encontre de l'État italien en 2017, les investisseurs peuvent encore engager ce type de procédures vis-à-vis d'un État pendant une période de vingt ans après le retrait de ce traité par ce même État, conformément à la "clause de survie" contenue au paragraphe 3 de l'article 47 du TCE libellée comme suit:

"Les dispositions du présent traité continuent à s'appliquer pendant une période de vingt ans aux investissements réalisés dans la zone d'une partie contractante par des investisseurs d'autres parties contractantes ou dans la zone d'autres parties contractantes par des investisseurs de cette partie contractante, à compter du moment où le retrait de la partie contractante du présent traité prend effet."<sup>26</sup>

Précisons toutefois que cette protection ne vaut que pour les investissements réalisés avant le retrait, et non sur ceux effectués au-delà.

## 2. Retrait collectif

Plusieurs États membres – Chypre, l'Espagne, la France, la Grèce, la Hongrie, la Lettonie et la Pologne – ont demandé à l'Union européenne d'évaluer juridiquement un retrait collectif du traité. Toutefois, en cas de "simple" retrait collectif de l'Union européenne, la clause de survie du TCE s'appliquerait à ses États membres.

Aussi, pour se présenter comme une solution pérenne aux éléments problématiques évoqués, ce retrait collectif devrait être précédé d'une "neutralisation" des effets juridiques de la clause de survie. Cette neutralisation peut être réalisée de deux manières: par le biais d'un amendement ou au sein d'un groupe de parties contractantes.

### 2.1. Neutralisation par le biais d'un amendement

Un amendement stipulant la neutralisation ou la suppression de la clause de survie du TCE peut être soumis pour adoption aux États signataires du traité. Toutefois, dans la mesure où l'adoption d'une telle modification nécessite un accord à l'unanimité et compte tenu de la complexité des négociations sur la modernisation du traité, l'adoption d'un tel amendement semble peu probable.

<sup>26</sup> *Traité sur la charte de l'énergie et les textes connexes*, International Energy Charter [en ligne], *op. cit.*, p. 77.

uit de internationale arbitrageprocedure die de onderneming Rockhopper in 2017 tegen de Staat Italië heeft ingesteld, kunnen investeerders dergelijke procedures nog tegen een Staat instellen gedurende een periode van twintig jaar nadat die Staat zich uit dat verdrag teruggetrokken heeft, overeenkomstig de "horizonclausule" die vervat is in artikel 47, § 3, van het Verdrag inzake het Energiehandvest:

"De bepalingen van dit Verdrag blijven van toepassing op investeringen op het grondgebied van een Verdragsluitende Partij door investeerders van andere Verdragsluitende Partijen of op het grondgebied van andere Verdragsluitende Partijen door investeerders van die Verdragsluitende Partij gedurende twintig jaar na de datum waarop de opzegging van het Verdrag door die Verdragsluitende Partij van kracht wordt."<sup>26</sup>

Er zij evenwel op gewezen dat die bescherming alleen van toepassing is op de investeringen die dateren van vóór de terugtrekking, en niet op die van erna.

## 2. Collectieve terugtrekking

Meerdere lidstaten – Cyprus, Frankrijk, Griekenland, Hongarije, Letland, Polen en Spanje – hebben de Europese Unie verzocht een collectieve terugtrekking uit het verdrag juridisch te toetsen. In geval van "eenvoudige" collectieve terugtrekking door de Europese Unie zou de horizonclausule van het Verdrag inzake het Energiehandvest evenwel van toepassing zijn op alle EU-lidstaten afzonderlijk.

Opdat een collectieve terugtrekking een duurzame oplossing voor de aangehaalde pijnpunten zou aanreiken, dienen dan ook eerst de rechtsgevolgen van de horizonclausule te worden "geneutraliseerd". Zulks kan op twee manieren gebeuren: via een amendement of binnen een groep van verdragsluitende partijen.

