



POINTS DE VUE

CONSTITUTION ET POUVOIRS PUBLICS

> La *capitis deminutio* des personnes transgenres consacrée par le Conseil constitutionnel, une vision dépassée de l'office du juge au XXI^e siècle ¹

par Benjamin Moron-Puech, Professeur à l'Université Lumière Lyon 2 (CERCRID et transversales), Chercheur associé au Laboratoire de sociologie juridique de l'Université Paris-Panthéon-Assas

POINT DE VUE

2229

1. À l'image hier du problème des marqueurs de « sexe » à l'état civil, la question de la parenté des personnes transgenres demeure aujourd'hui un sujet que le Parlement ne souhaite pas prendre à bras-le-corps et dont l'encadrement échoit dès lors aux juges, en premier lieu ici constitutionnel-les. Dès la loi dite « J21 » du 18 novembre 2016 – introduisant dans le code civil, après plus de quarante ans de silence parlementaire², une procédure de changement de la mention du « sexe » à l'état civil –, le Conseil constitutionnel avait été saisi de la question de la parenté transgenre via une contribution extérieure reprochant au Parlement d'être resté silencieux sur les règles d'établissement de la filiation pour les naissances postérieures au changement d'état civil³. Profitant de ce que le grief n'était pas également soutenu par la saisine parlementaire, le Conseil constitutionnel avait alors refusé de l'examiner⁴, ainsi qu'il en a l'opportunité dans le contentieux *a priori* des décisions de constitutionnalité (DC). Six ans plus tard, à propos non plus de la filiation mais de l'assistance médicale à la procréation (AMP), le Conseil devait réitérer ce positionnement lors du contrôle *a priori* de la loi relative à la bioéthique, à nouveau saisi par une contribution extérieure non corroborée par la saisine parlementaire⁵. Jusqu'à la décision du Conseil du 8 juillet 2022, plusieurs explications de ces décisions pouvaient être proposées. Parmi celles-ci,

une explication optimiste – qui nous fut soutenue par une des neuf sages –, selon laquelle le Conseil n'aurait fait qu'appliquer dans ces contentieux une politique jurisprudentielle constante⁶, depuis les débuts de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) : ne pas examiner avec les moyens limités du contentieux DC *a priori* (un mois pour statuer) des questions qui pourraient l'être de manière plus approfondie dans le cadre d'un contentieux QPC *a posteriori* (trois mois pour statuer). Une explication pessimiste pouvait aussi être proposée, à savoir que ce refus s'expliquait par la méconnaissance, la crainte, voire la défiance du Conseil à l'égard de ce que représentent les personnes transgenres. La décision du 8 juillet 2022 incline à retenir la seconde explication, tant y sont nombreux les signes du peu de considération portée par le Conseil constitutionnel au respect des droits de la minorité transgenre, frappée pourtant par les parlementaires d'une véritable *capitis deminutio*, c'est-à-dire d'une privation des prérogatives conférées en principe aux sujets de droit.

2. En l'espèce, le Conseil était saisi dans le cadre d'un contentieux QPC, habilement construit par une association comprenant des universitaires engagées, le Groupe d'information et d'action sur les questions procréatives et sexuelles (GIAPS). Pour forcer « la rencontre » du parent transgenre et

(1) Déclaration de conflit d'intérêts. L'auteur a participé à la rédaction des deux contributions extérieures mentionnées dans le texte. Remerciements. L'auteur tient à remercier Marie Thévenot pour l'impulsion donnée à ce « Point de vue », Julien Boisson, Valérie Goesel-Le Bihan, Julie Mattiussi et Thomas Perroud pour leur avis sur ce texte et Marie Sirinelli pour l'envoi de ses conclusions sous l'arrêt du Conseil d'État décidant de la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité examinée dans la décision ici commentée. (2) On aurait pu, en effet, s'attendre, à la suite de la décision de la Cour de cassation refusant en 1975 le changement de la mention du « sexe » à l'état civil, que le législateur français s'emparât du sujet, à l'instar de ce que firent, par exemple, les parlementaires allemands en 1980. Il n'en fut rien, les différentes propositions de loi déposées sur ce point n'ayant jamais abouti avant 2016. V. not. I. Bon, Le transsexualisme : analyse de pratique médicale et juridique, th. Lyon 3, J. Rubellin-Devichi (dir.), 1990. (3) Contribution de l'association Groupement d'intervention et de soutien sur les questions sexuées et sexuelles, consultable sur [https://sexandlaw.hypotheses.org/files/2016/10/Saisine-CC-Loi-modernisation-justice-XXIeme_siècle.pdf]. (4) Cons. const. 17 nov. 2016, n° 2016-739 DC, D. 2017. 1727, obs. A. Gouttenoire. Sur cette décision, V. notre commentaire, L'homme enceint et le Conseil constitutionnel : une rencontre manquée, RDLF 2016. Chron. 28. (5) Contribution de l'association *Alter Corpus*, disponible sur [https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2021821dc/2021821dc_contributions.pdf]. (6) Resterait toutefois à s'assurer qu'une telle politique n'ait pas connu d'exceptions, car alors le doute serait de mise quant à la pertinence de cette explication.





