

Mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États : quels enjeux pour la transition climatique ?

Pour lutter contre le changement climatique, les États doivent réduire leur utilisation des énergies fossiles. Cette démarche peut les amener à mettre fin à certains contrats conclus avec des entreprises de ces secteurs. Or, certains investisseurs étrangers bénéficient parfois de règles juridiques qui les protègent. Si un contrat est rompu, ils peuvent engager une procédure devant un tribunal d'arbitrage afin de réclamer des indemnités. Un tel risque financier peut ralentir la mise en œuvre de politiques de lutte contre le changement climatique. Ce phénomène, appelé « gel réglementaire », constitue un défi supplémentaire pour les économies émergentes, déjà confrontées à d'importants besoins de financement pour réussir leur transition énergétique.

Théo IBERRAKENE, Maria Margarita LOPEZ FORERO*, Géraldine RENARD

Direction des Politiques européennes et multilatérales

Service des Relations monétaires internationales

* Unité de rattachement au moment de la rédaction de cet article.

Codes JEL
F2, F23

593 millions de dollars *

montant moyen des indemnités imposées aux pays émergents et en développement en cas de litige dans le secteur des combustibles fossiles, dans le cadre des mécanismes de règlement des différends entre investisseurs et États, sur la période 1987-2023

68 %

part des pays émergents et en développement parmi les litiges dans le secteur des combustibles fossiles

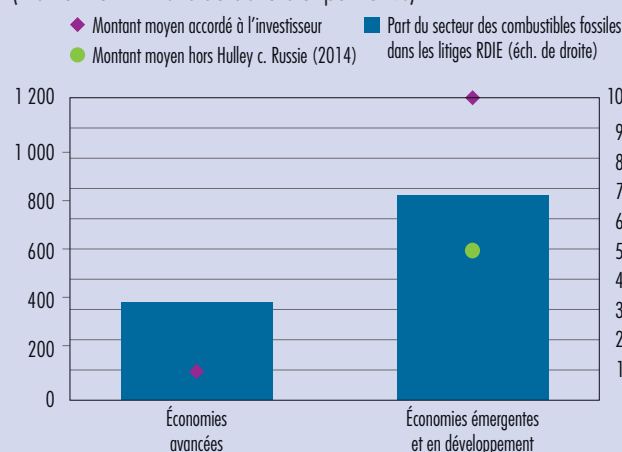
340 milliards de dollars

montant maximal des indemnités à verser par les pays émergents et en développement en cas d'activation de tous les litiges (estimation sur la période 2022-2050)

* Ce chiffre exclut une indemnité exceptionnelle de 40 milliards de dollars dans un seul litige (Hulley c. Russie, 2014, cf. *infra*). Le montant moyen en tenant compte de ce litige s'élève à 1,2 milliard de dollars.

Secteur des combustibles fossiles : montant moyen des indemnités imposées et part dans le total des recours RDIE sur la période 1987-2023

(montant en millions de dollars et part en %)



Note : RDIE, mécanismes de règlement des différends entre investisseurs et États.

Sources : Données Cnuced (Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement) ; calculs des auteurs.

Depuis les années 1990, le nombre d'accords internationaux sur les investissements directs s'est considérablement accru. Au niveau mondial, plus de 2 600 étaient en vigueur en 2025. Ces accords visent à garantir aux firmes multinationales (FMN) un environnement économique et juridique stable pour leurs investissements directs à l'étranger (IDE). Ils comprennent des clauses de protection de ces IDE¹ et intègrent de manière quasi systématique des mécanismes de règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE²). En cas de rupture des clauses prévues dans ces accords, le recours à ces mécanismes RDIE permet aux FMN de poursuivre les États devant des tribunaux d'arbitrage ad hoc afin de réclamer le paiement, par les États, d'indemnités compensatoires visant à les dédommager du préjudice financier subi. Sur la période 1987-2023, 1 325 litiges ont été comptabilisés dans le monde³.

L'interprétation de ces clauses par les tribunaux d'arbitrage est complexe car elle ne repose sur aucun cadre réglementaire international. La frontière entre une régulation de bonne foi mise en place par des États et une atteinte volontaire à la protection d'investissements étrangers peut être difficile à apprécier (Moehlecke, 2020). L'absence, dans la majorité des cas, d'organes d'appel et l'hétérogénéité de la jurisprudence peuvent contribuer à générer une forme d'insécurité juridique pour les États (Berge et Berger, 2021). Le risque de litige s'accompagne d'un risque financier plus élevé pour les économies émergentes et en développement (EED)⁴, pour lesquelles l'indemnisation moyenne imposée est plus élevée que pour les économies avancées.

Dans ce contexte, certains États peuvent être amenés à reconsidérer, retarder ou retirer certaines des réglementations attaquées lorsqu'ils sont exposés ou risquent d'être exposés à des recours RDIE. Ce phénomène est désigné

sous le nom de « gel réglementaire » (cf. définition en annexe). Des travaux sont soutenus par la France et l'Union européenne afin de réformer les mécanismes de règlement de ces différends entre investisseurs et États et, dans le but de protéger davantage le « droit des États à réguler ».

Appliquée à l'enjeu de la transition climatique, l'existence des mécanismes RDIE au sein d'accords relatifs à l'exploration et à l'exploitation de sources d'énergies fossiles peut pousser les EED, dont les besoins de financement sont particulièrement élevés, à retarder la mise en œuvre de politiques climatiques volontaristes.

Le présent article vise à i) explorer le phénomène de gel réglementaire, ii) identifier les vulnérabilités propres aux EED, particulièrement dans le secteur des combustibles fossiles et iii) analyser l'impact des mécanismes RDIE sur le financement de la transition climatique.