### 2.1. Neutralisering via amendement

Een amendement waarbij de neutralisering of weglating van de horizonclausule van het Verdrag inzake het Energiehandvest wordt beoogd, kan ter goedkeuring aan de verdragsluitende partijen worden voorgelegd. Aangezien een dergelijke wijziging alleen met eenparigheid van stemmen kan worden aangenomen en gelet op de complexiteit van de onderhandelingen over de modernisering van het verdrag, maakt een dergelijk amendement echter weinig kans aangenomen te worden.

<sup>26</sup> Verdrag inzake het Energiehandvest en het protocol bij het Energiehandvest, zie [https://wetten.overheid.nl/BWBV0001155/2010-01-21#Verdrag\\_2](https://wetten.overheid.nl/BWBV0001155/2010-01-21#Verdrag_2).

## 2.2. Neutralisation au sein d'un groupe de parties contractantes

Conformément aux règles du droit international portant sur la modification des dispositions d'un traité, un groupe d'États parties ont la possibilité, pour contrevenir aux effets d'une clause de survie, de négocier une modification d'un traité entre eux (accord modificatif *inter se*). Dans ce cas, cette modification vaut seulement entre eux (*inter se*) conformément au principe de l'effet relatif des traités. Il s'agit donc:

“modifications apportées à certaines dispositions d'un traité par plusieurs parties à ce traité et applicables uniquement dans leurs relations mutuelles, les dispositions originelles restant applicables entre les autres parties”<sup>27</sup>.

Le Traité sur la charte de l'énergie ne mentionnant pas spécifiquement la possibilité d'une modification au sein d'un groupe de parties contractantes, celle-ci ne peut être autorisée “que si elle [...] ne porte [...] pas atteinte aux droits et obligations des autres parties et ne contrevient [...] pas à l'objet et au but du traité”, conformément à l'article 41, § 1<sup>er</sup>, de la Convention de Vienne sur le droit des traités<sup>28</sup>.

Aussi, une modification du TCE visant la neutralisation de la clause de survie entre certaines parties contractantes est assujettie au respect de deux conditions: cette modification ne doit porter atteinte, d'une part, ni

<sup>27</sup> BERNASCONI-OSTERWALDER Nathalie, *La réforme du Traité sur la charte de l'énergie: en quoi le retrait est-il une option?*, Investment Treaty News [en ligne], op. cit.; *Glossaire des termes relatifs aux formalités se rapportant aux traités*, Nations Unies, Collection des Traités [en ligne], disponible sur <[https://treaties.un.org/pages/overview.aspx?path=overview/glossary/page1\\_fr.xml#amendment](https://treaties.un.org/pages/overview.aspx?path=overview/glossary/page1_fr.xml#amendment)>.

<sup>28</sup> *Ibid.* L'article 41 de la Convention de Vienne sur le droit des traités dispose ce qui suit:  
“1. Deux ou plusieurs parties à un traité multilatéral peuvent conclure un accord ayant pour objet de modifier le traité dans leurs relations mutuelles seulement:  
a) Si la possibilité d'une telle modification est prévue par le traité; ou  
b) Si la modification en question n'est pas interdite par le traité, à condition qu'elle:  
i) Ne porte atteinte ni à la jouissance par les autres parties des droits qu'elles tiennent du traité ni à l'exécution de leurs obligations; et  
ii) Ne porte pas sur une disposition à laquelle il ne peut être dérogé sans qu'il y ait incompatibilité avec la réalisation effective de l'objet et du but du traité pris dans son ensemble.”

(*Convention de Vienne sur le droit des traités*, 1969, Nations Unies [en ligne], 2005, disponible sur <[https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/conventions/1\\_1\\_1969.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/conventions/1_1_1969.pdf)>, p. 137).

