

LA GOUVERNANCE DES INVESTISSEMENTS INTERNATIONAUX ET LA RÉALISATION D'UN AVENIR CARBONEUTRE ÉQUITABLE

Octobre | 2022



**Columbia Center
on Sustainable Investment**

A JOINT CENTER OF COLUMBIA LAW SCHOOL
AND THE EARTH INSTITUTE, COLUMBIA UNIVERSITY

Table des matières

03 Introduction

05 Qu'est-ce qu'un traité d'investissement ?

06 Droit et politique de l'investissement dans le cadre des objectifs climatiques

09 Une nouvelle vision de la gouvernance des investissements internationaux

09 1 Promouvoir les investissements axés sur le climat et la prévention des préjudices

10 2 Renforcer la gouvernance et préserver l'espace réglementaire

11 3 Encourager et faciliter la coopération

12 Réflexions

À PROPOS DES AUTEURS

► Ella Merrill, Martin Dietrich Brauch, et Lisa Sachs.

Ella Merrill était associée de programme au Columbia Center on Sustainable Investment (CCSI). Martin Dietrich Brauch est chercheur principal au CCSI, et Lisa Sachs est directrice du CCSI. Les auteurs remercient Jesse Coleman et Jack Arnold du CCSI pour leurs précieux apports et leur relecture.

Citation suggérée: Merrill, Ella, Martin Dietrich Brauch, et Lisa Sachs. *La gouvernance des investissements internationaux et la réalisation d'un avenir carboneutre équitable*. New York: Columbia Center on Sustainable Investment (CCSI), 2022, <https://ccsi.columbia.edu/content/investment-governance-climate-energy>.

Introduction

Le Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC) a estimé que le monde dispose de moins de 30 ans pour décarboniser entièrement l'économie mondiale et éviter un changement climatique désastreux et irréversible.¹ La décarbonisation mondiale nécessitera des efforts considérables et aura des répercussions sur chaque pays. Dans le cadre de l'Accord de Paris, les États se sont engagés à limiter le réchauffement de la planète à 1,5 °C par rapport aux niveaux préindustriels. L'Agence internationale de l'énergie (AIE) a étayé la position selon laquelle le monde doit parvenir à la carboneutralité d'ici à 2050, avec des progrès considérables d'ici à 2030, pour avoir une chance de réaliser cet objectif.²

Pour garantir un avenir sans carbone, 80 % de tous les actifs de combustibles fossiles résiduels doivent rester dans le sol,³ et selon l'AIE, aucun nouveau gisement de gaz ou de pétrole ne devrait être homologué, et aucune nouvelle mine de charbon ne devrait être exploitée.⁴ Une élimination progressive et accélérée de l'énergie fossile doit avoir lieu – peu ou pas d'infrastructures d'énergie fossile peuvent être construites, et une grande partie de celles déjà en place devront peut-être être retirées prématurément.⁵

Les secteurs de la navigation et du transport – du transport aérien et du fret aux systèmes de transport public dans les villes du monde entier – doivent également être rapidement décarbonisés. Les normes d'efficacité énergétique des automobiles, des bâtiments et des appareils devront être renforcées. D'autres facteurs contribuant aux émissions industrielles, tels que la production et le traitement de matériaux essentiels comme le ciment, l'acier et les engrais, doivent également être réduits ou remplacés.

Alors que la grande majorité des réserves de combustibles fossiles doivent être laissées dans le sol et que les infrastructures existantes doivent être retirées, des milliards de milliards de dollars devront être investis pour que le monde puisse développer l'accès à des énergies renouvelables financièrement abordables.⁶ La transition énergétique zéro carbone exigera une mobilisation sans équivalent des ressources financières pour investir dans la production, la transmission, la distribution et le stockage des énergies renouvelables, la modernisation des infrastructures existantes, le développement de nouvelles technologies et la capture du carbone dans la mesure nécessaire.

Des investissements seront nécessaires pour « développer l'infrastructure et améliorer la technologie afin d'approvisionner en services énergétiques modernes et durables tous les habitants des pays en développement, en particulier des pays les moins avancés, des petits États insulaires en développement et des pays en développement sans littoral. »⁷ Heureusement, les pays africains disposent d'un énorme potentiel en matière d'énergies renouvelables, notamment dans les domaines de l'énergie éolienne, solaire, géothermique et hydraulique.⁸ Beaucoup d'entre eux possèdent aussi les minéraux indispensables à la production de technologies d'énergie renouvelable – des minéraux dont le reste du monde dépendra.⁹

De nombreuses régions dépendent également de l'extraction de combustibles fossiles pour leurs revenus, et la majorité des actifs liés à ces combustibles qui devront être abandonnés

¹ « Résumé pour les décideurs du rapport spécial du GIEC sur le réchauffement climatique de 1,5°C approuvé par les gouvernements » (2018) GIEC, <https://www.ipcc.ch/2018/10/08/summary-for-policy-makers-of-ipcc-special-report-on-global-warming-of-1-5c-approved-by-governments/>; « Net Zero d'ici 2050: Une feuille de route pour le secteur énergétique mondial » (2021) Agence internationale de l'énergie, <https://www.iea.org/reports/net-zero-by-2050>.

² « Selon un rapport spécial de l'AIE, la voie menant à l'objectif crucial et remarquable de zéro émission nette d'ici 2050 est étroite mais présente d'énormes avantages » (2021) Agence internationale de l'énergie, <https://www.iea.org/news/pathway-to-critical-and-formidable-goal-of-net-zero-emissions-by-2050-is-narrow-but-brings-huge-benefits>.

³ Christopher McGlade and Paul Ekins, « La répartition géographique des combustibles fossiles non utilisée lorsqu'on limite le réchauffement climatique à 2°C », (2015) Nature 517, 187-190, <https://www.nature.com/articles/nature14016>.

⁴ « Net Zero d'ici 2050 : Une feuille de route pour le secteur énergétique mondial (2021) Agence internationale de l'énergie », 11, <https://www.iea.org/reports/net-zero-by-2050>.

⁵ « Plan d'action zéro carbone de l'Amérique » (2020) Le consortium carbone zéro, <https://irp-cdn.multiscreensite.com/6f2c9f57/files/uploaded/zero-carbon-action-plan%20%281%29.pdf>.

⁶ « Objectif 7 : Assurer l'accès de tous à une énergie abordable, fiable, durable et moderne, Objectifs de développement durable des Nations unies. », <https://sdgs.un.org/goals/goal7>.

⁷ Objectif 7, cible 7.b (n 6).

⁸ Jeffrey D. Sachs et al., « Feuille de route pour l'électrification sans émission de carbone de l'Afrique d'ici 2050 : La transition énergétique verte et le rôle du secteur des ressources naturelles (minéraux, combustibles fossiles et terres), (2021), <https://ccsi.columbia.edu/content/roadmap-zero-carbon-electrification-africa>.