1 La diffusion des mécanismes de règlement des différends investisseurs-États s'accompagne d'un risque de « gel réglementaire »

Le nombre croissant de litiges RDIE s'explique par la hausse des accords internationaux sur l'investissement

Le recours aux mécanismes RDIE a fortement augmenté depuis le début des années 2000, en lien direct avec la hausse du nombre d'accords internationaux sur l'investissement. Si auparavant les recours RDIE visaient presque exclusivement des économies émergentes et en développement, ils se sont étendus aux économies avancées (cf. graphique 1 *infra*). Bien que les recours RDIE concernent aujourd'hui la plupart des pays (133 pays sur la totalité de la période 1987-2023), une forte hétérogénéité subsiste : six pays concentrent environ 25 % du nombre cumulé de recours en 2023, chacun d'entre eux

1 La majorité des accords incluent cinq grandes clauses principales : 1) la protection contre la discrimination (fondée sur les clauses du traitement national et de la nation la plus favorisée), 2) la protection contre les expropriations directes ou indirectes, 3) les garanties d'un traitement juste et équitable, 4) le libre transfert du capital initial investi, de ses rendements et des produits de sa liquidation, et 5) des clauses dites « crépusculaires » (ou *sunset clauses*) qui apportent une protection des investissements pour une période allant au-delà de l'extinction de l'accord.

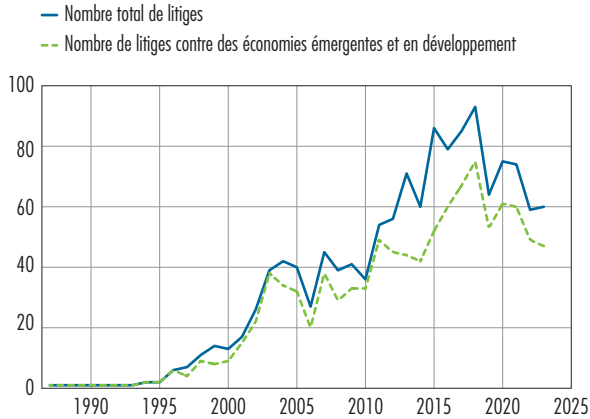
2 *Investor-state dispute settlement* (ISDS) en anglais.

3 Ce nombre reste très certainement en deçà de la réalité, compte tenu de l'absence de registre public des recours.

4 La classification retenue repose sur la nomenclature du FMI (*World Economic Outlook Database – Groups and Aggregates*) qui partage les économies entre deux catégories : économies avancées et économies émergentes et en développement (EED).

G1 Évolution des recours RDIE sur la période 1987-2023

(en abscisse : année d'apparition du litige ;
en ordonnée : nombre de litiges en unités)



Note : RDIE, mécanismes de règlement des différends entre investisseurs et États.

Sources : Données Cnuced (Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement) ; calculs des auteurs.

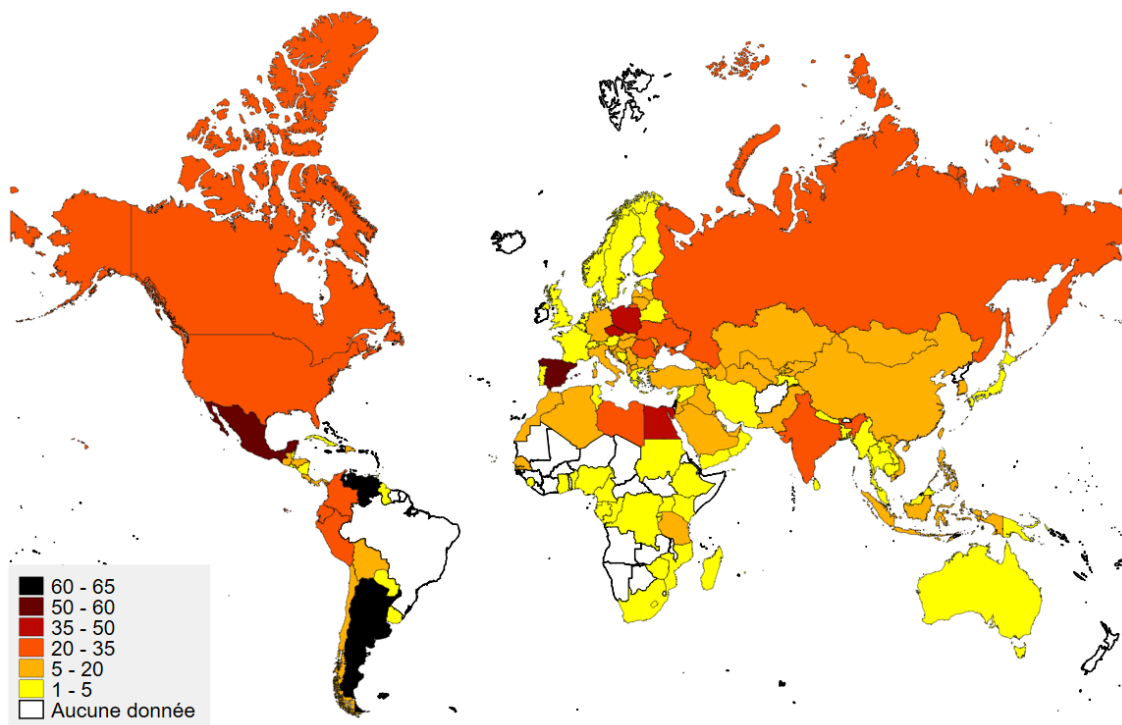
ayant été visé par plus de 40 litiges (cf. graphique 2). L'Argentine et le Venezuela représentent à eux seuls plus de 10% de tous les recours RDIE.