du Conseil, cette association a formulé une QPC à l'occasion d'un recours pour excès de pouvoir déposé devant le Conseil d'État et dirigé contre le décret d'application de la loi relative à la bioéthique (Décr. n° 2021-1243 du 28 sept. 2021). Ce décret réitérant la fermeture législative de l'AMP aux hommes transgenres⁷, un recours contre celui-ci ouvrirait, *via* la théorie de la loi écran, la possibilité d'une QPC. Pour le GIAPS, l'article L. 2141-2 du code de la santé publique, mis en œuvre par le décret précité, instituerait une différence de traitement injustifiée entre les personnes disposant de capacités gestationnelles selon la mention de leur sexe à l'état civil et serait, dès lors, contraire aux principes d'égalité devant la loi et d'égalité entre les hommes et les femmes. Autres arguments : ces dispositions porteraient atteinte à la liberté personnelle et au droit de mener une vie familiale normale, dès lors qu'elles contraignent les hommes transgenres à renoncer à modifier la mention de leur sexe à l'état civil pour conserver la possibilité d'accéder à l'assistance médicale à la procréation. Enfin, ces dispositions seraient entachées d'incompétence négative.

3. Premier amené à se prononcer sur la QPC *via* son rôle de filtrage, le Conseil d'État fait le choix de ne pas examiner le sérieux de ces griefs⁸, puisqu'il décide de transmettre la QPC pour le seul motif que celle-ci est nouvelle⁹. Faut-il voir là une volonté du Conseil d'État de transférer à une autre autorité un problème épineux ? Nullement, car la question lui reviendra de toutes les façons, étant saisi du même problème dans le cadre du contrôle de conventionnalité. C'est donc plutôt là sans doute une marque de déférence du Conseil d'État à l'égard du Conseil constitutionnel, un souci de ne pas préempter la solution au problème. Le Conseil constitutionnel va ainsi être le premier à répondre au fond aux griefs du GIAPS.

4. Sur le premier grief, et pour reprendre une formule forte employée ailleurs par un auteur, l'on peut dire que le Conseil constitutionnel y répond en usant de « formules rituelles, sans [s'engager] jamais dans aucune discussion de fond »¹⁰. En effet, la seule chose que fait expressément le Conseil, aux dires même du commentaire officiel dont l'on a pu regretter le caractère lacunaire¹¹, c'est « *décri[re]* l'objet des dispositions contestées et *identifier* la différence de traitement qui en résult[ait] »¹² (souligné par nous). « Décrire », « identifier », fort bien ; mais « juger », tâche première du Conseil ? Aucunement. En effet, alors que, dans le cadre d'un contrôle normal de constitutionnalité du respect du principe d'égalité, le Conseil, après avoir recherché si la différence de

traitement est justifiée par une différence de situation ou par la poursuite d'un intérêt général, vérifie, dans le cadre d'un dernier contrôle, l'adéquation entre « l'objet de la loi » et la différence de traitement, là le Conseil renonce à cette étape centrale du contrôle. Il le refuse en invoquant sa doctrine « de la nature de l'appréciation du Parlement »¹³, doctrine créée par lui pour justifier son refus d'examiner certains choix législatifs sur des questions de société¹⁴. Ce faisant, le Conseil prive les personnes transgenres de tout contrôle de constitutionnalité effectif, à l'image de ce qu'ont subi hier d'autres minorités sexuelles ou genrées, qu'on songe aux personnes homosexuelles¹⁵ ou aux travailleuses du sexe¹⁶. Les droits des personnes transgenres se trouvent ainsi sacrifiés sur l'autel d'une certaine conception de la démocratie, dans laquelle le Conseil constitutionnel n'aurait pas à se prononcer sur les questions de société qu'il n'appartiendrait qu'au Parlement de trancher.