## 2.2. Neutralisering binnen een groep van verdragsluitende partijen

Overeenkomstig de internationaalrechtelijke regels over de wijziging van verdragsbepalingen kan een groep van verdragsluitende Staten, om de gevolgen van een horizonclausule tegen te gaan, onderhandelen over een onderlinge verdragswijziging (wijzigingsovereenkomst *inter se*). In dat geval geldt die wijziging alleen voor de partijen onderling (*inter se*), ingevolge het beginsel inzake de relatieve werking van verdragen. Meer bepaald betreft een wijziging (*modification*):

“*the variation of certain treaty provisions only as between particular parties of a treaty, while in their relation to the other parties the original treaty provisions remain applicable*”<sup>27</sup>.

Aangezien het Verdrag inzake het Energiehandvest de mogelijkheid van wijzigingen binnen een groep van verdragsluitende partijen niet uitdrukkelijk vermeldt, kunnen dergelijke wijzigingen alleen worden toegestaan “*if [they] do not affect the rights or obligations of the other parties to the treaty and do not contravene the object and the purpose of the treaty*”, overeenkomstig artikel 41, § 1, van het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht<sup>28</sup>.

Zo is elke wijziging van het Verdrag inzake het Energiehandvest die de horizonclausule tussen bepaalde verdragsluitende partijen beoogt te neutraliseren, onderworpen aan twee voorwaarden: de wijziging mag

<sup>27</sup> BERNASCONI-OSTERWALDER Nathalie, *La réforme du Traité sur la charte de l'énergie: en quoi le retrait est-il une option?*, Investment Treaty News [online], op. cit.; *Glossaire des termes relatifs aux formalités se rapportant aux traités*, United Nations Treaty Collection [online], beschikbaar op [https://treaties.un.org/pages/overview.aspx?path=overview/glossary/page1\\_en.xml#modification](https://treaties.un.org/pages/overview.aspx?path=overview/glossary/page1_en.xml#modification).

<sup>28</sup> *Ibid.* Artikel 41 van het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht luidt:  
“1. Twee of meer partijen bij een multilateraal verdrag kunnen een overeenkomst tot wijziging van het verdrag tussen hen onderling slechts sluiten, indien:  
a) het verdrag voorziet in de mogelijkheid van een zodanige wijziging; of  
b) de wijziging in kwestie niet verboden is door het verdrag, en zij:  
i) noch het genot der aan de andere partijen op grond van het verdrag toekomstige rechten, noch het nakomen van hun verplichtingen aantast; en  
ii) zich niet uitstrekt tot een bepaling, waarvan niet mag worden afgeweken als dit onverenigbaar is met de doeltreffende verwezenlijking van voorwerp en doel van het verdrag in zijn geheel.”;  
(Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht, 1969, Verenigde Naties [online], 2005, beschikbaar op [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1\\_1\\_1969.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf); Nederlandse vertaling te raadplegen via [https://wetten.overheid.nl/BWBV0003441/1985-05-09#Verdrag\\_2](https://wetten.overheid.nl/BWBV0003441/1985-05-09#Verdrag_2)).

aux droits des autres parties, d'autre part, ni à l'objet et au but du traité.

### 2.2.1. Première condition

Ainsi que le souligne Nathalie Bernasconi-Osterwalder, le TCE est constitué d'engagements bilatéraux réciproques, et non d'obligations à l'égard de toutes les parties<sup>29</sup>. Considérant cela, elle ajoute que

“la modification de certaines [des relations du TCE] au sein d'un groupe de parties contractantes n'aurait pas d'effets adverses sur les droits des tierces parties au TCE, c.-à-d. ceux des États ne prenant pas part à la modification et de leurs investisseurs. Par exemple, si tous les États membres de l'UE décidaient de se retirer du TCE et de neutraliser la clause de survie entre eux, rien n'empêcherait un investisseur d'une partie au TCE non membre de l'UE de lancer un recours contre les États qui se sont retirés.”<sup>30</sup>

Dès lors, une modification du TCE visant la neutralisation d'une clause au sein d'un groupe de parties contractantes ne devrait donc pas être considérée comme affectant les droits des parties tierces et remplirait cette première condition<sup>31</sup>.