L'augmentation des recours RDIE s'explique par le développement d'accords internationaux d'investissement qui contiennent des clauses de protection des IDE, dont des mécanismes d'arbitrage des différends entre investisseurs et États. La littérature identifie plusieurs raisons qui incitent les États à s'engager dans de tels accords :

- Les États signataires cherchent à fournir aux firmes multinationales (FMN) une assurance contre le risque politique afin d'attirer des IDE (Tienhaara *et al.*, 2022a). Ces clauses permettent de garantir aux FMN un traitement équitable de leurs investissements, a minima égal à celui que les États réserveraient aux entreprises nationales ;

G2 Nombre total de recours RDIE en 2023

(en unités)



Note : RDIE, mécanismes de règlement des différends entre investisseurs et États.

Sources : Données Cnuced (Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement) ; calculs des auteurs.

- Pour les EED en particulier, les mécanismes RDIE offrent un cadre de contractualisation et de dépolitisation des litiges investisseurs-États. Cela les protège des pressions diplomatiques que serait susceptible d'exercer le pays dans lequel est domiciliée la FMN partie au litige (Gertz *et al.*, 2018 ; Moehlecke et Wellhausen, 2022) ;
- Au même titre que les innovations, les mécanismes RDIE bénéficient d'un mécanisme de diffusion : une fois que le réseau d'accords contenant des clauses RDIE atteint une taille critique, d'autres États sont incités à adopter des accords comparables pour attirer des IDE (Jandhyala *et al.*, 2011) ;
- Certains États, dont les institutions judiciaires nationales sont insuffisamment développées, peuvent être tentés de subroger le droit national par le droit international afin de gagner en crédibilité auprès des FMN à moindre coût (Malesky et Milner, 2021).

Si plusieurs études économétriques démontrent les impacts positifs des accords internationaux d'investissement (essentiellement dans leur format bilatéral) sur les flux d'IDE, la plupart d'entre elles se concentrent sur l'existence ou non d'un tel accord, négligeant l'analyse des clauses spécifiques qu'ils contiennent (Hallward-Driemeier, 2003 ; Tobin et Rose-Ackerman, 2003 ; Gallagher et Birch, 2006). Or, l'efficacité des accords dépend de nombreux facteurs, dont leur contenu spécifique et leur interaction avec la situation politique et économique du pays hôte (Pirotte et Titi, 2020).

Par ailleurs, d'autres travaux mettent en évidence que le recours aux traités sur le commerce et l'investissement incluant des mécanismes RDIE peut constituer un atout complémentaire pour attirer des IDE. Néanmoins, il est souligné que l'existence de ces traités peut s'avérer moins décisive dans le choix des investisseurs étrangers comparativement à d'autres critères clés, comme la taille du marché, la qualité des infrastructures nationales, des

accords de coopération et de facilitation pour les investissements, etc. Le Brésil présente un cas intéressant : le pays a refusé de signer des accords internationaux d'investissement contenant des clauses RDIE. Pourtant, les flux nets d'investissements directs étrangers à destination du Brésil atteignaient 3 % de son PIB en 2023, soit un niveau médian par rapport aux autres EED d'Amérique du Sud (données de la Banque mondiale) ⁵.

Le recours aux mécanismes RDIE entraîne un risque de gel réglementaire pour les États dans la conduite de leurs politiques publiques

Le concept de gel réglementaire ⁶ a d'abord été analysé en science politique sous la forme d'études de cas (Tienhaara, 2011 ; Moehlecke, 2020). En complément de cette approche qualitative, et lorsque l'existence d'un recours le permettait, des études économétriques ont analysé le phénomène de gel réglementaire à l'appui de données. Moehlecke (2020) et Delpeuch (2023) ont ainsi montré l'existence de ce phénomène concernant la législation sur le tabac. Le recours enclenché par une FMN pour s'opposer à des politiques publiques de lutte contre le tabagisme dans un pays se traduit en effet par une paralysie ou un ralentissement de l'action réglementaire dans les pays tiers ⁷.

Le montant des indemnités auxquelles sont exposés les États, associé aux larges pouvoirs d'interprétation des tribunaux d'arbitrage et à l'absence d'organe d'appel, renforce l'incertitude juridique pour les États concernés. Une des pratiques utilisées par les tribunaux d'arbitrage pour calibrer les indemnités réclamées aux États s'appuie sur la valeur actuelle nette (VAN) des profits que la FMN espérait réaliser, même en l'absence de décision d'investissement définitive. Une autre méthode repose sur l'estimation des flux de trésorerie actualisés. Ces méthodes peuvent conduire à des montants de compensations financières plus favorables aux investisseurs. Par conséquent, certaines FMN peuvent refuser toute négociation avec l'État concerné et préférer recourir directement aux mécanismes RDIE.

⁵ En 2023, selon les données de la Banque mondiale, les flux nets d'IDE (en % du PIB) atteignaient - 7,1 % en Uruguay, + 1,7 % au Mexique, 3,7 % en Argentine, 4,7 % en Colombie et 6,5 % au Chili.

⁶ L'annexe revient plus en détail sur les typologies de gel réglementaire développées par Berge et Berger (2021) et Tienhaara (2018).

⁷ Moehlecke (2020) montre ainsi un impact significatif du recours RDIE enclenché par Phillip Morris International (PMI) dans les cas PMI c. Uruguay (2010) et PMI c. Australie (2011) sur la propension des États à réguler dans les domaines visés par les recours.