5. L'examen de la réponse donnée aux autres griefs donne une impression similaire, même si la cause en est différente. Cette fois, en effet, le Conseil constitutionnel ne renonce pas à sa fonction juridictionnelle, il se contente simplement d'abandonner l'une des garanties fondamentales l'accompagnant : la motivation. En effet, pour rejeter les autres griefs, tirés notamment de l'atteinte à la liberté personnelle et à la vie familiale des personnes transgenres, le Conseil se contente d'affirmer – et non de démontrer – que « les dispositions contestées (...) ne méconnaissent pas non plus le droit de mener une vie familiale normale [et] la liberté personnelle ». La lecture du commentaire ne permet pas d'avantage d'éclairer cette motivation, cette phrase s'y trouvant reproduite. La cause la plus probable de ce silence nous paraît être la difficulté des membres du Conseil à s'accorder, voire à trouver une motivation, pour rejeter ces griefs. L'on comprend aisément cette difficulté. En effet, la décision du Parlement français de refuser l'AMP aux personnes transgenres place ces dernières face un dilemme : renoncer à la procréation ou à un état civil conforme à leur identité de genre. Or un dilemme similaire a été condamné hier par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH)¹⁷, à propos non pas de l'accès à l'AMP mais de l'accès au changement d'état civil. Cette condamnation passée – et l'épée de Damoclès qu'elle fait peser sur le droit français actuel de l'AMP –, le Conseil l'a vue, comme en atteste la référence à cette décision de la CEDH en note 26 du commentaire officiel. Alors, plutôt que de tenter de défendre que le raisonnement de cet arrêt n'était pas transposable à la présente affaire, ce qui aurait pu conduire à une

(7) Même si l'art. L. 2142-1 CSP introduit par la loi relative à la bioéthique est présenté comme un texte d'ouverture de l'AMP, il n'en ferme pas moins l'AMP aux femmes seules mariées et pour, ce qui nous concerne ici, aux hommes transgenres, voire intersexués disposant d'un utérus. (8) Comp. les concl. de la rapporteure publique M. Sirinelli qui discutait ce point et estimait également que le Conseil d'État aurait pu transmettre la question en raison de son caractère sérieux. (9) CE, 1^{re} et 4^e ss-sect. réun., 12 mai 2022, n° 459000, inédit au Lebon. (10) P. Wachsmann, *Misère du contrôle de constitutionnalité des lois en France : la décision relative à l'incrimination des clients de prostitué*, *Blog Jus Politicum*, 21 févr. 2019. (11) J. Boisson, *Le refus d'AMP aux personnes transgenres n'est pas contraire à la Constitution*, *RJPF* 2022-11, p. 28-30. (12) Commentaire de la décision commentée, p. 16, disponible sur [https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/20221003qpc/20221003qpc_ccc.pdf]. (13) V. M. Altwegg-boussac, *La « nature » de l'« appréciation du Parlement » selon le Conseil constitutionnel : la société, la science, et cetera*, *Rev. dr. homme* 2021, n° 20. (14) Sur cette autolimitation, V. V. Goessel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel*, Ellipses, coll. Cours magistral, 2^e éd., 2016, n° 154-4 et n° 157. (15) Cons. const. 28 janv. 2011, n° 2010-92 QPC, D. 2011. 297, édito. F. Rome, 1040, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau, 1713, obs. V. Bernaud, et 2012. 1033, obs. M. Douchy-Oudot. (16) Cons. const. 1^{er} févr. 2019, n° 2018-761 QPC, D. 2019. 202, 2020. 843, obs. M. Pichard, et 1324, obs. E. Debaets et N. Jacquinet. (17) CEDH, 5^e sect., 6 avr. 2017, n° 79885/12, *A. P., Nicot et Garçon c/ France*, D. 2017. 1027, note J.-P. Vauthier et F. Violla, 994, point de vue B. Moron-Puech, et 2018. 765, obs. J.-C. Galloux.



