

Conférence Annuelle 2010 : Sécurité énergétique et ses impacts sur le système juridique international (Energy Security and its impacts on the international legal system)

**11 juin 2010
Compte rendu**

Pr. Julia King, Vice-Chancellor of Ashton University, member of the UK Committee on Climate Change : Changements climatiques et sécurité énergétique (Climate Change and Energy Security)

1/ Pourquoi être inquiet?

En continuant notre consommation d'énergie telle qu'elle est aujourd'hui, nous aurons une hausse de 4° avant la fin du siècle, probablement vers 2060. Cette hausse signifie une augmentation des températures de 8 à 12 ° en Europe, de 10 à 12° en Amérique du Nord. Les conséquences seraient également une baisse du rendement de l'agriculture de 40%, le manque d'eau potable pour 40% de la population, le déclin des forêts et 20 à 30% d'espèces pourraient disparaître.

Cette hausse implique également des conséquences en termes de sécurité :

- Migration de réfugiés
- Montée des extrémismes
- Désordre public
- Faillite des infrastructures
- Problème de Communication et transport
- Santé publique
- Relations internationales
- Sécurité énergétique
- Assurances
- Etc...

2/ Les impacts des changements climatiques

Selon la hausse de température atteinte, les risques sont différents : si l'on dépasse les 4°C, on sera alors incapable de contrôler les conséquences de cette hausse. En revanche, si l'on réussit à maintenir une hausse à moins de 2°C avant la fin du siècle, la société pourra probablement s'adapter.

3/ Objectifs globaux et nationaux

Un tel objectif requiert, pour le Royaume-Uni, une réduction des gaz à effet de serre : réduction de 50% des émissions de CO₂ avant 2050, puis réduction d'encre 50% de 2050 à 2100. Cela signifie qu'en 2050, la masse totale de CO₂ émis par personne devra être entre 2.1 et 2.6 tonnes/annum

Les émissions du RU proviennent principalement de l'énergie, de l'agriculture, des transports et des émissions des habitations. Plus de la moitié de ces émissions proviennent de l'énergie)

Ce problème nécessite une réponse globale, ce qui était l'objet du sommet de Copenhague, qui s'est terminé sur un accord pour garder la hausse des températures en dessous du seuil des 2°. Plus d'une centaine d'Etat ont désormais déposé au secrétariat de la Convention des Nations unies pour les changements climatiques, leur déclaration avec leurs objectifs. Cet accord n'est cependant pas obligatoire.

4/ Les défis pour le RU

Afin d'atteindre ces objectifs, le Royaume-Uni doit réduire ses émissions énergétiques et donc réduire la part des énergies fossiles dans le secteur énergétique britannique, qui représente pour l'instant 90%. Il convient donc d'augmenter la part d'énergies renouvelables et d'énergie nucléaire pour qu'en 2010, la part des énergies fossiles soit réduite de moitié.

5/ Sécurité énergétique et diminution des changements climatiques

L'enjeu de la maîtrise des changements climatiques vient –se heurter aux exigences de la sécurité énergétique, tant au niveau de la sécurité physique, géopolitique ou financière.

6/ Conclusion

La dépendance du RU aux énergies fossiles est le problème majeur à résoudre, il augmente par ailleurs l'insécurité énergétique. Il en va de même pour la réduction des changements climatiques, il affecte la sécurité énergétique. En conclusion, la sécurité énergétique et les changements climatiques sont étroitement liés.

SECTION 1 – PANNEL 1: LA PROTECTION DES INVESTISSEMENTS ENERGETIQUES DANS UN SYSTEME JURIDIQUE CHANGEANT (PROTECTING ENERGY INVESTMENTS IN A CHANGING LEGAL REGIME)

Chair : Brooks Daly, *Permanent Court of Arbitration*

Alejandro Escobar, *Backer Botts LLP* : Les impacts de la terminaison des traités d'investissement dans le contexte énergétique (The impact of termination of investment treaties in energy context)

Aucun instrument juridiquement contraignant n'est sorti de la conférence de Copenhague.