2 Les économies émergentes et en développement et le secteur des combustibles fossiles concentrent une grande partie des litiges

Les EED sont particulièrement vulnérables aux mécanismes RDIE

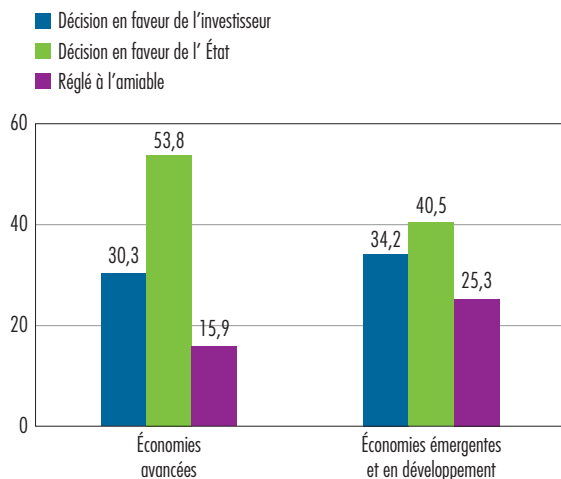
Les économies émergentes et en développement sont relativement plus exposées aux mécanismes RDIE, tant en montants qu'en fréquence, avec des indemnités cumulées de 107 milliards de dollars, contre seulement 5,8 milliards pour les économies avancées entre 1987 et 2023 (cf. annexe). Ce chiffre inclut une indemnité exceptionnelle de 40 milliards de dollars imposée à la Russie dans le cas de *Hulley c. Russie* (2014), à la suite de la nationalisation de Yukos Oil Company. Si l'on exclut

ce cas, le montant s'élève à 67 milliards de dollars pour les EED, soit 92 % du total des indemnités⁸.

Plusieurs facteurs participent à cet écart. Premièrement, les EED représentent environ 80 % des recours RDIE, contre seulement 20 % pour les économies avancées depuis 1987. Deuxièmement, parmi les recours tranchés par les tribunaux d'arbitrage, les verdicts semblent plus défavorables aux EED, avec 40,5 % de litiges arbitrés en leur faveur, contre 53,8 % pour les économies avancées (cf. graphique 3). Les EED sont en outre plus enclines à accepter un règlement à l'amiable (25 %, contre 16 % pour les économies avancées), ce qui s'accompagne dans la plupart des cas du versement d'indemnités par les États concernés. Troisièmement, en cas d'arbitrage en faveur des FMN, l'indemnité moyenne imposée aux EED s'élève à 285 millions de dollars, contre 113 millions pour les économies avancées⁹ (cf. graphique 4).

G3 Décisions rendues par les tribunaux d'arbitrage dans le cadre des litiges RDIE sur la période 1987-2023

(en %)

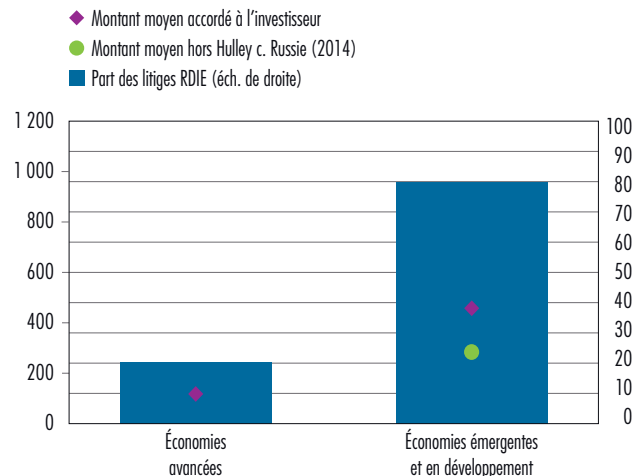


Note : RDIE, mécanismes de règlement des différends entre investisseurs et États.

Sources : Données Cnuced (Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement) ; calculs des auteurs.

G4 Montant moyen des indemnités imposées et part des litiges RDIE sur la période 1987-2023

(montant en millions de dollars et part en %)



Lecture : Les EED représentent environ 80 % (échelle de droite) des recours RDIE et l'indemnité moyenne (échelle de gauche) qui leur est imposée s'élève à 285 millions de dollars (453 millions si l'on prenait en compte *Hulley c. Russie*, 2014).

Note : EED, économies émergentes et en développement ; RDIE, mécanismes de règlement des différends entre investisseurs et États. Sources : Données Cnuced (Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement) ; calculs des auteurs.

⁸ Ces montants correspondent aux indemnités imposées et non pas aux montants effectivement versés par les États aux investisseurs. Par exemple, dans le cas de *Yukos* – dont le litige *Hulley c. Russie* (2014) a conduit à l'indemnité la plus élevée sur une série de litiges portant sur un montant cumulé d'indemnités de 50 milliards de dollars – la Russie n'a pas encore versé les indemnités imposées.

⁹ Ce chiffre s'élève à 453 millions de dollars si l'on prend en compte les 40 milliards imposés à la Russie.

Outre le coût financier plus élevé imposé aux économies émergentes et en développement, ces pays sont aussi plus affectés par le phénomène de gel réglementaire. Moehlecke (2020) montre en effet que, dans le cas de l'industrie du tabac, le gel réglementaire, bien qu'affectant à la fois les EED et les économies avancées, produirait des effets à long terme plus marqués pour les EED. Ces dernières renonceraient plus longtemps à mettre en œuvre la réglementation faisant l'objet d'un litige, alors que les économies avancées seraient mieux armées pour y faire face. Appliqué au domaine environnemental, Berge et Berger (2021) insistent sur le rôle de la maturité des institutions administratives des pays faisant face à un recours RDIE¹⁰.