forme de ridicule une fois intervenue une éventuelle décision de la CEDH sur cette question, n'était-il tout simplement pas plus commode de rejeter le grief sans rien motiver, préservant ainsi, dans un parfait syllogisme inversé, le choix présidant à cette décision : ne pas remettre en question la fermeture législative de l'AMP aux personnes transgenres ? Tout ceci n'est, bien sûr, qu'une hypothèse interprétative du silence du Conseil sur ce grief ; seule la consultation des délibérations du Conseil, dans vingt-cinq ans (si l'article L. 213-2 du code du patrimoine ne change pas d'ici là), permettra de la confirmer. En attendant, reste un constat : les personnes transgenres n'ont ici pas de droit effectif à la motivation d'une décision constitutionnelle les concernant.

6. Privées d'accès au juge constitutionnel pour le grief tiré du principe d'égalité, privées de motivation pour les autres griefs, les personnes transgenres sont aussi privées de nom tout au long de la décision. Pas un instant, en effet, le Conseil ne reprend à son compte l'expression « hommes transgenres », employée seulement pour résumer l'argumentaire de l'association requérante (§ 3). Pour le Conseil, on est en présence de personnes « nées femmes à l'état civil, qui ont obtenu la modification de la mention relative à leur sexe tout en conservant leurs capacités gestationnelles » ; d'« homme » il n'est pas question, pas plus que de « transgenre ». Le titre donné à la décision – « Accès à l'assistance médicale à la procréation », et non « Accès à l'assistance médicale à la procréation des personnes transgenres » – donne également à voir cette hésitation du Conseil à nommer les personnes transgenres. Nommer ces personnes, les « visibiliser », serait déjà une forme de reconnaissance de ces personnes, de leurs droits et donc un pas de côté par rapport au choix du Conseil de ne pas remettre en cause la décision du Parlement de leur infliger une *capitis deminutio*.

7. Où l'on voit que la clef pour comprendre cette décision ne réside pas tant dans la technique juridique – laquelle aurait d'ailleurs permis de résoudre le problème en cause, *via* notamment la distinction des caractéristiques sexuées et du genre¹⁸ –, que dans des options politiques sur les conceptions de la démocratie (parlementaire avant tout) et de l'office du juge (limité dans les contentieux concernant les minorités sexuées, sexuelles et genrées). Si ces concep-

tions ne sont pas propres au juge constitutionnel – on les retrouve également dans les choix de la Cour de cassation lorsqu'elle met en œuvre le contrôle de conventionnalité à propos du mariage homosexuel¹⁹ ou du sexe neutre²⁰ –, elles interrogent néanmoins au vu des profonds changements intervenus dans l'ordre juridique français au sortir de la Seconde Guerre mondiale. Lorsque, comme dans le cas d'espèce, il existe une carence législative à garantir les droits fondamentaux des individus, l'office du juge ne devrait-il pas lui permettre de pallier cette carence, un peu comme le Conseil d'État permet au gouvernement d'empiéter sur le pouvoir législatif pour pallier les carences du Parlement dans le domaine de la protection des droits fondamentaux²¹ ? N'est-ce pas la conséquence à tirer logiquement de la redéfinition de l'office du juge, érigé-e progressivement depuis 1945 en gardien-ne des libertés fondamentales, y compris contre la loi ? Certes, il faut là un peu de courage, mais le Conseil, et plus généralement les juridictions supérieures françaises, n'en manquent pas²² quand il s'agit de pallier les carences du gouvernement et du Parlement dans la lutte contre le réchauffement climatique²³. Les juridictions françaises ne devraient-elles pas en faire de même lorsqu'il s'agit de minorités ? C'est notre opinion.

8. En l'espèce et une fois de plus, le Conseil constitutionnel l'a refusé, ancrant sa décision dans une conception dépassée de l'office du juge. En sera-t-il de même pour le Conseil d'État, lors du contrôle de conventionnalité à venir de l'article L. 2142-1 du code de la santé publique ? Autrement dit, le Conseil d'État attendra-t-il une condamnation de la France par la CEDH, pour condamner en retour la fermeture de l'AMP aux personnes transgenres, ou aura-t-il le courage d'« assumer », pour reprendre le mot d'un de ses anciens vice-présidents²⁴, toutes les conséquences dérivant de sa qualité de « juge de droit commun » de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ? Dans le second cas, il pourrait soit trancher lui-même la question, soit la transmettre pour avis à la CEDH, ce qui aurait alors le mérite de saisir cette juridiction d'une question encore inédite dans sa jurisprudence. Resterait alors pour le Conseil d'État à décider s'il transmet sa demande d'avis sèche ou bien accompagnée de ses propres réflexions, dans le cadre ainsi d'un réel dialogue des juges. Affaire à suivre.