⁹ Martin Dietrich Brauch, « Réformer le droit international des investissements pour atteindre les objectifs en matière de changement climatique » dans Michael Mehling et Harro van Asselt (eds) Manuel de recherche sur le financement et les investissements climatiques (Edward Elgar, 2021), <https://academiccommons.columbia.edu/doi/10.7916/d8-300v-7h63>; Perrine Toledano et al., « Ne pas faire preuve de prudence : dans la transition énergétique verte, les minéraux essentiels ne seront pas tous des mines d'or » (CCSI, 2020), <https://ccsi.columbia.edu/content/dont-throw-caution-wind-green-energy-transition-not-all-critical-minerals-will-be-goldmines>.

pour respecter les engagements climatiques sont implantés à l'intérieur de leurs frontières. Par exemple, neuf pays d'Afrique figurent parmi les 40 pays dont la part du PIB la plus élevée provient des revenus du pétrole et du gaz – la proportion varie de 12 % à 81 % des recettes publiques sur une période de trois ans.¹⁰ Les pays producteurs de pétrole à faible revenu seront particulièrement touchés par la baisse des prix du pétrole, car leurs coûts de production ne seront pas mondialement concurrentiels lorsque la demande déclinera.¹¹

Bien qu'elles aient le moins contribué aux émissions historiques, les économies en développement seront les plus touchées par le changement climatique et la transition énergétique. Les économies en développement et émergentes d'Afrique, d'Asie et des Amériques sont les plus vulnérables aux impacts physiques et financiers du changement climatique. Elles ont les niveaux d'électrification les plus bas et la plus grande dépendance énergétique vis-à-vis des combustibles fossiles. Conformément au dernier rapport du GIEC, au moins 3,5 milliards de personnes vivent dans des endroits qui ont déjà cruellement besoin de s'adapter aux effets du changement climatique ; le rapport estime que les pays en développement auront besoin à eux seuls de 127 milliards de dollars par an pour couvrir les coûts d'adaptation.¹²

Il est primordial que ces pays reçoivent les investissements directs étrangers (IDE) et le soutien financier requis pour atténuer le changement climatique et s'y adapter, ainsi que pour faire face aux impacts et aux dommages liés au climat.¹³ Le déficit de financement des économies en développement est accentué par la mauvaise notation du risque souverain, due à des systèmes de classification mal conçus.¹⁴

Jusqu'à récemment, le droit et la politique de l'investissement international ont été largement négligés par les négociateurs lors des réunions internationales sur le changement climatique telles que la Conférence des Parties (CdP) à la Convention-Cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (CCNUCC), malgré le rôle important qu'ils jouent pour faire avancer ou entraver les efforts de lutte contre le changement climatique.

Le dernier rapport du GIEC reconnaît que si les traités d'investissement ont le potentiel de jouer un rôle dans la promotion des investissements nécessaires, les traités tels qu'ils sont rédigés risquent de retarder ou d'empêcher les actions nécessaires en matière de climat.¹⁵ Comme le souligne le rapport du GIEC, les protections accordées aux investisseurs par le droit international des investissements permettent aux entreprises de combustibles fossiles, à d'autres investisseurs à fortes émissions et à leurs actionnaires de poursuivre les gouvernements pour des actions et des réglementations – y compris celles prises pour se conformer aux engagements climatiques – qui ont un impact négatif sur les résultats de leurs investissements.

Cependant, un régime d'investissement international entièrement inédit, conçu dans l'optique du climat et d'autres objectifs mondiaux, pourrait servir d'outil pour accélérer les investissements nécessaires à la résolution de la crise climatique et pour faciliter la coopération internationale en vue d'atteindre les objectifs mondiaux en matière de climat et de développement.



¹⁰ « Au-delà des États pétroliers : L'impérieuse nécessité de réduire la dépendance au pétrole dans le cadre de la transition énergétique » (2021) Carbon Tracker, <https://carbontracker.org/reports/pestates-energy-transition-report/>.

¹¹ Feuille de route (n 8).

¹² GIEC, 2022 : *Changement climatique 2022 : Atténuation du changement climatique*. Contribution du groupe de travail III au sixième rapport d'évaluation du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat [H.-O. Pörtner, D.C. Roberts, M. Tignor, E.S. Poloczanska, K. Mintenbeck, A. Alegria, M. Craig, S. Langsdorf, S. Lösschke, V. Möller, A. Okem, B. Rama (eds.)]. La presse de l'université de Cambridge. Dans la Presse.

¹³ Martin Dietrich Brauch and Brenda Akankunda, « Gouvernance des investissements en Afrique pour soutenir la résilience climatique et la décarbonisation », (10 décembre 2021), <https://ccsi.columbia.edu/news/investment-governance-africa-support-climate-resilience-and-decarbonization>. Voir aussi Jeffrey D. Sachs et al., « Feuille de route pour l'électrification sans carbone de l'Afrique d'ici 2050 : La transition énergétique verte et le rôle du secteur des ressources naturelles (minéraux, combustibles fossiles et terres) », (2021), <https://ccsi.columbia.edu/content/roadmap-zero-carbon-electrification-africa>.

¹⁴ Nations Unies, Groupe de travail inter-agences sur le financement du développement, *Rapport 2022 sur le financement du développement durable*. (New York : Nations Unies, 2022), 23, <https://developmentfinance.un.org/fsdr2022>.

¹⁵ GIEC, 2022 : *Changement climatique 2022 : Atténuation du changement climatique*. Contribution du groupe de travail III au sixième rapport d'évaluation du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat [P.R. Shukla, J. Skea, R. Slade, A. Al Khourdajie, R. van Diemen, D. McCollum, M. Pathak, S. Some, P. Vyas, R. Fradera, M. Belkacemi, A. Hasija, G. Lisboa, S. Luz, J. Malley, (eds.)]. Cambridge University Press, Cambridge, UK and New York, NY, USA. doi: 10.1017/9781009157926, Chapters 14 and 15.

Qu'est-ce qu'un traité d'investissement ?

Le droit international de l'investissement se compose de traités bilatéraux et multilatéraux d'investissement ainsi que des chapitres sur l'investissement inclus dans les accords commerciaux qui offrent des protections et des privilèges aux investisseurs étrangers.¹⁶ La grande majorité des plus de 3 300 traités d'investissement conclus à ce jour (dont plus de 2 600 sont en vigueur) ont été signés dans l'espoir, pour les États parties, qu'ils contribueraient à promouvoir l'IDE, faisant ainsi progresser le développement, et renforcer la diplomatie ainsi que l'état de droit. Malgré ces hypothèses, les preuves que les traités d'investissement atteignent leurs objectifs d'augmentation de l'investissement, et donc les résultats en matière de développement, au mieux ne sont pas concluantes, et les coûts considérables des traités pour les États et leurs parties prenantes sont de plus en plus élevés.¹⁷

Les protections des investisseurs inscrites dans les traités d'investissement sont appliquées par le biais du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) – un mécanisme privé de règlement des différends par lequel les investisseurs étrangers peuvent directement poursuivre les États hôtes pour des actions perçues comme affectant leurs intérêts.¹⁸ Bien que de nombreux traités comportent des clauses qui précisent certaines exonérations ou certains pouvoirs conservés par les gouvernements pour des mesures prises de bonne foi et dans l'intérêt public, ces dispositions ont été en grande partie négligées, ignorées ou affaiblies par les arbitres.¹⁹

Le RDIE a été utilisé pour remettre en cause avec succès des mesures telles que:

- ▶ Les modifications des régimes fiscaux ;
- ▶ L'obligation pour les investisseurs d'acheter des biens et services locaux ou d'investir dans la recherche et le développement locaux ;
- ▶ La résiliation de contrats, la révocation ou la résiliation de permis, ou les décisions de ne pas octroyer ou reconduire des permis ;
- ▶ L'obligation pour les investisseurs de consulter les communautés ou de compenser les préjudices subis ;
- ▶ Des réglementations environnementales plus rigoureuses ou nouvelles et d'autres modifications des cadres réglementaires ;
- ▶ Élimination progressive du charbon ; et
- ▶ Tentatives d'application du principe du pollueur-payeur.²⁰



¹⁶ Pour une analyse plus approfondie des traités d'investissement, voir : « Guide des traités d'investissement internationaux et du règlement des différends entre investisseurs et États » (2022) Columbia Center on Sustainable Investment, <https://ccsi.columbia.edu/content/primer-international-investment-treaties-and-investor-state-dispute-settlement>.