Les traits d'investissements sont également des traits pour la protection et la promotion des investissements. Les deux expressions seront utilisées de manière synonyme.

Les investissements étrangers représentent la majeure partie des investissements. Dès 1990, on assiste à une augmentation très nette de ces traits, qui pour la plupart sont des traits bilatéraux.

Les traités de libre échange sont une autre forme de traités à coté des traités bilatéraux.

Les traités d'investissements sont des instruments de promotion des investissements étrangers relativement efficaces, en ce qu'ils prévoient les relations entre le pays hôte et l'Etat de rattachement des investisseurs, mais également en ce qu'ils encadrent les relations entre les traités et les fonds d'investissements.

- La possibilité de terminer les traités d'investissement?

Les investissements requièrent une protection sur le long terme. La question de leur terminaison est donc cruciale. Il faut d'abord rechercher ces modalités dans les termes du traité lui même.

Les problèmes surviennent en général entre la notification de la terminaison et la terminaison elle même. Seules quelques lignes directrices évoquent ce problème, sans qu'aucune ne soit obligatoire.

Il faut distinguer les traités contenant des "sunset provisions", à savoir des clauses relatives à la terminaison du traité, et ceux qui n'en ont pas.

- Juridiction

La question qui se pose est la suivante : si un traité est terminé pas un accord, l'investisseur bénéficie-t-il quand même de la "sunset provision"?

C'est pour cette raison que les obligations précises doivent être formulées dans les traités, en particulier en ce qui concerne le risqué d'expropriation, directe ou indirecte. Se sont néanmoins développés des standards de protection que l'on retrouve de manière systématique dans les traités d'investissement.

Mahnaz Malik, Associate and International Law Advisor, International Institute for Sustainable Development : Traités d'investissement et problématiques environnementales dans les pays en voie de développement (Investment treaties and environmental issues in developing countries)

L'exemple du Pakistan.

- D'un point de vue historique, le premier traité d'investissement conclu par le Pakistan l'a été avec l'Allemagne.
- Les investissements énergétiques sont spécifiques :
 - o Essentiels pour le développement
 - o En translation vers les énergies durables
 - o Posent la question suivante : comment protéger l'environnement?

Dans les traités relatifs aux investissements ratifiés par le Pakistan, on ne trouve pas de dispositions relatives à l'environnement.

Ainsi les solutions trouvées pour promouvoir l'environnement par le biais de ces traités sont les suivantes :

- Pas d'investissement possible pour les énergies "non propres"
- Restrictions
- Adapter les deux réglementations (énergie and environnement)

Ana Stanic, E&A, London : Mesures de l'UE relatives aux pipelines et les implication de la certification pour les investissements dans le domaine de l'énergie (EU measures on pipelines and certification implication for energy investments)

Le troisième Paquet Energie (TEP) de l'Union européenne et ses conséquences sur l'investissement

- TEP = Prévoit un réel unbundling en ce qui concerne le marché du gaz.
L'objectif est la promotion de l'investissement en réduisant ses risques

Le TEP prévoit des exemptions et des conditions d'exemption => Voir la réglementation européenne.

Le TEP développement une nouvelle approche en comparaison avec les Paquets précédents :

- Son aspect le plus controversé est la procédure de certification
 - ⇒ Certification du système de transmission opérée par un Etat tiers
 - ⇒ Différents tests de TSO sont nécessaire pour obtenir la certificationL'un d'entre eux est un test négatif : la charge de la preuve repose sur le TSO. Prise en compte des risques potentiels envers les Etats membres de l'Union Européenne => Le tiers doit prouver qu'il n'y a pas de risque pour la sécurité énergétique des Etats membres de l'UE.

Des violations possibles pourraient provenir de l'application des règles du :

- ECT
- GATTs
- BITs

EU et BITs

La question de la compétence de la CJUE a été soulevée lorsqu'il y a contradictions entre une norme européenne et un BITs.

La CJUE se base sur la jurisprudence et les règles de l'OMC: elle ne contrôle pas la conformité du droit de l'UE et de celui de l'OMC.