### 2.2.2. Deuxième condition

Comme le souligne Nathalie Bernasconi-Osterwalder, le fait, pour une modification, de ne pas contrevenir à l'objet et au but du traité, ou, plus précisément, de ne pas porter “sur une disposition à laquelle il ne peut être dérogé sans qu'il y ait incompatibilité avec la réalisation effective de l'objet et du but du traité pris dans son ensemble”, est une condition:

“largement perçue comme étant essentiellement similaire à la première, voire une répétition de celle-ci. En veillant à ce que les accords ultérieurs n'affectent pas les droits des tierces parties, ces deux conditions reposent sur le même raisonnement. [De plus,] les travaux préparatoires de la Commission du droit international

<sup>29</sup> BERNASCONI-OSTERWALDER Nathalie, “La réforme du Traité sur la charte de l'énergie: en quoi le retrait est-il une option?”, *Investment Treaty News* [en ligne], *op. cit.* Voir aussi DORE Julia, “Negotiating the Energy Charter Treaty” in *The Energy Charter Treaty: An east-west gateway for investment and trade*, Thomas W. Wälde (éds.), 1996, Kluwer Law International [col. International Energy and Resources Law, Policy Series], p. 151.

<sup>30</sup> BERNASCONI-OSTERWALDER Nathalie, “La réforme du Traité sur la charte de l'énergie: en quoi le retrait est-il une option?”, *Investment Treaty News* [en ligne], *op. cit.*

<sup>31</sup> *Ibid.*

niet ingaan tegen de rechten van de overige partijen, enerzijds, noch tegen het voorwerp en doel van het verdrag, anderzijds.

### 2.2.1. Eerste voorwaarde

Zoals Nathalie Bernasconi-Osterwalder aangeeft, bestaat het Verdrag inzake het Energiehandvest uit wederzijdse bilaterale verbintenissen, en niet uit verplichtingen ten aanzien van alle partijen<sup>29</sup>. Daarenboven stelt zij:

“la modification de certaines [des relations du TCE] au sein d'un groupe de parties contractantes n'aurait pas d'effets adverses sur les droits des tierces parties au TCE, c.-à-d. ceux des États ne prenant pas part à la modification et de leurs investisseurs. Par exemple, si tous les États membres de l'UE décidaient de se retirer du TCE et de neutraliser la clause de survie entre eux, rien n'empêcherait un investisseur d'une partie au TCE non membre de l'UE de lancer un recours contre les États qui se sont retirés.”<sup>30</sup>

Aldus zou een wijziging van het Verdrag inzake het Energiehandvest die een clause binnen een groep van verdragsluitende partijen beoogt te neutraliseren, dan ook niet mogen worden geacht in te gaan tegen de rechten van de derde partijen, waarmee aan de eerste voorwaarde zou zijn voldaan<sup>31</sup>.

### 2.2.2. Tweede voorwaarde

Zoals Nathalie Bernasconi-Osterwalder aangeeft, is het feit dat een wijziging niet tegen het voorwerp en doel van het verdrag mag ingaan of, meer bepaald, zich niet mag uitstrekken “tot een bepaling, waarvan niet mag worden afgeweken als dit onverenigbaar is met de doeltreffende verwezenlijking van voorwerp en doel van het verdrag in zijn geheel”, een voorwaarde die wordt beschouwd als zijnde:

“essentiellement similaire à la première, voire une répétition de celle-ci. En veillant à ce que les accords ultérieurs n'affectent pas les droits des tierces parties, ces deux conditions reposent sur le même raisonnement. [De plus,] les travaux préparatoires de la Commission du droit international (CDI) relatifs à la CVDT suggèrent

<sup>29</sup> BERNASCONI-OSTERWALDER Nathalie, *La réforme du Traité sur la charte de l'énergie: en quoi le retrait est-il une option?*, *Investment Treaty News* [online], *op. cit.* Zie ook DORE Julia, *Negotiating the Energy Charter Treaty*, in *The Energy Charter Treaty: An east-west gateway for investment and trade*, Thomas W. Wälde (uitg.), 1996, Kluwer Law International [col. International Energy and Resources Law, Policy Series], blz. 151.