¹⁷ Lise Johnson et al., « Coûts et avantages des traités d'investissement : Considérations pratiques pour les États », (2018), Columbia Center on Sustainable Investment, <https://ccsi.columbia.edu/sites/default/files/content/pics/Cost-and-Benefits-of-Investment-Treaties-Practical-Considerations-for-States-ENG-mr.pdf>; Joachim Pohl, « Avantages et coûts sociétaux des accords d'investissement international », (2018), Documents de travail de l'OCDE sur l'investissement international, https://www.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/societal-benefits-and-costs-of-international-investment-agreements_e5f85c3d-en; Joe C. Brada et al., « La protection des investisseurs augmente-t-elle l'investissement direct étranger ? Meta analyse » (2020) Revue des enquêtes économiques, Vol. 35, Issue 1, <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/joes.12392>.

¹⁸ Pour une analyse plus approfondie des traités d'investissement, voir : « Guide des traités d'investissement internationaux et du règlement des différends entre investisseurs et États » (2022) Columbia Center on Sustainable Investment, <https://ccsi.columbia.edu/content/primer-international-investment-treaties-and-investor-state-dispute-settlement>.

¹⁹ Par exemple, voir Eco Oro c. Colombie, affaire CIRDI n° ARB/16/41.

²⁰ Lisa Sachs, et al., « Injustice environnementale : Comment les traités sapent les droits de l'homme liés à l'environnement, » (2020) La Revue de Juristes de Sciences Po N°18, <https://ccsi.columbia.edu/sites/default/files/content/docs/blog/revue-numero-18-L-Sachs-Johnson-Merill-Investment-Law-and-Environmental-Justice-.pdf>.

Droit et politique de l'investissement dans le cadre des objectifs climatiques

Au fur et à mesure que les responsables politiques adoptent des mesures visant à lutter contre le changement climatique – suppression des centrales électriques au charbon ou au gaz, mise en œuvre de normes d'efficacité énergétique ou de systèmes de tarification du carbone, retrait des permis d'exploration ou d'extraction des ressources en combustibles fossiles, application de nouvelles règles de zonage tenant compte de l'élévation du niveau de la mer, etc. – la rentabilité des investissements à émissions élevées sera touchée. De même, les décideurs politiques peuvent prendre d'autres mesures fiscales ou réglementaires en réponse à l'évolution des conditions du marché de l'énergie, même si elles ne sont pas explicitement motivées par le climat. Les impacts potentiels de ces mesures sur divers investissements sont similaires à ceux qui ont, par le passé, donné lieu à des demandes de RDIE.²¹

Grâce au RDIE, le coût du délaissement des actifs, de la réalisation des objectifs d'atténuation du changement climatique ou de l'adaptation au changement climatique est transféré de l'investisseur aux États, aux contribuables et aux consommateurs d'énergie. En effet, les entreprises de combustibles fossiles pourraient être « remboursées » lorsque les mesures climatiques nuisent à leurs résultats, alors qu'elles sont averties depuis des décennies que la combustion de combustibles fossiles est la principale cause du changement climatique et que leurs réserves risquent de s'épuiser ;²² aujourd'hui encore, les entreprises de combustibles fossiles continuent d'explorer de nouvelles réserves, malgré la déclaration de l'AIE selon laquelle il n'y a pas lieu de poursuivre l'exploration ou l'extraction de combustibles fossiles. Le droit international des investissements protège les investisseurs contre les risques liés à la transition énergétique, en prolongeant les investissements téméraires dans les combustibles fossiles et en encourageant les investissements dans des actifs et des pratiques qui auraient dû être abandonnés depuis des années.²³

L'un des milliers de traités qui menacent l'action climatique est le Traité sur la Charte de l'énergie (TCE), un traité qui a été créé à l'origine pour promouvoir la coopération internationale dans le secteur de l'énergie.²⁴ Aujourd'hui, les États parties au TCE risquent d'être tenus pour responsables d'importantes mesures d'intérêt public, dont la politique climatique, en vertu du mécanisme RDIE du TCE.²⁵ Le mécanisme RDIE du TCE est le plus fréquemment invoqué. Une ancienne employée du secrétariat du TCE est devenu un « lanceur d'alerte climatique » après avoir déclaré que le TCE n'est pas du tout Paris-compatible (une référence à l'Accord de Paris). Soulignant que la motivation derrière une mesure gouvernementale n'est pas appropriée dans les litiges RDIE, elle a cité des exemples de cas en Europe de l'Est où les gouvernements font face à des plaintes pour avoir changé les lois afin de lutter contre la pauvreté énergétique. Si les investisseurs continuent d'intenter des procès pour contester les politiques climatiques, elle a prédit que les contribuables finiraient par payer des milliards de dollars de dommages aux investisseurs dans les combustibles fossiles.²⁶



²¹ Ibid.

²² Martin Dietrich Brauch et Brenda Akankunda, « Gouvernance des investissements en Afrique pour soutenir la résilience climatique et la décarbonisation », (10 décembre 2021), <https://ccsi.columbia.edu/news/investment-governance-africa-support-climate-resilience-and-decarbonization>.

²³ Kyla Tienhaara et Lorenzo Cotula, « Augmenter le coût de l'action climatique ? Le règlement des différends entre investisseurs et États et l'indemnisation des actifs échoués en combustibles fossiles », (2020) Institut international pour l'environnement et le développement, <https://pubs.iied.org/17660iied>. Voir aussi Martin Dietrich Brauch et Brenda Akankunda, « Gouvernance des investissements en Afrique pour soutenir la résilience climatique et la décarbonisation », (10 décembre 2021), <https://ccsi.columbia.edu/news/investment-governance-africa-support-climate-resilience-and-decarbonization>.

²⁴ Martin Dietrich Brauch, « L'Union européenne doit-elle réparer, abandonner ou supprimer le traité sur la charte de l'énergie ? » (2021) Columbia Center on Sustainable Investment, <https://ccsi.columbia.edu/news/should-european-union-fix-leave-or-kill-energy-charter-treaty>.

²⁵ Martin Dietrich Brauch et Brenda Akankunda, « Gouvernance des investissements en Afrique pour soutenir la résilience climatique et la décarbonisation », (10 décembre 2021), <https://ccsi.columbia.edu/news/investment-governance-africa-support-climate-resilience-and-decarbonization>. Cet article utilise l'exemple de la campagne Save Lamu, dans laquelle les communautés ont réussi à bloquer un projet indésirable de centrale électrique au charbon au Kenya.