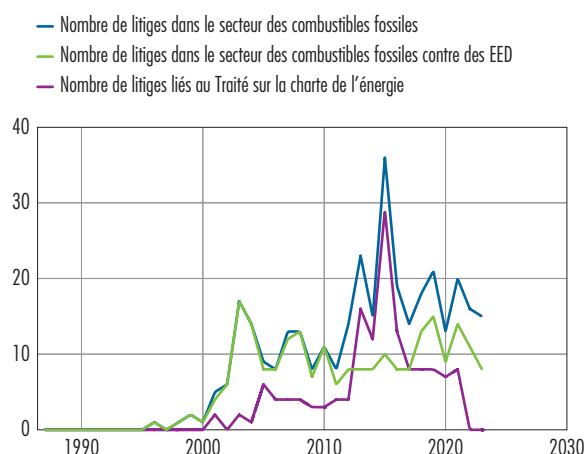
Le secteur des combustibles fossiles présente des facteurs de risque supplémentaires

Au sein du secteur des combustibles fossiles, les recours RDIE progressent fortement depuis les années 2000, en particulier ceux en lien avec le Traité

sur la charte de l'énergie (TCE) qui pèsent de façon prépondérante dans cette dynamique (cf. encadré *infra*). Dans les années 2000, les litiges RDIE sur le périmètre des énergies fossiles atteignaient une moyenne de 12 cas par an, et visaient presque exclusivement les EED. Entre 2010 et 2017, le nombre de recours RDIE dans ce secteur a nettement augmenté, pour atteindre un pic en 2015 avec 36 recours enregistrés. Cette hausse rapide s'explique principalement par les 70 recours intervenus dans le cadre du TCE entre 2013 et 2016, contribuant aussi à l'augmentation des litiges contre les économies avancées (cf. graphique 5). Ainsi, dans le secteur des combustibles fossiles, l'écart entre les EED et les économies avancées concernant le nombre de litiges est moins élevé que pour l'ensemble des secteurs (cf. graphique 6). Pour autant, l'écart en matière d'indemnité moyenne sur le périmètre des combustibles fossiles entre EED (593 millions de dollars) et économies avancées (114 millions) est plus élevé que dans l'ensemble des secteurs confondus (285 millions pour les EED, contre 113 millions pour les économies

G5 Nombre de recours RDIE dans le secteur des combustibles fossiles sur la période 1987-2023

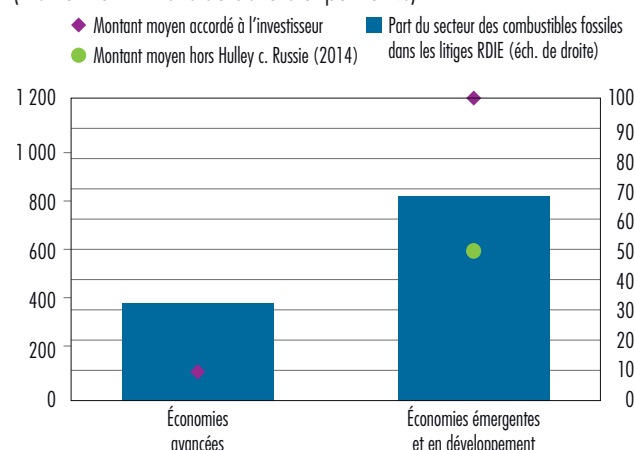
(en abscisse : année d'apparition du litige ; en ordonnée : nombre de litiges en unités)



Note : EED, économies émergentes et en développement ; RDIE, mécanismes de règlement des différends entre investisseurs et États.
Sources : Données Cnuccd (Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement) ; calculs des auteurs.

G6 Secteur des combustibles fossiles : montant moyen des indemnités imposées et part dans le total des recours RDIE, sur la période 1987-2023

(montant en millions de dollars et part en %)



Note : RDIE, mécanismes de règlement des différends entre investisseurs et États.
Sources : Données Cnuccd (Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement) ; calculs des auteurs.

¹⁰ Le phénomène de gel réglementaire serait plus prégnant dans les États qui disposent d'une forte capacité de coordination interministérielle, les services chargés de la rédaction des réglementations parvenant mieux à internaliser le risque juridique qu'induisent les mécanismes RDIE, grâce à des échanges d'informations plus efficaces entre administrations.

avancées)¹¹. Le TCE est l'instrument le plus largement utilisé par les FMN pour initier des recours RDIE à l'encontre des États, en particulier parce qu'il leur est empiriquement favorable : 61 % des litiges ont été

tranchés en faveur des investisseurs (Bos et Gupta, 2019). Le traité représente 11 % du total des recours RDIE enregistrés entre 1987 et 2023, et 41 % de tous les recours liés au secteur des combustibles fossiles¹².

ENCADRÉ

Le Traité sur la charte de l'énergie (TCE)

Le TCE est un traité international signé en 1994 et entré en vigueur en 1998. Son objectif initial était d'intégrer les marchés énergétiques émergents d'Europe de l'Est avec ceux d'Europe occidentale et du reste du monde, à la suite de la chute de l'Union soviétique. Le traité comprend des dispositions très étendues en faveur de la protection des investissements étrangers ainsi qu'un mécanisme de règlement des différends entre les investisseurs et les États – RDIE (article 26). À son entrée en vigueur, le TCE comptait 55 États signataires¹, principalement des économies avancées, ce qui explique leur poids prépondérant parmi les litiges liés au TCE (cf. graphique 5 *supra*).

Le TCE est régulièrement critiqué car il contribuerait à retarder la transition énergétique des États signataires en raison d'un régime jugé trop protecteur des intérêts des investisseurs privés (Bos et Gupta, 2019). Le Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (Giec) dans son sixième rapport d'évaluation (AR6) mentionne explicitement le TCE comme un accord favorisant les intérêts des investisseurs au détriment des politiques publiques, à travers le recours massif au RDIE².