<sup>30</sup> BERNASCONI-OSTERWALDER Nathalie, *La réforme du Traité sur la charte de l'énergie: en quoi le retrait est-il une option?*, *Investment Treaty News* [online], *op. cit.*

<sup>31</sup> *Ibid.*

(CDI) relatifs à la CVDT suggèrent que lorsqu'un accord *inter se* n'altère que les relations bilatérales, il devrait être permis.<sup>32</sup>

Nous pouvons donc considérer que la modification dont il est ici question ne contrevient pas à la seconde condition mentionnée à l'article 41, § 1<sup>er</sup>, de la VCLT.

### 2.2.3. Conclusion

Cela nous montre que la neutralisation de la clause de survie du TCE par un groupe de parties contractantes est juridiquement fondée. Cette neutralisation, couplée au retrait du traité de ces mêmes parties, permettrait de contrevioler aux éléments problématiques associés au Traité sur la charte de l'énergie, et à sa clause ISDS, que nous avons évoqués.

Néanmoins, une telle neutralisation ne serait applicable qu'au sein du groupe de parties contractantes ayant adopté cette neutralisation, "uniquement dans leurs relations mutuelles, les dispositions originelles restant applicables entre les autres parties". Considérons ici que ce groupe soit composé des États membres de l'Union européenne, la neutralisation ne vaudrait qu'entre ces États, ce qui n'empêcherait pas, d'une part, que la clause de survie puisse être utilisée par des investisseurs d'États extra-européens ayant ratifié le TCE et, d'autre part, en cas de retrait du TCE par les États membres de l'EU, que des investisseurs extra-européens puissent entamer des procédures d'arbitrage international à leur encontre<sup>33</sup>.

Toutefois, eu égard au fait que:

— en cas de neutralisation de la clause de survie au sein des membres de l'EU, et de retrait subséquent des États membres de l'EU du TCE, l'ensemble des

<sup>32</sup> *Ibid.*

<sup>33</sup> À ce propos, Nathalie Bernasconi-Osterwalder indique que: "Plutôt que de créer des obligations contraignantes *erga omnes partes*, les obligations du traité [sur la charte de l'énergie] sont bilatérales. En pratique, si les actions de l'État d'accueil A violent les droits au titre du TCE d'un investisseur de l'État d'origine B ayant investi dans la zone de l'État d'accueil A, seul cet investisseur ou l'État d'origine B ont qualité pour lancer un recours." (*ibid.*)

*que lorsqu'un accord inter se n'altère que les relations bilatérales, il devrait être permis.*<sup>32</sup>

Er kan dus worden gesteld dat de in dezen beoogde wijziging niet strijdig is met de tweede voorwaarde als bedoeld in artikel 41, § 1, van het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht.

### 2.2.3. Conclusie

Het voorgaande toont aan dat er een rechtsgrond bestaat voor de neutralisering van de horizonclausule van het Verdrag inzake het Energiehandvest door een groep van verdragsluitende partijen. Die neutralisering zou het, in combinatie met de terugtrekking uit het verdrag door die partijen, mogelijk maken in te gaan tegen de eerder besproken problematische aspecten van het Verdrag inzake het Energiehandvest en van de erin vervatte ISDS-clausule.

Een dergelijke neutralisering zou echter alleen van toepassing zijn binnen de groep van verdragsluitende partijen welke die neutralisering uitsluitend toepassen in hun wederzijdse betrekkingen; tussen de overige partijen zouden de oorspronkelijke bepalingen blijven gelden. Gesteld dat die groep uit de EU-lidstaten bestaat, dan zou die neutralisering alleen tussen die Staten gelden. Zulks zou evenwel niet beletten dat de horizonclausule kan worden gebruikt door investeerders van niet-Europese staten die het Verdrag inzake het Energiehandvest hebben geratificeerd en dat niet-Europese investeerders bij een terugtrekking van de EU-lidstaten uit het Verdrag inzake het Energiehandvest internationale-arbitrageprocedures tegen hen zouden kunnen aanspannen<sup>33</sup>.