²⁶ Yamina Saheb dans Enquête sur l'Europe, « La lanceuse d'alerte Yamina Saheb sur le traité sur la charte de l'énergie », (2021), https://www.youtube.com/watch?v=w7GT_mrGX7Q; Kyla Tienhaara et al., « Les différends entre investisseurs et États menacent la transition vers l'énergie verte au niveau mondial », (Mai 2022), 376 Science 6594, 701-703, <https://www.science.org/doi/abs/10.1126/science.abo4637>.

1^{er} tableau : cas de RDIE liés à des mesures d'atténuation ou d'adaptation au changement climatique

Intitulé du dossier	Traité	Détails du projet	Montant réclamé	Résultat	Mesure politique contestée
<i>Vattenfall c. Allemagne (2009)</i>	TCE	Centrale électrique au charbon de Moorburg.	1.4 milliards de dollars américains	Réglé.	La nouvelle administration impose des exigences plus strictes en matière d'utilisation de l'eau et rend obligatoire la construction d'une échelle à poissons.
<i>TRUenergy c. Australie (2009)</i>	Hong Kong-Australie	Entreprise locale d'énergie.	N.A.	Menacé.	Compensation pour les centrales au charbon et autres gros pollueurs dans le cadre de la législation sur le climat.
<i>Vattenfall c. Allemagne II (2012)</i>	TCE	Deux centrales nucléaires en Allemagne.	5.14 milliards de dollars américains	Réglé. L'Allemagne a versé un total de 2,5 milliards de dollars US à quatre entreprises énergétiques.	Le plan allemand de sortie du nucléaire d'ici 2022.
<i>Lone Pine v. Canada (2013)</i>	ALENA	Pipeline Keystone XL transportant du pétrole brut des sables bitumineux de l'Alberta vers les raffineries américaines.	109,8 millions de dollars américains	Réglé.	Le président américain a annulé le projet de l'oléoduc en invoquant des préoccupations liées au changement climatique.
<i>TransCanada c. États-Unis (2016)</i>	ALENA	Keystone XL Pipeline carrying crude oil from Alberta tar sands to U.S. refineries.	15 milliards de dollars américains	Réglé.	Le président américain a annulé le projet de l'oléoduc en invoquant des préoccupations liées au changement climatique.
<i>Rockhopper c. Italie (2017)</i>	TCE	Exploration pétrolière dans le champ d'Ombrina Mare situé à six miles au large.	N.A.	En attente.	Le gouvernement italien interdit l'exploration pétrolière et gazière dans un rayon de 12 milles marins du littoral.
<i>Westmoreland c. Canada (2018)</i>	ALENA	Les mines de charbon sont délibérément situées près des centrales électriques afin de réduire les besoins en infrastructures d'exportation.	357 millions de dollars américain	Abandonné.	Élimination progressive des centrales au charbon d'ici 2030.
<i>Lama c. Canada (2019)</i>	TBI Canada - République Tchèque	Champ de sables bitumineux en Alberta, Canada.	Inconnu	Avis d'intention d'introduire une demande d'indemnisation.	Retards dans l'approbation des réglementations suite à une nouvelle administration favorable à l'environnement et aux droits des autochtones.
<i>Vermilion c. France</i>	TCE	Entreprise pétrolière et gazière possédant 26 sites d'extraction en France.	Inconnu	Menacé. Jamais mise en œuvre en raison de l'affaiblissement ultérieur de la législation.	Le ministre français de l'Environnement a rédigé une loi mettant fin à l'extraction de combustibles fossiles sur le territoire français d'ici 2040 et interdisant le renouvellement de tous les permis d'exploitation.
<i>Ascent Resources c. Slovaquie (2020)</i>	TCE	Fracking dans le champ pétrolier et gazier de Petišovci près de sources d'eau importantes.	Fixé à 126,7 millions de dollars américains	Avis d'intention. La Slovaquie a ensuite adopté une loi autorisant une certaine fracturation.	L'Agence slovaque de l'environnement a demandé à l'investisseur de réaliser une étude d'impact sur l'environnement, nécessaire pour obtenir un permis environnemental.
<i>Uniper c. Pays-Bas (2021)</i>	TCE	L'une des plus grandes centrales électriques au charbon des Pays-Bas.	Fixé à 1.06 milliards de dollars américains	Avis de litige.	Le gouvernement néerlandais prévoit de fermer toutes les centrales au charbon d'ici 2030.
<i>RWE c. Pays-Bas (2021)</i>	TCE	Deux centrales électriques au charbon.	Fixé à 2.96 milliards de dollars américain	En attente.	Le gouvernement néerlandais prévoit de fermer toutes les centrales au charbon d'ici 2030.
<i>TC Energy c. États-Unis (2021)</i>	USMCA Disposition héritée de l'ALENA	L'oléoduc Keystone XL.	15 milliards de dollars américains	Avis d'intention.	Décret révoquant les permis de construction du pipeline.
<i>Alberta PMC c. États-Unis (2022)</i>	ALENA	Propriété de la province de l'Alberta. Petroleum Marketing Commission.	1 milliard de dollars américains	Avis de litige.	L'annulation du projet d'oléoduc Keystone XL par le président américain.

La seule menace d'un procès RDIE, ou la crainte de procès RDIE, peut décourager ou empêcher les gouvernements de régler les investissements visant à réduire les émissions de gaz à effet de serre.²⁷ Ce gel réglementaire résulte de plusieurs facteurs : les coûts de contentieux prohibitifs,²⁸ le coût élevé des décisions défavorables du RDIE et la crainte de voir sa réputation entachée. Le montant moyen des dommages-intérêts demandés par les investisseurs est de 1,6 milliard de dollars (il n'y a pas de pénalité pour les demandes excessives), et le montant moyen d'une sentence est de 437,5 millions de dollars.²⁹ Dans certains pays, ces coûts se sont accumulés – la Colombie, par exemple, a dû faire face à 17 cas depuis 2016, et l'Espagne a dû faire face à environ 40 cas pour avoir rétracté un ensemble d'incitations spécifiques à un secteur en réponse à un déficit tarifaire et à une crise financière.³⁰

Au moins quatre des affaires figurant dans le Tableau 1 – *TransCanada c. États-Unis*, *Westmoreland c. Canada*, *Lama c. Canada* et *Vermillion c. France* – ont conduit à des changements ultérieurs de politique par des États, ce qui a poussé les investisseurs à retirer leur plainte, ayant ainsi obtenu le résultat souhaité.³¹ Bien que le gel réglementaire³² soit un problème dont on parle depuis longtemps, il a été difficile à documenter ou à mesurer. Ces dernières années, cependant, des preuves plus concrètes sont apparues, notamment dans le domaine de la politique climatique. En plus des cas mentionnés ci-dessus, en 2022, les décideurs politiques du Danemark et de la Nouvelle-Zélande ont déclaré que la menace de RDIE bloquait l'élaboration de la politique climatique de leurs pays.³³

Les entreprises des secteurs pétrolier, gazier et minier ont déposé environ un quart de toutes les plaintes RDIE connues, et 29 % de toutes les plaintes connues en 2021.³⁴ Les tribunaux arbitraux leur ont accordé 73,2 milliards de dollars américains depuis 1995. Sur les 14 décisions connues dépassant 1 milliard de dollars, 11 ont été accordées à des entreprises pétrolières, gazières et minières. Les plaintes en instance déposées par des sociétés pétrolières, gazières et minières s'élevaient à 99,1 milliards de dollars américains en 2021 – ce chiffre n'inclut pas les 40 affaires en instance pour lesquelles les montants des plaintes n'ont pas été divulgués.³⁵ En 2021, les investisseurs ont engagé au moins 68 procédures RDIE connues.³⁶ Tout ceci signifie que les décideurs politiques du monde entier peuvent à juste titre s'attendre à ce que les contestations fondées sur les traités de la part des entreprises de combustibles fossiles et autres entreprises extractives, des investisseurs impliqués dans les infrastructures ou dans le secteur de l'électricité, ainsi que d'autres types d'investisseurs, augmentent dans les années et les décennies à venir.