L'enjeu est d'autant plus fort que le TCE protège plus de 2000 actifs pétroliers et gaziers dans 31 pays, ce qui représente un volume de production total de 18 millions de barils par jour (Tienhaara *et al.*, 2022b).

L'Union européenne (UE) a décidé en mai 2024 de se retirer du TCE en invoquant son incompatibilité avec les ambitions climatiques de l'Union dans le cadre du Pacte vert pour l'Europe et de l'accord de Paris. Cette décision illustre plus largement le changement de perception des décideurs publics vis-à-vis des clauses présentes dans ces accords, et en particulier les mécanismes RDIE. Par ailleurs, les effets de la réforme du TCE qui est entrée en vigueur en septembre 2025 restent débattus.

1 Pays signataires dès 1994 : Albanie, Allemagne, Arménie, Autriche, Azerbaïdjan, Bulgarie, Croatie, Chypre, Danemark, Espagne, Finlande, Géorgie, Grande-Bretagne, Grèce, Italie, Kazakhstan, Kirghizistan, Lettonie, Liechtenstein, Luxembourg, Moldavie, Ouzbékistan, Pays-Bas, Portugal, République tchèque, Roumanie, Slovaquie, Slovénie, Suède, Suisse, Tadjikistan et Turkménistan. L'UE a ratifié le traité en 1997.

2 « A large number of bilateral and multilateral agreements, including the 1994 Energy Charter Treaty, include provisions for using a system of investor-state dispute settlement (RDIE) designed to protect the interests of investors in energy projects from national policies that could lead their assets to be stranded » (p. 2442).

11 Ce calcul exclut le cas exceptionnel de 40 milliards de dollars dans *Hulley c. Russie* en 2014, une affaire impliquant des investissements dans les combustibles fossiles. Si l'on prenait en compte cette indemnité exceptionnellement élevée, le montant moyen imposé s'élèverait à 1,2 milliard de dollars dans le secteur des combustibles fossiles.

12 Les secteurs des énergies fossiles (NACE rev. 2) sont définis comme suit : 05 Extraction de houille et de lignite (charbon), 06 Extraction de pétrole brut et de gaz naturel, 19 Cokéfaction et raffinage et 35 Production et distribution d'électricité, de gaz, de vapeur et d'air conditionné.

L'exposition des économies émergentes et en développement à des recours RDIE liés au TCE pourrait par ailleurs croître en raison de l'augmentation du nombre de pays signataires, avec 32 pays qui ont engagé le processus d'adhésion en 2023 d'après Tienhaara *et al.* (2022a). Selon Tienhaara *et al.* (2022b), cet élargissement accroîtrait la valeur annuelle nette couverte par le TCE de 38 milliards de dollars, dont 17 milliards pour l'Irak et 8 milliards pour la Mauritanie. Cela exposerait également pour un montant supérieur à 1 milliard d'autres pays comme la Tanzanie, le Kazakhstan, le Niger, la Jordanie et le Sénégal.

3 Les mécanismes de règlement des différends investisseurs-États constituent-ils un frein à la transition hors des énergies fossiles ?

La sortie progressive des énergies fossiles s'accompagne d'un risque de litige important

La mise en œuvre des engagements climatiques par les États risque de porter atteinte à de très nombreux investissements réalisés dans le secteur des combustibles fossiles, aujourd'hui protégés par des mécanismes RDIE. À l'issue de la COP28, le bilan mondial a confirmé que des mesures additionnelles fortes en faveur de la sortie des énergies fossiles étaient indispensables. Dans ce cadre, la « transition hors des combustibles fossiles » a été inscrite pour la première fois dans une décision multilatérale.

Or, selon Tienhaara *et al.* (2022a), sur la période 2022-2050, 10 % de la production de pétrole et de gaz issue des projets en attente de décision finale d'investissement sont actuellement protégés par des mécanismes RDIE. Les auteurs estiment que la valeur actuelle nette de ces investissements pourrait représenter entre 60 milliards de dollars (scénario minimal) et 234 milliards (scénario maximal)¹³ – dont 6 % à 7 % découleraient exclusivement du TCE. Certains pays sont particulièrement exposés, dont le Guyana (11 milliards en scénario central) et le Venezuela (10 milliards en

scénario central). Le montant global de demandes de compensations potentielles pourrait varier de 92 milliards (scénario minimal) à 340 milliards (scénario maximal) si l'on inclut les projets déjà en cours de développement.

Les indemnités potentielles sont à rapporter au coût de la transition climatique dans les EED

Selon l'Agence internationale de l'énergie (AIE, 2023), les investissements annuels dans les énergies propres au sein des EED devraient passer de 770 milliards de dollars en 2022 à 2 200-2 800 milliards par an sur la période 2030-2035, et se maintenir à des niveaux similaires jusqu'en 2050. Bhattacharya *et al.* (2024) estiment quant à eux que les besoins de financement des EED (hors Chine) s'élèvent à 2 440 milliards de dollars par an d'ici 2030 pour atteindre les objectifs de l'accord de Paris. À titre de comparaison, le montant maximal cumulé des litiges (340 milliards de dollars selon Tienhaara) correspond au triple des financements climatiques mobilisés par les pays développés à destination des pays en développement en 2022 (115,9 milliards selon l'Organisation de coopération et de développement économiques, OCDE). La juxtaposition des besoins de financement à l'augmentation des coûts liés aux litiges RDIE auxquels ils pourraient être exposés constitue un obstacle supplémentaire pour assurer cette transition.