Niettemin lijkt een neutralisering van de horizonclausule van het Verdrag inzake het Energiehandvest door de EU-lidstaten, in combinatie met een terugtrekking van de EU uit het Verdrag inzake het Energiehandvest, een reële meerwaarde te bieden om de Europese Staten te beschermen tegen de risico's waarmee de arbitrageclausule investeerder/Staat van dat verdrag verband houdt, en wel om de volgende redenen:

— bij een neutralisering van de horizonclausule binnen de EU-lidstaten en de daaruit voortvloeiende terugtrekking van de EU uit het Verdrag inzake het Energiehandvest

<sup>32</sup> *Ibid.*

<sup>33</sup> Nathalie Bernasconi-Osterwalder merkt in dat verband het volgende op: "Plutôt que de créer des obligations contraignantes *erga omnes partes*, les obligations du traité [sur la charte de l'énergie] sont bilatérales. En pratique, si les actions de l'État d'accueil A violent les droits au titre du TCE d'un investisseur de l'État d'origine B ayant investi dans la zone de l'État d'accueil A, seul cet investisseur ou l'État d'origine B ont qualité pour lancer un recours." (*ibid.*)

entreprises extra-européennes qui auraient réalisé des investissements au sein de l'EU après le retrait de ses membres du TCE ne pourraient plus avoir recours à sa clause ISDS;

— ainsi que l'a déclaré la Cour de justice de l'Union européenne, la clause ISDS du TCE "n'est pas applicable aux différends opposant un État membre à un investisseur d'un autre État membre au sujet d'un investissement réalisé par ce dernier dans le premier État membre". Cela ne permet, cependant, pas d'évacuer le risque de voir un investisseur intra-européen entamer une procédure d'arbitrage international à l'encontre d'un État européen devant un tribunal d'arbitrage extra-européen. En cas de neutralisation de la clause de survie au sein des États membres de l'EU, et de retrait subséquent des membres de l'EU du TCE, la clause ISDS ne peut plus être invoquée avec succès par un investisseur européen à l'encontre d'un État membre de l'Union européenne, même devant un tribunal d'arbitrage extra-européen;

— une modification du TCE proposée par l'Union européenne en vue d'un retrait du Traité sur la charte de l'énergie pourrait amener d'autres parties contractantes à participer à l'initiative de l'UE;

il semble qu'une neutralisation de la clause de survie du Traité sur la charte de l'énergie par les États membres de l'Union européenne, couplée à un retrait de l'UE du TCE, constituerait une réelle *plus-value* en vue de protéger les États européens des risques associés à la clause d'arbitrage investisseur/État de ce traité.

## V. — OBJET DE LA PROPOSITION DE RÉOLUTION

Considérant les éléments problématiques associés au Traité sur la charte de l'énergie et à sa clause d'arbitrage international des différends entre investisseurs et États, considérant la complexité des négociations relatives à la modernisation du Traité sur la charte de l'énergie et le fait que son article 26 relatif à la clause ISDS n'a pas été ouvert à discussion, considérant l'existence d'un fondement juridique au retrait du Traité sur la charte de l'énergie par le biais d'une neutralisation *inter se* de sa clause de survie et considérant l'avantage que pourrait représenter la neutralisation de la clause de survie au sein de l'Union européenne ainsi que le retrait du TCE par les États membres de l'EU, nous souhaitons demander au

zouden alle niet-Europese ondernemingen die na de terugtrekking van die lidstaten uit het Verdrag inzake het Energiehandvest binnen de EU hebben geïnvesteerd, niet langer een beroep kunnen doen op de ISDS-clausule;