²⁷ Kyla Tienhaara, « Le gel réglementaire dans un monde en réchauffement : La menace que représente le règlement des différends entre investisseurs et États pour la politique climatique », *Droit environnemental transnational* Vol.7 numéro 2 (2018), <https://www.cambridge.org/core/journals/transnational-environmental-law/article/regulatory-chill-in-a-warming-world-the-threat-to-climate-policy-posed-by-investor-state-dispute-settlement/C1103F92D8A9386D33679A649FEF7C84>.

²⁸ Le coût moyen des procédures RDIE s'élève à 13 millions de dollars américains pour le demandeur et le défendeur ensemble. « Introduction aux traités d'investissement internationaux et au règlement des différends entre investisseurs et États », (2022), Columbia Center on Sustainable Investment, <https://ccsi.columbia.edu/content/primer-international-investment-treaties-and-investor-state-dispute-settlement>.

²⁹ Ibid.

³⁰ Ibid; Isabella Reynoso, « La saga des énergies renouvelables en Espagne : leçons pour le droit international des investissements et l'investissement durable », (2019), *Actualités des traités d'investissement*, <https://www.iisd.org/itn/en/2019/06/27/spains-renewable-energy-saga-lessons-for-international-investment-law-and-sustainable-development-isabella-reynoso/>.

³¹ Martin Dietrich Brauch, « L'action climatique a besoin d'une gouvernance de l'investissement, et non d'une protection et d'un arbitrage de l'investissement », (2022) Columbia Center on Sustainable Investment, <https://ccsi.columbia.edu/news/climate-action-needs-investment-governance-not-investment-protection-isds>. Voir aussi Ella Merrill and Martin Dietrich Brauch, « Le leadership américain en matière de climat doit rejeter le RDIE : alors que les États-Unis font face à un nouveau procès de 15 milliards de dollars de la part de l'industrie des combustibles fossiles, il est temps pour le président Biden d'adopter une position décisive », (2021) Columbia Center on Sustainable Investment, <https://ccsi.columbia.edu/news/us-climate-leadership-must-reject-isds-united-states-faces-another-15-billion-suit-fossil-fuel>.

³² En savoir plus sur le gel réglementaire, voir: Kyla Tienhaara, « Le gel réglementaire dans un monde en réchauffement : La menace que représente le règlement des différends entre investisseurs et États pour la politique climatique », (2018) *Droit Transnational de l'Environnement* Vol. 7 Numéro 2, <https://www.cambridge.org/core/journals/transnational-environmental-law/article/regulatory-chill-in-a-warming-world-the-threat-to-climate-policy-posed-by-investor-state-dispute-settlement/C1103F92D8A9386D33679A649FEF7C84>; Julia Brown, « Les accords internationaux d'investissement : Le gel réglementaire face à la chaleur litigieuse », Volume 3, Numéro 1, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2617369.

³³ Elizabeth Meager, « Les objectifs de la COP26 sont repoussés sous la menace d'une action en justice », (2022) *Capital Monitor*, <https://capitalmonitor.ai/institution/government/cop26-ambitions-at-risk-from-energy-charter-treaty-lawsuits/>.

³⁴ Manuel Perez Rocha, « Les absents des négociations sur le climat : Le pouvoir des entreprises de poursuivre les gouvernements sur les politiques d'extraction », (2021) *Inequality.org*, <https://inequality.org/research/missing-from-the-climate-talks-corporate-powers-to-sue-governments-over-extractives-policies/>; Leo di Salvatore, « Les différends entre investisseurs et États dans l'industrie des combustibles fossiles », (2021) *Institut international du développement durable*, <https://www.iisd.org/publications/report/investor-state-disputes-fossil-fuel-industry>.

³⁵ Dossier sur les industries extractives; Manuel Perez Rocha, « Les absents des négociations sur le climat : Absent des négociations sur le climat : Le pouvoir des entreprises de poursuivre les gouvernements sur les politiques d'extraction », (2021) *Inequality.org*, <https://inequality.org/research/missing-from-the-climate-talks-corporate-powers-to-sue-governments-over-extractives-policies/>.

³⁶ CNUCED, Guide du règlement des différends relatifs aux investissements (en anglais), <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>.

Une nouvelle vision de la gouvernance des investissements internationaux³⁷

Se limiter à essayer de rééquilibrer le régime d'investissement international en affinant certaines protections des investisseurs, et à atténuer les inconvénients d'un système qui ne procure que peu d'avantages aux États, ne résout pas le problème d'inadéquation fondamentale des traités d'investissement par rapport aux objectifs climatiques convenus au niveau mondial et le plan de développement durable.³⁸

Les tentatives récentes d'éviter certains préjudices par des dispositions spéciales ne se sont pas avérées efficaces. Par exemple, les tribunaux ont ignoré ou minimisé les exceptions ou les exclusions protégeant certains types de mesures contre les réclamations RDIE,³⁹ et les investisseurs peuvent les éviter dans la formulation de la réclamation. De nombreuses réformes proposées reposent sur l'interprétation et l'application par des arbitres nommés par les parties, qui ont intérêt à se déclarer compétents pour les affaires,⁴⁰ ou ne parviennent pas à remédier à d'autres aspects néfastes du système, comme l'exclusion de voix influentes des procédures. La question primordiale est que les inconvénients des traités d'investissement, même avec les réformes proposées, l'emportent sur les avantages incertains.

Comme indiqué, des milliards de dollars doivent être mobilisés dans le monde entier pour l'atténuation et l'adaptation, ainsi que l'investissement direct étranger jouera un rôle crucial. Les États ont l'occasion de réfléchir de manière critique à la façon dont la gouvernance des investissements peut servir et soutenir les objectifs climatiques aux niveaux national et international. Plus concrètement

1. Les traités pourraient promouvoir les investissements qui aident les États parties à faire progresser les engagements et les besoins en matière de climat et d'énergie, notamment en ce qui concerne l'atténuation, l'accès universel à des énergies renouvelables abordables et l'adaptation au climat. Les États devraient veiller à ce que les traités ne favorisent pas les investissements qui compromettent ces progrès
2. Les traités pourraient renforcer la gouvernance nationale et les institutions publiques. Pour faire face à la crise climatique, il faudra une réglementation et une application solides. Les traités devraient donner aux États le pouvoir de réglementer les investissements conformément aux engagements climatiques et aux normes en matière de droits de l'homme ; et
3. Les traités pourraient permettre de combler les lacunes de la gouvernance climatique transnationale et d'éviter une course réglementaire vers le bas.