(18) Rappr. B. Moron-Puech, *Femme-père et homme-mère*, quand les minorités de genre interrogent nos catégories juridiques, RDLF 2018. Chron. 26. (19) Civ. 1^{re}, 13 mars 2007, n° 05-16.627, D. 2007. 1389, rapp. G. Pluyette, 935, obs. I. Gallmeister, 1375, point de vue H. Fulchiron, 1395, note E. Agostini, et 1561, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau. (20) Civ. 1^{re}, 4 mai 2017, n° 16-17.189, D. 2017. 1399, note J.-P. Vauthier et F. Vialla, 1404, note B. Moron-Puech, et 2018. 919, obs. M.-X. Catto. (21) CE, ass., 7 juill. 1950, n° 1645, *Dehaene*. (22) Du moins peuvent-elles être enclines à le penser, même si l'appréciation doctrinale peut en être tout autre. (23) V. L. Fabius, *Leçon inaugurale*, École de droit de Sciences Po, 28 sept. 2022, Titre VII, n° 9, La décentralisation, oct. 2022, [https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/lecon-inaugurale-ecole-de-droit-de-sciences-po-28-septembre-2022-discours-de-laurent-fabius]. Le président du Conseil constitutionnel y prend ses distances avec « [c]es voix [qui] s'élèvent contre le recours croissant aux tribunaux » ou « [c]es juges eux-mêmes [qui] ne se considèrent pas comme légitimes pour trancher » et appelle au contraire à un activisme judiciaire qui ne dit pas son nom. Pour ledit président, « le droit doit pouvoir être en mesure de prendre en compte les spécificités de cet énorme défi qu'est le dérèglement climatique (...). Pour cela le raisonnement des juges doit parfois être novateur » ; et de terminer en disant que « [l]es bouleversements de tous ordres entraînés par le dérèglement climatique sont tels qu'un observateur a pu dire que ce ne sont pas seulement nos forêts qui brûlent, mais nos modes de pensée traditionnels ». (24) J.-M. Sauvé, *Le Conseil d'État et l'application de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Intervention au colloque organisé par l'Université Paris 3 Sorbonne nouvelle au Sénat le 9 avr. 2010, [https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/discours-et-interventions].



TRAITÉ INTERNATIONAL

> Pourquoi la France devrait-elle rester dans le Traité sur la Charte de l'énergie ?

par Veronika Korom, Professeur de droit, ESSEC Business School

Le 21 octobre 2022, Emmanuel Macron a annoncé le retrait de la France du Traité sur la Charte de l'énergie (TCE), un texte jugé incompatible avec les objectifs de l'Accord de Paris car trop protecteur des énergies fossiles.

Cette annonce était précédée par la publication le 20 octobre 2022 de l'avis du Haut conseil pour le climat désignant le TCE et son mécanisme de règlement de différends entre investisseurs et États comme une entrave dans l'élaboration et la mise en œuvre des politiques publiques de décarbonation. Elle fait également écho aux appels de plusieurs organisations non gouvernementales (ONG) et de groupes politiques qui réclamaient la sortie de la France du TCE depuis un certain temps.

Mais le TCE est-il vraiment un obstacle à la transition énergétique de la France ?

I – Qu'est-ce que le TCE ?

2232

Le TCE est un traité multilatéral pour la coopération transfrontalière dans le secteur de l'énergie signé en 1994 dans le but d'améliorer la sécurité de l'approvisionnement de l'Europe en énergie. Il porte sur la production, le commerce, le transit, la distribution et l'utilisation de l'énergie, et protège les investissements étrangers effectués dans le domaine de l'énergie. Il contient un mécanisme de règlement des différends permettant à ces investisseurs de réclamer la compensation des pertes subies en raison de changement de politique gouvernementale. Le TCE compte aujourd'hui 53 signataires, dont les pays membres de l'Union européenne (UE), l'UE elle-même et Euratom, les pays de la Communauté des États indépendants, mais aussi la Turquie et le Japon.