— zoals het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft aangegeven, is de ISDS-clausule van het Verdrag inzake het Energiehandvest niet van toepassing op de geschillen tussen een lidstaat en een investeerder van een andere lidstaat over een investering van die laatste in de eerste lidstaat. Daarmee is het risico dat een Europese investeerder bij een niet-Europese arbitrage-rechtbank een internationale-arbitrageprocedure tegen een Europese Staat aanspant, echter nog niet van de baan. Indien de horizonclausule binnen de EU-lidstaten wordt geneutraliseerd en de EU-lidstaten zich vervolgens terugtrekken uit het Verdrag inzake het Energiehandvest, dan kan een Europese investeerder de ISDS-clausule niet langer succesvol inroepen tegen een EU-lidstaat, zelfs niet bij een niet-Europese arbitragerechtbank;

— een door de Europese Unie voorgestelde wijziging van het Verdrag inzake het Energiehandvest met het oog op de terugtrekking uit dat Verdrag zou andere verdragsluitende partijen ertoe kunnen aanzetten zich achter het EU-initiatief te scharen.

## V. — STREKKING VAN HET VOORSTEL VAN RESOLUTIE

Gezien de problematische aspecten van het Verdrag inzake het Energiehandvest en de internationale-arbitrageclausule voor de beslechting van geschillen tussen investeerders en Staten, gezien de complexiteit van de onderhandelingen over de modernisering van het Verdrag inzake het Energiehandvest, alsook het feit dat artikel 26 inzake de ISDS-clausule niet voor bespreking vatbaar is verklaard, gezien het bestaan van een rechtsgrond voor de terugtrekking uit het Verdrag inzake het Energiehandvest door een internationale neutralisering *inter se* van de horizonclausule van het Verdrag, en gezien het voordeel dat de neutralisering van de horizonclausule binnen de Europese Unie en de terugtrekking uit het Verdrag inzake het Energiehandvest door de EU-lidstaten zouden kunnen opleveren, verzoeken de

gouvernement fédéral de soutenir au niveau européen la réalisation de ces deux dernières initiatives.

Malik BEN ACHOUR (PS)  
Ahmed LAAOUEJ (PS)  
Mélissa HANUS (PS)  
Christophe LACROIX (PS)  
Daniel SENESAEL (PS)  
Kris VERDUYCKT (Vooruit)

indieners de federale regering de verwezenlijking van die beide initiatieven op Europees niveau te steunen.

## PROPOSITION DE RÉSOLUTION

LA CHAMBRE DES REPRÉSENTANTS,

A. considérant les éléments problématiques associés au Traité sur la charte de l'énergie et à sa clause d'arbitrage international des différends entre investisseurs et États, dont:

1° le fait que le Traité sur la charte de l'énergie soit considéré comme une police d'assurance, ainsi que comme une source supplémentaire de profit, par certains investisseurs,

2° le fait que les sommes réclamées par les investisseurs dans le cadre de procédures d'arbitrage international sont très importantes, dépassant régulièrement le montant des investissements,

3° le fait que les sommes devant être versées par les États en raison de décisions des tribunaux internationaux sont également très importantes, et

4° le fait que le Traité sur la charte de l'énergie offre aux entreprises une protection supplémentaire de leurs investissements relatifs aux énergies fossiles face aux nouvelles mesures prises par les États en vue de protéger l'environnement et le climat;

B. considérant la complexité des négociations relatives à la modernisation du Traité sur la charte de l'énergie et le fait que son article 26 n'a pas été ouvert à discussion dans le cadre de ces négociations;

C. considérant l'existence d'un fondement juridique au retrait du Traité sur la charte de l'énergie par le biais d'une neutralisation *inter se* de sa clause de survie;

D. considérant l'avantage que pourrait représenter, d'une part, la neutralisation de la clause de survie au sein de l'Union européenne et, d'autre part, le retrait du Traité sur la charte de l'énergie des États membres de l'Union européenne;