1 | Promouvoir les investissements axés sur le climat et la prévention des préjudices

Les IDE sont nécessaires pour parvenir à une décarbonisation rapide⁴¹ et à un accès universel à des énergies renouvelables abordables.⁴² Pour de nombreux pays, le chemin vers le net zéro nécessitera, notamment, la mise en place de réseaux centralisés performants, flexibles et numérisés ; de connexions décentralisées et abordables aux réseaux, de mini-réseaux et de systèmes d'énergie solaire ; de transformations nationales en matière de numérisation ; et de l'électrification des transports. Les subventions aux énergies fossiles devront être abrogées.⁴³

³⁷ Cette section s'inspire largement d'un cadre à trois piliers présentés dans un document de 2019 du Columbia Center on Sustainable Investment. (CCSI). Lise Johnson et al., « Aligner les accords internationaux d'investissement sur les objectifs de développement durable (en anglais) », (2019) Columbia Journal of Transnational Law 58-1, <https://ccsi.columbia.edu/content/aligning-investment-treaties-sustainable-development>.

³⁸ Martin Dietrich Brauch, « Réforme du droit international de l'investissement pour les objectifs liés au changement climatique », Manuel de recherche sur le financement et l'investissement climatiques. (2020), Edward Elgar Publishing Ltd., <https://academiccommons.columbia.edu/doi/10.7916/d8-300v-7h63>. Voir aussi Martin Dietrich Brauch, « L'action climatique nécessite une gouvernance de l'investissement, et non une protection et un arbitrage de l'investissement », (2022) Columbia Center on Sustainable Investment, <https://ccsi.columbia.edu/news/climate-action-needs-investment-governance-not-investment-protection-isds>.

³⁹ « Introduction aux traités d'investissement internationaux et au règlement des différends entre investisseurs et États », (2022) Columbia Center on Sustainable Investment, <https://ccsi.columbia.edu/content/primer-international-investment-treaties-and-investor-state-dispute-settlement>; Par exemple, dans *Eco Oro v. Colombie* (affaire CIRDI n° ARB/16/14) ou *Odyssey c. Mexique* (affaire CIRDI n° UNCT/20/1).

⁴⁰ David Gaukrodger and Kathryn Gordon, « Règlement des différends entre investisseurs et États : Un document de réflexion pour la communauté de la politique d'investissement », Documents de travail de l'OCDE sur l'investissement international, Éditions de l'OCDE. (2012), 47, https://www.oecd.org/investment/investment-policy/WP-2012_3.pdf.

⁴¹ Objectif 13 : Prendre des mesures urgentes pour lutter contre le changement climatique et ses effets, Objectifs de développement durable des Nations unies, <https://sdgs.un.org/goals/goal13>.

⁴² Objectif 7 : Assurer l'accès de tous à une énergie abordable, fiable, durable et moderne, Objectifs de développement durable des Nations unies, <https://sdgs.un.org/goals/goal7>.

⁴³ Jeffrey D. Sachs et al., « Feuille de route pour l'électrification sans carbone de l'Afrique d'ici 2050 : La transition vers l'énergie verte et le rôle du secteur des ressources naturelles (minéraux, combustibles fossiles et terres) », (2021), <https://ccsi.columbia.edu/content/roadmap-zero-carbon-electrification-africa>.

En outre, l'Accord de Paris tient compte de « l'impératif d'une transition juste de la main-d'œuvre et de la création d'un travail décent et d'emplois de qualité ». ⁴⁴ Les technologies et les compétences doivent être transférées vers les pays d'accueil afin que ses citoyens puissent bénéficier de ces transferts, ainsi que des avancées connexes telles qu'une transformation par la numérisation. ⁴⁵ Néanmoins, de nombreux traités d'investissement limitent les prescriptions de résultats ou les transferts de technologie, ce qui fait qu'il est difficile pour les pays en développement d'attirer et de bénéficier des investissements utiles dont ils ont besoin pour transformer l'économie par des emplois de qualité et de nouvelles technologies.

Les traités d'investissement devraient être réinventés comme des outils permettant de promouvoir les énergies renouvelables, la création d'emplois « verts », l'innovation technologique et industrielle, et l'accès au numérique. Ils devraient aussi dissuader les investissements dont les pratiques ou les produits sont incompatibles avec la réalisation des objectifs climatiques ou d'autres objectifs de développement durable. Comme indiqué précédemment, les traités d'investissement indemnisent les investissements compromettant les engagements climatiques. Au-delà de l'élimination de ces protections, les traités pourraient également atténuer les préjudices en limitant ou en éliminant les subventions aux combustibles fossiles ou d'autres incitations ou subventions réglementaires ou fiscales qui sapent les objectifs climatiques.

2 | Renforcer la gouvernance et préserver l'espace réglementaire

Les traités d'investissement permettent aux investisseurs étrangers de contourner les institutions et les processus nationaux, en soumettant directement à l'arbitrage privé les plaintes relatives à des préjudices présumés. Les investisseurs contestent également les résultats des procédures judiciaires et administratives nationales, lorsque ceux-ci vont à l'encontre de leurs intérêts. ⁴⁶ Les traités d'investissement ne respectent pas le principe d'égalité devant la loi en accordant des protections plus fortes aux investisseurs qu'aux autres parties privées, et en permettant d'ignorer les droits et les intérêts des autres parties concernées par les investissements, notamment les communautés locales, les peuples autochtones et les investisseurs nationaux. ⁴⁷

Le RDIE pourrait être décrit comme une forme d'assurance contre les risques politiques (« political risk insurance », PRI) (comme c'est le cas en particulier dans le cas des actifs délaissés liés aux combustibles fossiles), mais il existe plusieurs différences clés entre le RDIE, qui est accordé à l'investisseur « gratuitement » par l'État, et l'assurance PRI, que les investisseurs doivent acheter par l'intermédiaire du secteur privé. Par son achat, la PRI oblige les investisseurs à internaliser au moins une partie des coûts des activités ou des décisions d'investissement risquées. Parce qu'ils assumeront une partie du coût, les investisseurs sont moins enclins à prendre des risques. Si le prix de la PRI pour les investissements à forte intensité de carbone était suffisamment élevé, et si le RDIE ne prévoyait pas d'indemnisation supplémentaire pour les actifs délaissés, les investisseurs assumeraient des risques plus élevés s'ils continuaient à exercer des activités liées aux énergies fossiles. ⁴⁸



⁴⁴ Accord de Paris (2015) Nations Unies, Préambule, https://unfccc.int/sites/default/files/english_paris_agreement.pdf.

⁴⁵ Jeffrey D. Sachs et al., « Feuille de route pour l'électrification sans carbone de l'Afrique d'ici 2050 : La transition vers l'énergie verte et le rôle du secteur des ressources naturelles (minéraux, combustibles fossiles et terres) » (2021), <https://ccsi.columbia.edu/content/roadmap-zero-carbon-electrification-africa>.

⁴⁶ Maria Rocha et al., « Les défenseurs disent que le RDIE est nécessaire parce que les tribunaux nationaux sont inadéquats, mais les plaintes et les décisions ne révèlent pas les défaillances systémiques, » (2021) Columbia Center sur l'investissement durable, <https://ccsi.columbia.edu/news/advocates-say-isds-necessary-because-domestic-courts-are-inadequate-claims-and-decisions-dont>.