SECTION 1 – PANNEL 2 : LA SECURITE ENERGETIQUE A L'EPREUVE DE LA SOUVERAINETE TERRITORIALE

Chair :

Nancy TURCK, Chef du département des affaires juridiques, Agence internationale de l'Énergie : Les implications de la sécurité énergétiques sur la politique étrangère et la souveraineté territoriale (Energy security : implications for Foreign Policy and Territorial Sovereignty)

L'agence internationale de l'énergie a été créée à la suite du crash pétrolier des années 1970, afin d'assurer la sécurité des approvisionnement énergétiques en pétrole, puis en gaz. Pour ce faire, il est nécessaire d'obtenir une harmonisation des législations nationales et de convaincre les états de renoncer à une part de souveraineté dans le but de garantir la sécurité énergétique. Ce n'est pas une tâche facile, mais c'est le rôle de l'AIE.

L'AIE doit également travailler avec la multitude d'organisation internationales et non gouvernementales agissant dans le domaine de l'énergie. Il faut coordonner leurs actions.

Par exemple, voici une liste non exhaustive d'organisations internationales œuvrant dans le domaine énergétique :

- World Energy Council
- International sustainable energy Organisation
- Agence internationale pour les énergies renouvelables
- Organisation intergouvernementale pour les énergies renouvelables
- Partenariat international pour la coopération pour l'efficacité énergétique
- Forum énergétique international
- Partenariat pour l'énergie renouvelable et l'efficacité énergétique
- L'Institut mondial pour la capture et le stockage du Carbone
- Programme des nations unies pour l'environnement
- La Convention des Nations Unies pour les changements climatiques
- Association internationale pour l'énergie solaire

L'AIE coopère avec certaines de ces organisations. Elle a par exemple le statut d'observateur auprès de l'Organisation intergouvernementale pour les énergies renouvelables. Elle fait en outre partie du conseil de direction du Forum international de l'énergie qui siège à Riad.

L'UE a le statut d'observateur auprès de l'AIE et un programme d'harmonisation des règles de l'AIE et de l'UE est en cours.

Catherine Redgwell, University College of London, Sécurité énergétique et droit international (Energy security and International law)

Les causes de l'insécurité énergétique sont les suivantes :

- la volatilité des prix
- l'instabilité géopolitique
- la hausse de la demande

- la dépendance énergétique
- l'insécurité de l'approvisionnement
- le risque lié aux infrastructures
- les contingences économiques et politiques
- les risques environnementaux (incluant les changements climatiques)

La définition de la sécurité énergétique donnée par Helga Steeg (ex directeur de l'AIE) en 1993 comporte 3 aspects :

- limiter la vulnérabilité à l'interruption des approvisionnement
- prévoir un approvisionnement approprié face à la hausse des demandes
- lier les défis énergétiques et environnementaux

En droit international, les défis énergétiques sont appréhendés de différentes manières :

1/ En matière de transport :

En ce qui concerne les pipelines, il existe certains instruments pertinents tels que la Convention des Nations unies sur le droit de la mer, mais également en termes de construction et d'accès, de transit (pas d'instrument international en la matière).

Quant aux Tankers, ils sont appréhendés par le droit international en termes de pollution (UNCLOS, Convention MARPOL 1973/1978, etc...), de piraterie (UNCLOS), des prises d'otages (1988 Convention SOLAS et ses protocoles), ou d'attaque armée (cf. les opération de changement de pavillon lors de la guerre du golfe 1980-88)

Enfin, en relation aux installations offshore, on retrouve les principes tirés de l'affaire des plateformes pétrolière devant la Cour internationale de justice de 2003 et la Convention SOLAS.

2/ En matière de personnel :

Il est de la responsabilité de l'Etat de garantir les standards internationaux relatifs aux droits de l'homme. La Convention de 1979 relative aux prises d'otages est également une source disponible.