E. vu l'Accord de Paris sur le Climat du 12 décembre 2015 des Nations Unies;

F. vu le Règlement (UE) 2021/1119 du Parlement européen et du Conseil du 30 juin 2021 établissant le cadre requis pour parvenir à la neutralité climatique et modifiant les règlements (CE) n° 401/2009 et (UE) 2018/1999 ("Règlement européen sur le climat");

## VOORSTEL VAN RESOLUTIE

DE KAMER VAN VOLKSVERTEGENWOORDIGERS,

A. gelet op de problematische aspecten van het Verdrag inzake het Energiehandvest en van de internationale-arbitrageclausule voor de beslechting van geschillen tussen investeerders en Staten, waaronder:

1° het feit dat het Verdrag inzake het Energiehandvest door sommige investeerders wordt opgevat als een verzekeringspolis en als een bijkomende bron van winst,

2° het feit dat de bedragen die door de investeerders in het kader van de internationale-arbitrageprocedures worden geëist, enorm zijn en vaak het investeringsbedrag overschrijden,

3° het feit dat de bedragen die de Staten ingevolge uitspraken van internationale rechtbanken moeten betalen, eveneens gigantisch zijn; en

4° het feit dat het Verdrag inzake het Energiehandvest de ondernemingen een bijkomende mogelijkheid biedt hun investeringen in fossiele energie te beschermen tegen de nieuwe maatregelen die de Staten nemen om het milieu en het klimaat te beschermen;

B. gelet op de complexiteit van de onderhandelingen over de modernisering van het Verdrag inzake het Energiehandvest, alsook op het feit dat artikel 26 van dat Verdrag niet vatbaar werd verklaard voor bespreking in het raam van die onderhandelingen;

C. gelet op het bestaan van een rechtsgrond voor de terugtrekking uit het Verdrag inzake het Energiehandvest via een neutralisering *inter se* van de horizonclausule;

D. gelet op het voordeel dat kan voortvloeien uit de neutralisering van de horizonclausule binnen de Europese Unie en uit de terugtrekking uit het Verdrag inzake het Energiehandvest door de lidstaten van de Europese Unie;

E. gelet op het VN-Klimaatakkoord van Parijs van 12 december 2015;

F. gelet op Verordening (EU) 2021/1119 van het Europees Parlement en de Raad van 30 juni 2021 tot vaststelling van een kader voor de verwezenlijking van klimaatneutraliteit, en tot wijziging van Verordening (EG) nr. 401/2009 en Verordening (EU) 2018/1999 ("Europese klimaatwet");



## DEMANDE AU GOUVERNEMENT FÉDÉRAL:

de soutenir au niveau européen l'octroi d'un mandat à la Commission européenne pour:

a) apporter, en tant que groupe de Parties contractantes, une modification du Traité sur la charte de l'énergie visant la neutralisation des effets juridiques du paragraphe 3 de l'article 47 du Traité sur la Charte de l'énergie au sein des États membres de l'Union européenne; et

b) acter le retrait de l'Union européenne et de ses États membres du Traité sur la Charte de l'énergie.

21 février 2022

Malik BEN ACHOUR (PS)  
Ahmed LAAOUEJ (PS)  
Mélissa HANUS (PS)  
Christophe LACROIX (PS)  
Daniel SENESAEL (PS)  
Kris VERDUYCKT (Vooruit)

## VERZOEKT DE FEDERALE REGERING:

op Europees niveau de toekenning van een mandaat aan de Europese Commissie te steunen, teneinde:

a) als groep van verdragsluitende partijen een wijziging aan te brengen aan het Verdrag inzake het Energiehandvest, tot neutralisering van de juridische gevolgen van artikel 47, § 3, van het Verdrag inzake het Energiehandvest binnen de lidstaten van de Europese Unie; en

b) de terugtrekking van de Europese Unie en van haar lidstaten uit het Verdrag inzake het Energiehandvest te bewerkstelligen.

21 februari 2022