⁴⁷ Lisa Sachs et Lise Johnson, « Traités d'investissement, règlement des différends entre investisseurs et États et inégalité : comment les règles et institutions internationales peuvent exacerber les disparités nationales », dans José Antonio Ocampo, ed., Règles internationales et inégalité : Implications pour la gouvernance économique mondiale (Columbia University Press), 2019.

⁴⁸ « Solutions alternatives au règlement des différends entre investisseurs et États », (2019) Columbia Center on Sustainable Investment, Document de travail 2019, 6-7, <https://ccsi.columbia.edu/sites/default/files/content/docs/our%20focus/extractive%20industries/Alternatives-to-RDIE-11-April-2019.pdf>.

Le droit international des investissements devrait protéger et renforcer les systèmes judiciaires nationaux, plutôt que de les contourner ou de les miner. Le droit international des investissements pourrait renforcer les systèmes administratifs et judiciaires des États en exigeant l'épuisement des voies de recours internes et en n'autorisant l'examen international que dans les cas d'allégations de déni de justice flagrant, qui pourraient être résolus par le règlement des différends entre États.⁴⁹ Les partisans du RDIE affirment souvent que ce mécanisme est nécessaire parce que les tribunaux nationaux peuvent être « inadéquats » - qu'il s'agisse d'un manque de capacité, d'un risque de corruption ou d'un quelconque parti pris. Toutefois, les recherches ne confirment pas cette conclusion : au 31 juillet 2020, seulement 11 % des réclamations connues fondées sur le traité RDIE concernaient des procédures ou des décisions judiciaires et les investisseurs n'ont pas généralement obtenu gain de cause dans ces réclamations (alors qu'ils sont le plus souvent gagnants dans d'autres réclamations RDIE).⁵⁰ Le RDIE reste unique dans le domaine du droit international public en tant que seule voie de recours permettant aux requérants de sauter ou de contourner les tribunaux nationaux. En vertu du droit international des droits de l'homme, les plaignants sont tenus d'épuiser les voies de recours internes, ce qui donne à l'État une chance et une incitation à remédier aux préjudices avant que des plaintes ne soient déposées en vertu du droit international.⁵¹

3 | Encourager et faciliter la coopération

Enfin, les traités d'investissement pourraient contribuer à relever les défis de la gouvernance de l'investissement de nature internationale, continentale et régionale, au premier rang ceux liés au changement climatique. Par exemple, les traités pourraient inclure des engagements de la part des États parties à travailler ensemble pour partager des informations et des opportunités pour des projets d'investissement qui soutiennent des objectifs climatiques communs. Ils pourraient faciliter la coopération entre les États parties dans le développement et le partage des technologies utilisées pour accélérer la transition énergétique, notamment dans les domaines de l'efficacité énergétique, de l'électricité renouvelable, des réseaux, de l'hydrogène vert, de la production et du recyclage des batteries, et des infrastructures résistantes au climat.⁵² Ils pourraient inclure des engagements et des mécanismes financiers afin de garantir que tous les États disposent de ressources suffisantes pour investir dans l'énergie sans carbone, contribuant à la fois à l'action climatique et à l'accès universel à l'énergie, ainsi que dans d'autres mesures d'atténuation, et dans la résilience climatique et l'adaptation.



⁴⁹ Voir, Martin Dietrich Brauch, « L'épuisement des voies de recours locales dans le droit international des investissements », (2017) Collection des meilleures pratiques de l'IIDD, 24-26, <https://www.iisd.org/system/files/publications/best-practices-exhaustion-local-remedies-law-investment-en.pdf>.

⁵⁰ Maria Rocha et al., « Les défenseurs disent que le RDIE est nécessaire parce que les tribunaux nationaux sont inadéquats, mais les plaintes et les décisions ne révèlent pas des défaillances systémiques. », (2021) Columbia Center on Sustainable Investment, <https://ccsi.columbia.edu/news/advocates-say-isds-necessary-because-domestic-courts-are-inadequate-claims-and-decisions-dont>.

⁵¹ Maria Rocha et al., « Les défenseurs disent que le RDIE est nécessaire parce que les tribunaux nationaux sont inadéquats, mais les plaintes et les décisions ne révèlent pas des défaillances systémiques. », (2021) Columbia Center on Sustainable Investment, 12, <https://ccsi.columbia.edu/news/advocates-say-isds-necessary-because-domestic-courts-are-inadequate-claims-and-decisions-dont>.

⁵² Voir, par exemple, l'article 2.3 du Traité type sur l'investissement durable (STI) pour l'atténuation et l'adaptation au changement climatique, Art. 2.3, <https://martinbrauch.files.wordpress.com/2022/04/treaty-on-sustainable-investment-for-climate-change-mitigation-and-adaptation.pdf>. Voir aussi Brooke Skartvedt Güven et Lise Johnson, « Le commerce en équilibre : Réconcilier le commerce et la politique climatique », (2016), Rapport du groupe de travail sur le commerce, l'investissement et la politique climatique, <https://ccsi.columbia.edu/sites/default/files/content/docs/Trade-in-the-Balance-International-Investment-Agreements-Impacts-on-Climate-Change-Policies-in-India-China-and-Beyond-Nov-2016.pdf>; Martin Dietrich Brauch, « L'action climatique requiert la gouvernance des investissements et non la protection et l'arbitrage des investissements », (2022) Columbia Center on Sustainable Investment, <https://ccsi.columbia.edu/news/climate-action-needs-investment-governance-not-investment-protection-isds>.

Le régime du droit international des investissements doit être profondément réinventé pour être compatible avec les objectifs climatiques mondiaux et les renforcer. Les réformes proposées pour traiter ces questions dans le cadre des traités d'investissement existants s'avéreront inefficaces et insuffisantes. La crise climatique rejoint les appels antérieurs à la remise en cause de l'ensemble du système : les investissements qui facilitent un avenir sans carbone doivent être encouragés ; ceux qui y sont réfractaires doivent être supprimés. Les États doivent conserver l'espace réglementaire nécessaire pour prendre des mesures efficaces. Et la coopération internationale est essentielle pour mobiliser les financements, les technologies et les ressources nécessaires pour rendre tout cela possible.

La plus grande opportunité pour les États est de concevoir des traités entièrement nouveaux, adaptés aux contraintes, aux facteurs et aux défis de gouvernance spécifiques liés à l'investissement durable. Comme indiqué précédemment, les traités centrés sur des protections exécutables pour les investisseurs n'ont pas été efficaces pour mobiliser les investissements. Les protections des investisseurs limitent également la capacité des gouvernements à utiliser divers outils fiscaux et politiques pour attirer, modeler et financer les investissements. Les gouvernements pourraient examiner comment les traités pourraient appuyer les objectifs politiques des gouvernements et favoriser les engagements et la collaboration internationale en matière d'objectifs climatiques, y compris l'atténuation (la transition énergétique sans carbone en particulier) et l'adaptation.