Face aux mécanismes RDIE dans le règlement des litiges entre investisseurs et États, certaines EED pourraient être amenées à retarder leur transition hors des combustibles fossiles. Le Giec (2023) a d'ailleurs mentionné pour la première fois, dans son sixième rapport d'évaluation, le gel réglementaire comme un frein potentiel à l'adoption de politiques d'atténuation au regard des coûts associés à d'éventuels litiges. Alors que la littérature documente ce phénomène pour le secteur du tabac, Tienhaara (2018) propose un parallèle avec l'industrie des combustibles fossiles car les deux industries partagent des caractéristiques similaires¹⁴.

¹³ La valeur actuelle nette varie selon les hypothèses de prix futur du baril de pétrole, en l'espèce entre 50 dollars par baril (minimum) et 100 dollars (maximum).

¹⁴ Parmi ces caractéristiques : un marché concentré autour d'un faible nombre d'acteurs dotés de moyens financiers importants et faisant face à une menace existentielle en raison d'initiatives publiques coordonnées au niveau international.

Le double défi auquel sont confrontées les économies émergentes et en développement — gérer le risque de litige lié aux mécanismes RDIE tout en cherchant à mobiliser des volumes de financement sans précédent afin d’assurer leur transition climatique — justifie d’accorder une attention renforcée aux effets des mécanismes RDIE. La poursuite des réformes relatives à leur fonctionnement impliquera de veiller à concilier la protection des investissements privés étrangers avec le droit des États à légiférer sur leur territoire dans la conduite de leur politique climatique de sortie des combustibles fossiles. Bhattacharya *et al.* (2024) estiment à 1 000 milliards de dollars par an les investissements nécessaires à destination des EED, hors Chine, pour assurer leur transition.

Bibliographie

AIE, Agence internationale de l'énergie (2023)

Scaling Up Private Finance for Clean Energy in Emerging and Developing Economies, juin.

Berge (T. L.) et Berger (A.) (2021)

« Do investor-state dispute settlement cases influence domestic environmental regulation? The role of respondent state bureaucratic capacity », *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 12, n° 1, p. 1-41.

Bhattacharya (A.), Songwe (V.), Soubeyran (E.) et Stern (N.) (2024)

Raising ambition and accelerating delivery of climate finance, novembre.

Bos (K.) et Gupta (J.) (2019)

« Stranded assets and stranded resources: Implications for climate change mitigation and global sustainable development », *Energy Research and Social Science*, vol. 56, octobre.

Delpeuch (S.) (2023)

« Strategic litigation in a globalized world: How investor-state disputes shape policy diffusion », miméo.

Di Salvatore (L.), Cotula (L.), Nanda (A.) et Wang (C. Y.) (2023)

« Investor-state dispute settlements: a hidden handbrake on climate action », *IEED briefing*, novembre.

Gallagher (K. P.) et Birch (M. B. L.) (2006)

« Do investment agreements attract investment? Evidence from Latin America », *Journal of World Investment and Trade*, vol. 7, p. 961-974.

Gertz (G.), Jandhyala (S.) et Skovgaard Poulsen (L. N.) (2018)

« Legalization, diplomacy, and development: Do investment treaties de-politicize investment disputes? », *World Development*, vol. 107, p. 239-252, juillet.

Giec, Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (2023)

Climate Change 2022: Mitigation of Climate Change. Contribution of Working Group III to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change, Cambridge University Press, juillet.

Grieco (F.), Macaire (C.), Naef (A.) et Volz (U.) (2024)

« High voltage: financing the path to zero coal », *CEPR Discussion Papers*, n° 19190.

Hallward-Driemeier (M.) (2003)

« Do bilateral investment treaties attract FDI? Only a bit and they could bite », *World Bank Policy Research Working Paper*, n° 3121.

Jandhyala (S.), Henisz (W. J.) et Mansfield (E. D.) (2011)

« Three waves of BITs: The global diffusion of foreign investment policy », *Journal of Conflict Resolution*, vol. 55, n° 6, p. 1047-1073.

Malesky (E. J.) et Milner (H. V.) (2021)

« Fostering global value chains through international agreements: Evidence from Vietnam », *Economics & Politics*, vol. 33, n° 3, p. 443-482.

Moehlecke (C.) (2020)

« The chilling effect of international investment disputes: limited challenges to state sovereignty », *International Studies Quarterly*, vol. 64, n° 1, p. 1-12, mars.

Moehlecke (C.) et Wellhausen (R. L.) (2022)

« Political risk and international investment law », *Annual Review of Political Science*, vol. 25, p. 485-507.

Pirotte (A.) et Titi (A.) (2020)

L'impact des traités d'investissement sur les flux d'investissements directs étrangers : une nouvelle approche par la prise en compte des règles de droit des traités, Mission de recherche Droit & Justice, rapport final, mai.

[Tienhaara \(K.\) \(2011\)](#)

« Regulatory chill and the threat of arbitration: A view from political science », *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, Cambridge University Press, p. 606-627, décembre.

[Tienhaara \(K.\) \(2018\)](#)

« Regulatory chill in a warming world: the threat to climate policy posed by investor-state dispute settlement », *Transitional Environmental Law*, vol. 7, n° 2, p. 229-250, juillet.

[Tienhaara \(K.\) et Downie \(C.\) \(2018\)](#)

« Risky Business? The Energy Charter Treaty, renewable energy, and investor-state disputes », *Global Governance*, vol. 24, n° 3, p. 451-471.

[Tienhaara \(K.\), Thrasher \(R.\), Simmons \(B. A.\) et Gallagher \(K. P.\) \(2022a\)](#)

« Investor-state disputes threaten the global green energy transition », *Science*, vol. 376, n° 6594, p.701-703, mai.

[Tienhaara \(K.\), Thrasher \(R.\), Simmons \(B. A.\) et Gallagher \(K. P.\) \(2022b\)](#)

« Investor-state dispute settlement: obstructing a just energy transition », *Climate Policy*, vol. 23, n° 9, p. 1197-1212, décembre.