II – Qu'est-il reproché au TCE ?

On reproche au TCE d'empêcher les gouvernements de mettre en œuvre les changements législatifs nécessaires pour transformer les systèmes énergétiques afin d'atteindre les objectifs de décarbonation fixés dans l'Accord de Paris de 2015 sur le climat et le *Green Deal* européen de 2019. En particulier, les critiques font valoir qu'une élimination accélérée de l'énergie fossile doit avoir lieu pour garantir le respect des objectifs de décarbonation. Or le TCE permet aux investisseurs étrangers dans les combustibles fossiles de contester les mesures gouvernementales qui affectent négativement

la rentabilité de leurs investissements et de poursuivre les gouvernements pour obtenir des compensations. La menace d'une action en justice sur le fondement du TCE découragerait ou empêcherait les gouvernements de prendre des mesures pour atténuer le changement climatique et éliminer progressivement les sources d'énergie « sales ».

III – Est-ce que le TCE permet aux investisseurs dans les énergies fossiles de porter des actions en justice ?

Oui, mais pas seulement: le TCE adopte une approche holistique du secteur de l'énergie et est technologiquement neutre. Il protège les investissements dans le domaine de l'énergie, quelle que soit la technologie utilisée pour produire cette énergie. Comme l'a expliqué le secrétaire général de la Conférence sur la Charte de l'énergie, M. Urban Rusnák, le TCE « est neutre. Il protège tous les investissements dans le domaine de l'énergie, qu'il s'agisse de combustibles fossiles, d'énergies renouvelables ou de l'énergie nucléaire »¹.

En effet, le TCE a été plus fréquemment invoqué par les investisseurs dans les énergies renouvelables pour protéger leurs investissements et réclamer des compensations que par les investisseurs dans les combustibles fossiles. Sur les 150 arbitrages d'investissement fondés sur le TCE connus à ce jour, 88 concernaient les énergies renouvelables, contre 45 seulement pour les combustibles fossiles. De plus, le total des dommages-intérêts accordés aux investisseurs dans les énergies renouvelables est deux fois supérieur au montant accordé aux investisseurs dans les combustibles fossiles².

IV – Est-ce que le TCE empêche les gouvernements de légiférer pour le climat ?

Si le changement climatique est indéniablement l'un des défis les plus pressants de notre époque et si les gouvernements se sont engagés à prendre toutes les mesures pour limiter le réchauffement climatique, il semblerait néanmoins qu'ils n'en font pas assez.

En 2021, dans le cadre de *l'Affaire du siècle*, le tribunal administratif de Paris a jugé la France responsable de manquements dans la lutte contre le réchauffement climatique. De plus, il lui a enjoint de respecter ses propres engagements, à réparer le préjudice écologique causé et à prévenir

(1) Interview: Un nouveau Traité sur la Charte de l'énergie en complément de l'Accord de Paris, Borderlex, 18 juin 2020. (2) TCE, statistiques PDF, 1^{er} juin 2022.



l'aggravation des dommages³. Dans sa défense, la France n'a aucunement cherché à invoquer le TCE pour justifier ou excuser ses manquements en matière d'augmentation de la part des énergies produites à partir de sources renouvelables ou de réduction des émissions de gaz à effet de serre. Ce qui confirme que l'insuffisance de l'action gouvernementale n'a en réalité rien à voir avec le TCE.

À ce jour, étant donné la part relativement faible des combustibles fossiles dans le bouquet énergétique français et la faible participation des capitaux étrangers dans le secteur énergétique français, la France n'a jamais eu à se défendre contre une plainte d'un investisseur dans les combustibles fossiles, le risque d'arbitrages au titre du TCE reste donc très théorique. Il semblerait donc qu'en France la lenteur de la transition énergétique s'explique non par une entrave supprimée résultant du risque de contentieux induits sur la base du TCE, mais par la peur des pouvoirs publics de l'impopularité et des conséquences politiques des mesures à adopter pour promouvoir la transition, car celles-ci contraindraient leurs électeurs à consommer moins et pour plus cher.