Traités d'investissement en vigueur

En ce qui concerne les traités en vigueur, le moyen le plus efficace pour les États de limiter leur exposition aux plaintes et à la pression réglementaire liées à la menace de plaintes serait de mettre fin au traité ou de retirer le consentement à l'arbitrage.⁵³ Dans les traités dénoncés ou dont les parties se retirent, une clause de survie peut permettre d'intenter des réclamations pendant une décennie ou plus après l'extinction du traité ou le retrait de la partie. Par exemple, bien que l'Italie se soit retirée du TCE en 2016, l'investisseur britannique Rockhopper, spécialisé dans le pétrole offshore (en mer), a pu introduire une plainte en 2017 grâce à la clause de survie de vingt ans.⁵⁴ Par conséquent, la meilleure façon de procéder à l'extinction ou au retrait des traités d'investissement, ou au retrait du consentement à l'arbitrage, serait d'obtenir l'accord de toutes les parties au traité (pour supprimer d'abord la clause de survie) ou de recourir à une convention multilatérale, comme celle conclue par les États membres de l'UE.⁵⁵ Les États pourraient encourager une telle coordination multilatérale par le biais des forums existants, tels que le Groupe de travail III de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur la réforme du règlement des différends⁵⁶ et l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE).⁵⁷

Anticiper les réclamations

Les États peuvent également commencer à se préparer à l'éventualité de réclamations liées à la réglementation des combustibles fossiles ou d'autres secteurs à fortes émissions. Les États peuvent travailler avec des universitaires et des organisations de la société civile pour comprendre comment les engagements internationaux, la science du climat ou des considérations telles que la baisse de la valeur du pétrole et du gaz⁵⁸ peuvent être des facteurs déterminants dans les litiges qui pourraient surgir.

⁵³ Libérer la voie : « Retrait du consentement et résiliation comme prochaines étapes de la réforme du droit international des investissements, » Columbia Center on Sustainable Investment, <https://ccsi.columbia.edu/content/clearing-path-withdrawal-consent-and-termination-next-steps-reforming-international>. Voir Brooke Güven et Jesse Coleman, « Note d'information sur l'élimination des tensions et des doublons entre le Protocole sur l'investissement et d'autres sources de droit de l'investissement » (Briefing du CCSI préparé pour le Secrétariat de la ZLECAf novembre 2021).

⁵⁴ Rockhopper v. Italie, affaire CIRDI n° ARB/17/14.

⁵⁵ « Les États membres de l'UE signent un accord pour la dénonciation des traités bilatéraux d'investissement intra-UE, » (2020) Stabilité financière, Union des services financiers et des marchés de capitaux, Commission européenne, https://ec.europa.eu/info/publications/200505-bilateral-investment-treaties-agreement_en.

⁵⁶ « Groupe de travail III : Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États », Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, https://unctral.un.org/en/working_groups/3/investor-state.

⁵⁷ « Droit international de l'investissement, » Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), <https://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/oecdworkoninternationalinvestmentlaw.htm>.

⁵⁸ Compensation pour une transition énergétique juste vers un monde zéro carbone: Pratiques et principes en droit international (14 avril 2022) Columbia Center on Sustainable Investment, <https://ccsi.columbia.edu/events/compensation-just-energy-transition-international-investment-domestic-law>.

Les États devraient également envisager sérieusement la possibilité de plaintes RDIE avant de poursuivre leurs actions d'exploration ou d'extraction de combustibles fossiles ou d'infrastructures correspondantes.

Enfin, les États pourraient avoir recours aux outils disponibles en vertu du droit international, tels que les déclarations interprétatives conjointes, pour réduire les ambiguïtés concernant le degré d'espace réglementaire préservé pour les États en vertu des traités d'investissement,⁵⁹ et pour confirmer l'importance et la pertinence du droit international, y compris les engagements et les cadres relatifs au climat et aux droits de l'homme.

Des approches précises d'interprétation ont été proposées, telles que la publication de déclarations conjointes précisant que les traités d'investissement ne « limitent pas les mesures de lutte contre le changement climatique adoptées de bonne foi ». ⁶⁰ En outre, les dispositions des traités et les préambules pourraient contenir des références à des normes convenues au niveau multilatéral, telles que la CCNUCC et l'Accord de Paris, les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales et les Principes directeurs des Nations unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme.⁶¹ Il est toutefois important de noter que, bien qu'utiles, ces approches interprétatives n'ont pas le même poids que la formulation des traités visant à établir la « clarté juridique » et à réduire le pouvoir discrétionnaire d'interprétation laissé aux tribunaux.⁶²

Ces mesures ne fourniront que des formes limitées de protection contre les réclamations. Les tribunaux arbitraux ne sont pas tenus de prendre en considération les interprétations des traités d'investissement émises unilatéralement par les États, par exemple, et peuvent ne pas accorder le poids approprié aux déclarations conjointes d'interprétation. Mais les clarifications et la préparation aux cas et aux défenses possibles peuvent potentiellement atténuer les dommages des cas ultérieurs.

Rédaction des nouveaux traités

La plus grande opportunité pour les États est de concevoir des traités entièrement nouveaux comme outils pour atteindre leurs propres objectifs de développement et obligations internationales, y compris le respect des engagements d'émissions convenus au niveau international. Plus important encore, lorsqu'ils rédigent de nouveaux traités, les États doivent tenir compte des trois piliers susmentionnés – à savoir que les traités favorisent de manière réfléchie les investissements qui contribuent aux objectifs de climat et de développement durable, notamment en cernant et en traitant les contraintes réelles qui pèsent sur ces investissements ; en renforçant la gouvernance nationale, en protégeant l'espace réglementaire des États et en favorisant l'état de droit ; et qu'ils facilitent la coopération internationale pour les défis de gouvernance de nature internationale – et qu'ils rédigent des dispositions qui répondent à ces objectifs et en font la promotion.



⁵⁹ Ladan Mehranvar et Lise Johnson, « Les maîtres manquants : Causes, conséquences et corrections du retrait des États du système des traités d'investissement » (2022) Revue du règlement des différends internationaux, Oxford University, <https://doi.org/10.1093/jnlids/idac008>.

⁶⁰ CNUCED, Rapport sur l'investissement dans le monde 2010 (CNUCED, 2010), https://unctad.org/system/files/official-document/wir2010_en.pdf; Lise Johnson et al., « Harmoniser les accords internationaux d'investissement avec les objectifs de développement durable, » (2019) Revue Columbia de droit transnational 58-1, <https://ccsi.columbia.edu/content/aligning-investment-treaties-sustainable-development>.

⁶¹ CNUCED, Cadre de politique d'investissement pour le développement durable (CNUCED 2015), 83, https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcb2015d5_en.pdf.

⁶² CNUCED, Paquet de réformes de la CNUCED pour le régime d'investissement international (CNUCED, 2018), https://investmentpolicy.unctad.org/uploaded-files/document/UNCTAD_Reform_Package_2018.pdf.

Remerciements

Ce guide a été rédigé par Ella Merrill, Martin Dietrich Brauch et Lisa Sachs. Un remerciement particulier à Jesse Coleman pour la supervision de la recherche et l'assistance éditoriale.

Le document a été produit par le Columbia Center on Sustainable Investment (CCSI) et financé par la GIZ au nom du ministère fédéral de la Coopération économique et du Développement (BMZ). Les opinions exprimées ne reflètent pas nécessairement les opinions ou les politiques officielles du gouvernement allemand.



Columbia Center on Sustainable Investment

Jerome Greene Hall 435 West 116th Street New York, NY 10027

Phone: +1 (212) 854-1830

ccsi.columbia.edu