3/ En matière d'approvisionnement

Dans ce domaine, l'AIE, créée par l'OCDE lors de la crise de 1973-74 coopère également avec les Etats tiers à l'OCDE tels que la Chine ou l'Inde.

4/ En matière de sécurité de la demande

Il convient ici de rappeler l'incitative iraquienne de 1960, la politique des « seven sisters » (termes employé pour désigner les entreprises les plus puissantes sur le marché du pétrole), ou encore la politique du « oil weapon » mené à l'encontre du Danemark, de la Rhodésie ou encore du Portugal).

5/ En matière de protection des investissements

On retrouve ici les articles XX(g) et XXI du GATT, rappelés par l'affaire de l'essence 1996 devant l'OMC. Les dispositions de la Charte de l'Energie de 1994 telles

qu'amendées en 1988 sont également applicable, ainsi que le Protocole de 194 relatif à l'efficacité énergétique.

6/ En matière d'environnement et de droits de l'homme

Les impacts indirects sur la sécurité énergétiques des mesures environnementales ou de droits de l'homme sont indéniables. Il n'est cependant pas courant de trouver, dans les textes internationaux en la matière des exceptions énergétiques.

7/ L'accès à l'énergie

Le sommet de l'énergie de 2008 et les objectifs du millénaire prévoient un standard d'accès universel à l'énergie, mais qui n'est pas encore devenu un droit de l'homme.

Pierre Noël, University of Cambridge, La politique de l'UE en matière de sécurité énergétique : le cas du gaz naturel (EU Energy security Policy : the case of natural gas)

L'Europe connaît une crise dans la sécurité de l'approvisionnement en gaz. Cette crise a 3 dimensions :

- une crise dans les relations entre UE et la Russie accrue par l'élargissement de l'Union
- Crise dans les relations entre la Russie et l'Ukraine (Révolution orange)
- Crise de l'approvisionnement en gaz *per se*

Il n'y a qu'une seule cause : la chute de l'URSS et la réunification de l'Europe qui a conduit l'Europe à avoir une vision de l'intégration élargie rejetée par Moscou. La vision russe est contraire et utilise la pression de ses exportations de gaz pour réclamer une zone d'intérêt spécial en Europe de l'est.

La doctrine majoritaire considère que la solution passe par la diversification des sources énergétiques afin d'être moins dépendant du gaz russe. Cela passe par des actions extérieures de l'Union européenne, puisque la politique énergétique est pour l'instant trop tournée vers les problématiques liées au marché commun et non vers l'approvisionnement énergétique. Cela passe aussi par le développement de projets tels que Nabucco ou encore le Pipeline trans-Saharien.

Cette vision majoritaire n'est pas partagée par M. Noël, qui considère que même si le gaz russe reste important pour l'UE, sa dépendance est déjà entrain de décliner. La diversification n'est donc pas un problème pour l'UE. Ce qui représente un réel problème en revanche, c'est la trop importante différence en termes de dépendance entre les Etats membres. Le défi serait donc d'étendre la diversité des approvisionnements énergétiques à travers l'Europe en créant un marché du gaz unique et compétitif.

Le rôle du droit international et communautaire ici est de s'assurer de l'application effective des règles déjà existantes : le droit de la concurrence communautaire, le droit international public (ECT), ou encore les contrats d'Etat avec la Russie.

SESSION 2 – PANEL 1 : ENERGIE, DROITS DE L’HOMME ET DROITS DES PEUPLES AUTOCHTONES

Chair : Kristin Hausler, British Institute of International and Comparative Law

Dr. Alexandra Xanthaki, Brunel University : Droits des peuples autochtones et industrie énergétique : le cadre juridique (Legal framework related to indigenous rights and energy industry)

1/ Les droits de l’homme et l’industrie énergétique :

Les règles sont différentes selon les organes en cause.

- A. Les organes qui sont une émanation de l’Etat se voient appliquer les obligations de l’Etat en matière de droits de l’homme.
- B. Les organes privés :
 - Le droit international leur applique des obligations horizontales :
 - Coutume internationale ?
 - La déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones (DRIP) se réfère au droits de ces populations et non aux obligations de l’Etat.
 - Les obligations verticales applicables restent à la charge de l’Etat qui doit s’assurer que les organes sous sa juridiction respectent les droits de l’homme et que leurs organes les respectent à l’étranger.