Il n'est d'ailleurs pas vrai que toute mesure gouvernementale qui pourrait être prise pour la décarbonation conduirait nécessairement à de larges compensations en faveur des investisseurs en application du TCE. Le droit des investissements internationaux reconnaît le droit des États de maintenir un degré raisonnable de flexibilité réglementaire pour répondre à l'évolution des impératifs d'intérêt public, y compris pour atténuer le changement climatique, sous certaines conditions : la réponse publique doit être faite de manière équitable, non rétroactive, cohérente et prévisible, et tenir compte des circonstances de l'investissement. *In fine*, environ 40 % seulement des sentences finales rendues sur la base du TCE ont accordé des dommages-intérêts⁴.

V – Et si le TCE n'était pas un frein mais un instrument de la transition énergétique ?

Pour réussir la transition énergétique, on estime qu'environ 300 milliards d'euros d'investissement par an seront nécessaires d'ici 2030, dont deux tiers devront provenir du secteur privé⁵.

Les projets énergétiques ont typiquement de longs délais d'exécution, nécessitent des investissements initiaux élevés et ont un temps de retour sur investissement plutôt important, ce qui requiert une stabilité réglementaire durable. De plus, en ce qui concerne les investissements dans les énergies vertes, ils requièrent des systèmes de subventions publiques

fiables, stables et prévisibles. Pour mobiliser les investissements privés, il faudra donc des garanties sérieuses afin de convaincre les sociétés énergétiques de prendre les risques dont l'innovation technologique et la transition énergétique ont besoin, et de leur permettre de financer ces projets au coût le plus juste.

Selon Urban Rusnák, « l'Accord de Paris et les objectifs de développement durable des Nations unies exigent des investissements considérables dans les sources d'énergie durables. Mais l'Accord de Paris ne protège pas les investissements dans l'énergie, le commerce ou le transit de l'énergie. C'est là que le [TCE] peut jouer un rôle clé »⁶.

Ainsi, il est contre-productif de mettre fin au TCE, car ce sont ses garanties de protection qui rassurent les investisseurs dont a besoin la transition énergétique.

VI – Pourquoi alors la France se retire-t-elle du TCE ?

La France n'est ni le seul ni le premier pays à annoncer son retrait du TCE. En 2009, la Russie et, en 2016, l'Italie se sont retirés du traité en réponse à des arbitrages d'investissement sur fondement du TCE. Plus récemment, en 2022, la Pologne, les Pays-Bas, l'Allemagne, la Slovaquie et la Roumanie ont annoncé vouloir se retirer du TCE sous prétexte de considérations environnementales, mais sans faire oublier les arbitrages d'investissement récemment introduits contre eux sur le fondement du TCE.

Tel est le cas aussi de la France, qui a récemment fait l'objet, à peine quelques semaines avant l'annonce d'Emmanuel Macron, pour la première fois dans son histoire, d'une demande d'arbitrage au titre du TCE. Dans la loi de finances pour l'année 2021, afin de réaliser des économies, la France a revu à la baisse, de manière unilatérale et rétroactive, les prix des contrats d'achat d'électricité photovoltaïque qui avaient été conclus entre 2006 et 2010 pour une durée de vingt ans. Envacis, producteur allemand d'électricité à partir de sources d'énergies renouvelables, dont les filiales françaises ont été lésées par cette mesure, a engagé une procédure d'arbitrage contre la France sur la base du TCE le 2 septembre 2022⁷.

Il est donc plus probable que la décision du retrait de la France du TCE soit motivée, non par la lutte contre le réchauffement climatique, mais bien par la volonté d'exonérer l'État de l'inconstance de ses engagements et positionnements, quitte à freiner ou augmenter le coût des investissements nécessaires à la transition énergétique.

(3) TA Paris, 3 févr. 2021, n° 1904967, *Oxfam France, Notre affaire à tous, Greenpeace France, Fondation pour la nature et l'homme*, D. 2021. 240, obs. J.-M. Pastor, 709, chron. H. Gali, et 1004, obs. G. Leray et V. Monteillet; AJDA 2021. 239, 2115, note H. Delzangles, et 2228, note J. Betaille; JA 2021, n° 634, p. 12, obs. X. Delpech; AJCT 2021. 255, obs. M. Moliner-Dubost; RFDA 2021. 747, note A. Van Lang, A. Perrin et M. Deffairi; 14 oct. 2021, n° 1904967, *OXFAM*, D. 2021. 1924, obs. J.-M. Pastor; AJDA 2022. 929, note R. Radiguet, et 2021. 2063. (4) TCE, statistiques PDF, 1^{er} juin 2022. (5) Commission européenne, Financer la transition verte : le plan d'investissement européen pour le *Green Deal* et le mécanisme de transition juste, communiqué de presse, 14 janv. 2020; J. González-Páramo, *EU can't go it alone in green transition*, OMFIF, 4 mars 2021. (6) Interview, *supra* note 1. (7) T. Fischer, *France faces first known ECT claim*, *Global Arbitration Review*, 6 sept. 2022.