[Tobin \(J.\) et Rose-Ackerman \(S.\) \(2003\)](#)

« Foreign direct investment and the business environment in developing countries: The impact of bilateral investment treaties », *William Davidson Institute Working Paper*, n° 587.

Annexe

Précisions complémentaires

1 Typologies de gel réglementaire

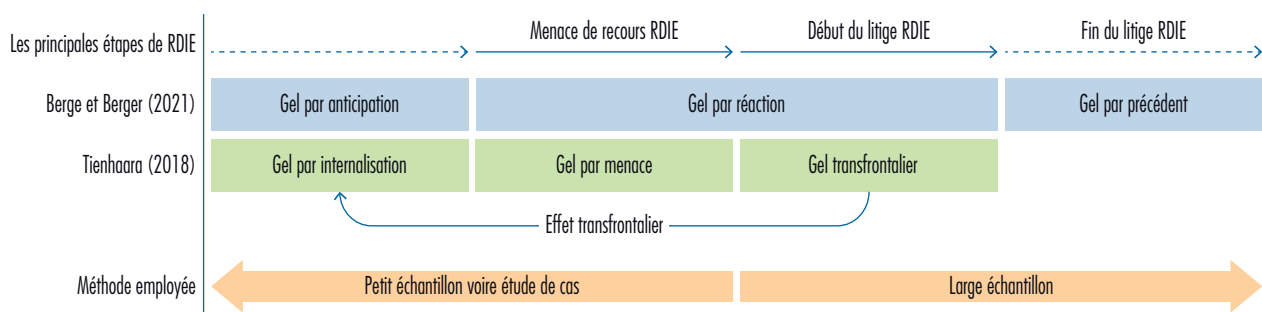
Berge et Berger (2021) distinguent trois types de gel réglementaire : i) le gel par anticipation, c'est-à-dire avant même l'existence d'une menace réelle d'un recours RDIE ; ii) le gel par réaction, à la suite de l'annonce d'un risque de recours RDIE ; et iii) le gel par précédent, une fois le recours au règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) terminé.

Tienhaara (2018) différencie pour sa part trois types de gel réglementaire, qui se recoupent en partie avec la typologie précédente : i) le gel par internalisation, avec les avancées réglementaires qui sont freinées dans tous les domaines en raison des craintes d'un État confronté à un litige RDIE (suivant une logique semblable au gel

par anticipation) ; ii) le gel par menace quand une mesure législative spécifique est empêchée en raison des menaces de recours RDIE émanant d'une industrie spécifique ; et iii) le gel transfrontalier lorsqu'un litige RDIE porte sur une législation d'un État donné, mais qu'il est facilement transférable sur une législation similaire dans un autre État.

Le schéma ci-dessous propose une comparaison entre deux typologies. La méthode d'analyse utilisée par la littérature, pour substantifier l'existence du gel réglementaire, varie en fonction de son type. En l'absence de litige et donc de données, les auteurs privilégient des études qualitatives sous la forme d'études de cas. En revanche, l'existence d'un litige permet d'identifier un moment précis et de développer une base de données. Des études économétriques ont ainsi pu analyser le phénomène de gel réglementaire.

Typologies de gel réglementaire

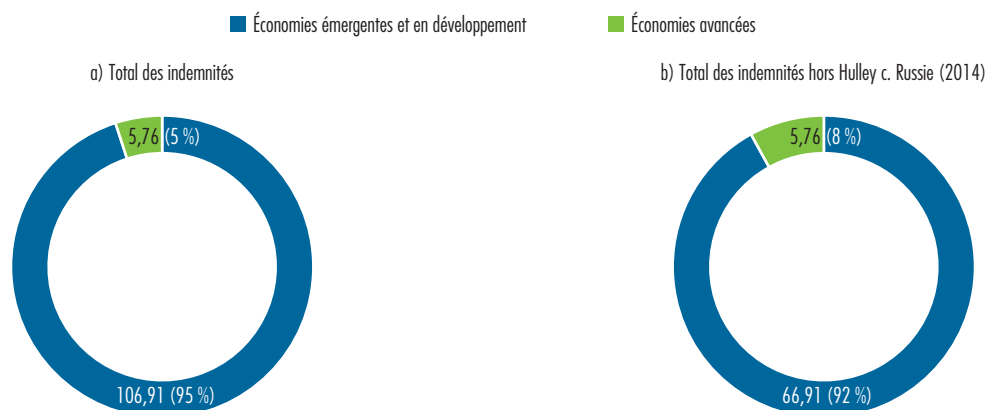


Note : RDIE, mécanismes de règlement des différends entre investisseurs et États.
Sources : Berge et Berger (2021), Tienhaara (2018) ; auteurs.

2 Indemnités cumulées imposées dans le cadre des recours RDIE

Indemnités cumulées imposées dans le cadre des recours RDIE sur la période 1987-2023

(montant en milliards de dollars et part en %)



Note : Ces chiffres intègrent (graphique a) et excluent (graphique b) la plus importante indemnisation de l'histoire des mécanismes de règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) : le cas exceptionnel (Hulley c. Russie) avec une indemnité de 40 milliards de dollars imposée à la Russie en 2014.

Sources : Données Cnuced (Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement) ; calculs des auteurs.

Éditeur

Banque de France

Directeur de la publication

Claude Piot

Rédaction en chef

Corinne Dauchy

Secrétaire de rédaction

Nelly Noulon

Réalisation

Studio Création

Direction de la Communication

ISSN 1952-4382

Pour vous abonner aux publications de la Banque de France

<https://www.banque-france.fr/fr/alertes/abonnements>