2/ La responsabilité des entreprises et les droits de l’homme :

L’Etat a une obligation de protéger contre les violations des droits de l’homme, de même que les entreprises. L’accès à la réparation pour les victimes s’est amélioré, (Cf. Conseil des droits de l’homme de 2008)

3/ Populations autochtones et droits de l’homme :

Les instruments généraux qui s’appliquent sont les pactes de 1966 des Nations unies et la Convention sur la discrimination. Mais il existe également des instruments relatifs aux minorités (article 27 du Pacte relatif aux droits civils et politiques (ICCPR) ; la déclaration des Nations unies sur les minorités), et de manière plus spécifique, aux peuples autochtones (La Convention 169 de l’OIT ainsi que la DRIP)

4/ Pourquoi prévoir des droits particuliers pour les populations autochtones ?

En raison de leur niveau de différenciation très élevé, des injustices historiques et de leurs droits prioritaires sur leurs terres.

5/ Le droit de participation et de consultation

Les populations autochtones ont acquis un droit de participer aux prises de décisions qui affectent leurs droits. Voir sur ce point, l’affaire Yatama devant la Cour inter américaine des droits de l’homme, la convention n°169 et la DRIP. Les populations autochtones ont un droit à participer de manière effective, y compris à la décision.

Par ailleurs, un droit de consultation a vu le jour qui se traduit par un droit à un consentement libre, antérieur et éclairé (DRIP article 19). On retrouve cette exigence dans les recommandations de la banque mondiale, dans la convention sur la discrimination, ou encore dans le pacte des nations unies sur les droits économiques, sociaux et culturels. Cette exigence se retrouve dans le droit national australien ou danois (Groenland), ce qui démontre une certaine pratique des Etats.

6/ Les droits en relations avec la terre

Interdiction des déplacements forcés : Convention de 1948 sur le Génocide, article 8 DRIP. Il n'y a pas d'interdiction explicite de l'écocide, mais une interdiction claire de la destruction de la culture.

La Convention n°169 prévoit en outre l'interdiction de la relocalisation forcée, assorties de quelques exceptions. Une règle coutumière émerge de la pratique des Nations unies, mais également des systèmes américain et africain. Un droit à la réparation est également proclamé.

Les populations autochtones ont également le droit de posséder, utiliser, développer et contrôler leurs terres ainsi que les ressources qu'elles contiennent. Ceci inclus le droit, selon la cour inter américaine, de continuer leurs activités traditionnelles.

Ceci inclus donc un droit d'accès aux ressources naturelles. Toutefois, les organes des Nations unies sont réticents à s'ingérer dans ce type de problèmes et les laissent aux Etats. La Convention n°169 prévoit néanmoins le droit d'utiliser les ressources naturelles. DRIP va plus loin et déclare le droit de propriété sur les ressources naturelles (Article 26.1). On retrouve ces éléments dans la politique de la Banque mondiale et dans la jurisprudence de la Cour inter américaine (Awasi Tigni, Aka Axa ou encore Saramaka) et de la commission africaine des droits de l'homme (Affaire Endorois de février 2010)

7/ Les droits de propriété intellectuelle :

DRIP prévoit le maintien, le contrôle et le développement de ces problématiques. Elle prévoit également la protection de l'héritage culturel et des droits de propriété intellectuelle dans la manifestation de leurs sciences, technologies et cultures.

Le système exact est pour le moment incertain

8/ Conservation environnementale :

Les populations autochtones ont un droit de conservation et de protection de l'environnement, qui est à la charge de l'Etat.