VII – Pourquoi la France ne devrait-elle pas se retirer du TCE ?

Contrairement à la communication gouvernementale, le retrait de la France du TCE ne contribuera aucunement à accélérer le rythme de la décarbonisation. Il ne mettra pas fin à la possibilité (pour le moment hypothétique) des investisseurs étrangers dans les combustibles fossiles de mener des arbitrages d'investissements contre la France, puisque la clause de survie du TCE leur permet de présenter des demandes d'indemnisation sur les investissements déjà réalisés pendant encore vingt ans après le retrait de la France du Traité⁸.

De plus, en raison de son retrait, la France ne pourra pas bénéficier du texte « modernisé » du TCE, qui a été élaboré entre 2017 et 2021 et qui a été soumis aux États signataires pour adoption en novembre 2022. Ce texte modernisé prévoit la suppression de la protection des investissements existants


dans les énergies fossiles à l'horizon de dix ans et exclut de la protection du TCE tout nouvel investissement dans les énergies fossiles⁹. Donc, en se retirant du TCE maintenant, la France restera coincée avec le texte actuel du Traité, plus favorable aux énergies fossiles, ce qui va dans la direction opposée par rapport au but déclaré du retrait.

Le retrait signifiera, en revanche, la fin de la protection dont bénéficiaient les géants énergétiques français, ce qui les exposera à plus de risques, plus de coûts et, partant, à moins de fonds à investir dans la transition énergétique¹⁰.

On ne peut alors que regretter qu'encore une fois la vision stratégique de longue durée ait été court-circuitée par l'opportunisme politique de court terme. Peut-on espérer réussir la transition énergétique sans une stratégie de long terme, cohérente avec des engagements clairs et fermes de l'action publique ?

(8) Par ailleurs, le retrait de la France du TCE ne mettra pas fin aux quelque 80 traités bilatéraux d'investissement conclus par la France qui sont actuellement en vigueur et qui continueront d'offrir une protection et un accès à l'arbitrage d'investissement aux investisseurs dans le domaine des combustibles fossiles présents en France. (9) La version modernisée du TCE contient d'autres modifications favorables aux États car elle réaffirme le droit des États à réglementer, redéfinit et réduit le champ d'application d'un certain nombre de garanties protections, exclut les sociétés de boîtes aux lettres de la protection du Traité, introduit une plus grande transparence et met fin aux arbitrages d'investissement entre investisseurs et États membres de l'UE. (10) Également perdantes seront les PME-ETI actives dans l'énergie verte, qui, n'ayant d'autres moyens tels que la pression diplomatique, avaient souvent eu recours au TCE pour protéger leurs investissements. Près de 60 % de tous les arbitrages sur la base du TCE ont été engagés par des PME-ETI. V. « TCE, Even more renewable energy investors rely on treaty protection: updated statistics of investment arbitration cases under the Energy Charter Treaty », 12 oct. 2020.

2234



Découvrez le service illimité !

qui vous donne toutes les réponses dans tous les domaines du droit

- Une réponse claire, rapide et fiable*
- Un outil d'aide à la décision
- Un forfait illimité pour plus de confort

Plus de 20 000 clients nous font déjà confiance !

Pour toute question, notre service Relations clientèle se tient à votre disposition au **01 40 92 20 85**

L'appel expert est une marque du premier groupe français d'édition juridique. Elle réunit les fonds documentaires de trois éditeurs : Éditions Dalloz, Éditions Législatives et Éditions Francis Lefebvre.

* Les réponses apportées par le service L'appel expert ont pour seul objet de fournir des renseignements et informations à caractère documentaire conformément à la loi n°71-1130 du 31 décembre 1971 modifiée par la loi n°90-1259 du 31 décembre 1990. Ces informations n'ont en aucun cas valeur de consultation juridique.