Janeth-Warden-Fernandez, Center for Energy, Petroleum and Mineral Law and Policy, La reconnaissance des droits des peuples autochtones en Amérique du sud : l'exemple de la Colombie, du Pérou et du Brésil

Les projets énergétiques ont des impacts sur les terres, sur la densité de population, sur l'homogénéité de la population et de ses revenus, sur la culture autochtone et

sur les modes de transport. Anisi, les communautés autochtones ont en commun l'intérêt pour la préservation de leur héritage culturel et de leur mode de vie en protégeant les terres et leurs usages, la biodiversité et les ressources naturelles.

Les droits des populations autochtones se sont développés par le biais du droit à l'autodétermination. Sont alors apparus, des droits relatifs à l'autonomie, à l'identité et aux terres et ressources qu'elles contiennent. De manière plus précise, les populations autochtones ont désormais les droit à l'information, à la consultation, au consentement libre, préalable et éclairé, à la participation, à la compensation et dans certains cas (comme en Colombie), le droit de véto.

Les impacts de la colonisation sur les populations autochtones sont très divers selon le type de colonisation pratiqué (colonisation classique –USA, Canada, Nouvelle-Zélande-, agressive –Australie, Amérique latine- ou de simple extension des pouvoirs – Nigeria ;Indes néerlandaises).

En Amérique latine, les conquistadors amenèrent le concept de richesse minérale. La population autochtone initiale de 75 millions a été presque quasiment détruite (1/4 seulement survécurent entre 1492 et 1592).

Les droits sur les terres ont pour origine l'occupation ancestrale. Ces droits sont distincts selon que l'on se trouve dans le cadre d'une réserve ou de ce que l'on appelle en Amérique latine les « resguardos ». Plusieurs approches sont possibles dans l'affirmation des ces droits relatifs à la terre, que ce soit une approche protectrice (les terres autochtones ne sont pas dans le commerce), une approche basée sur les droits (reconnaissance des droits traditionnels de propriété comme en Australie) ou une approche basée sur l'environnement (capacité des population indigènes de vivre dans des zones écologiquement sensibles).

Exemple colombien

La législation colombienne est une des plus avancées en Amérique latine. Elle se fonde sur une loi de 1991.

La Constitution prévoit la protection de la diversité ethnique et culturelle, reconnaît les « resguardos » comme des entités territoriales (710 en Colombie ce qui représente 34 million d'hectares soit 30% du territoire) et la création de mécanisme de protection de ces droits comme la « accion de tutela » devant la cour constitutionnelle. Le code minier recèle également des dispositions pertinentes.

La jurisprudence de la Cour constitutionnelle reconnaît la protection de la propriété sur les terres traditionnelle et garantie aux communautés les conditions de paix et de survie. Entre 1993 et 2006, une vingtaine de décisions ont été rendues dans des cas de violation des droits territoriaux des populations autochtones. Par exemple : Décision T-800, 2000, Motilon Bari (Exploitation pétrolière), Décision T-652, 1998, Embera Katio (barrage dans le Sinu), ou encore la Décision SU-039, 1997, U'wa (forêt tropicale). L'exemple le plus marquant reste sans doute celui de l'affaire *Gold and Cooper, Muriel Mining companie*. Il s'agissait d'une concession accordée en 2005 pour 30 ans située dans plusieurs terres ancestrales et qui a conduit à la construction de plusieurs mines et d'un aéroport, ainsi qu'à la militarisation de la zone, à la destruction des plantation, la pollution des rivière avironnantes, et ce,

sans une consultation adéquate des populations autochtones occupant les terres. La Cour constitutionnelles décida, le 29 mars 2010, de suspendre l'exploitation des mines jusqu'à ce qu'une réelle consultation avec les populations locales soit organisée.

Exemple péruvien

La Constitution de 1993 du Pérou prévoit le droit pour toute personne à la préservation de son identité ethnique et culturelle. Elle réaffirme le droit d'usage des langues maternelles, reconnaît les communautés autochtones comme ayant une capacité juridique, reconnaît également le droit de ces peuples à la propriété collective sur leurs terres ancestrales et d'en disposer librement.

Ces dispositions générales sont complétées par la loi n°28736 de 2006 portant protection des communautés autochtones isolées d'Amazonie. Une nouvelle loi de mai 2010 est venue compléter le tableau en obligeant l'Etat à consulter les population autochtones avant le développement de tout projet sur leurs terres.

Il est également possible de trouver d'autres exemple de mise en balance des droits de peuples autochtones avec une infrastructure énergétique, comme au Brésil avec la problématique de la construction d'un barrage sur le fleuve amazone qui concerne les terres de la tribu Arara.

Il est également intéressant de noter qu'une requête a été déposée en avril 2010 devant la Cour inter américaine des droits de l'homme concernant l'Equateur et les impacts sur les communautés Kichwa et Sarayaku des activités pétrolières.

Seema Joshi, *Global Witness*, le conflit au Liberia, les entreprises et la sécurité.

Lors du conflit au Liberia, de 1989 à 2003, des ressources naturelles ont été utilisées pour financer la guerre civile, en particulier par l'administration de Charles Taylor. Au départ, ce sont les diamants qui ont été utilisés à cette fin, mais à la suite de la résolution 1343 du Conseil de sécurité, le gouvernement se retourna sur l'exploitation forestière. Dans ce cadre, de large concessions forestières ont été accordée à des compagnies. Ces concessions, gardées par des milices privées étroitement liées aux autorités, ont été le théâtre de graves violations des droits humain. Se pose alors la question de la réparation des crimes commis. C'est le travail de Golbal Witness.

SESSION 2 PANEL 2: DROIT PRIVE, PRODUCTION, TRANSPORT ET APPROVISIONNEMENT ENERGETIQUES

Présidence : Angus Johnston, *University Senior Lecturer in Law at the University of Cambridge*

Dr. Davil Chekroun et M. Bertrand Montembault, *Assistant Professor of Business Law at ESCP Europe et cabinet Herbert Smith, Paris* La résolution des différends dans le domaine des énergies en Afrique et la perspective du droit romain

- La présentation s'appuie sur une perspective de droit romain, et principalement sur l'expérience française. Les enjeux du règlement des différends dans le domaine des énergies sur le continent africain revêtent une grande importance pour la France, pays dont 17% des importations de pétrole proviennent des Etats africains.
- A titre préliminaire il convient de souligner que le continent africain se caractérise par un manque d'uniformité des systèmes juridiques. Les systèmes de droit romain, de common law ainsi que les systèmes mixtes sont présents sur le continent. Or la principale différence entre le common law et le droit romain (et c'est justement cette différence qui est importante en ce qui concerne notre sujet) et l'existence dans le second et l'absence dans le premier d'une distinction entre le droit privé et le droit public.
- Dans le domaine de production, transport et approvisionnement énergétiques deux types de contrats sont envisageables : les contrats de concession dans lesquels l'Etat accorde une licence à l'entreprise (contrats de droit privé) et les contrats d'Etat (contrats de régime mixte : droit privé et droit public)
- Sur le continent africain jusqu'aux années 1970 les contrats de concession étaient prédominants. Mais avec l'affirmation de la souveraineté des Etats sur leurs ressources naturelles cette solution est devenue peu satisfaisante. Ainsi les contrats de droit privé étant devenu insuffisants, ce sont les contrats mixtes : contrats d'Etat qui régissent désormais les relations entre les Etats africains et les entreprises de production, de transport et d'approvisionnement énergétiques.

Concernant les différends qui découlent de l'application de ces contrats, il est possible de distinguer trois phases : avant le différend, pendant le différend et après le différend.

1. Avant le différend

Deux questions principales se posent ici, les deux étant liées aux clauses exorbitantes de ces contrats particuliers, à la croisée du droit privé et du droit public : clause d'arbitrage et clause dite « de stabilisation ».

A. La clause d'arbitrage

Il convient tout d'abord d'écarter la possibilité de présenter le différend devant les cours internes : un tel jugement par les tribunaux de l'Etat contractant serait inacceptable pour l'entreprise et vice versa, le jugement par les tribunaux d'un autre Etat serait inacceptable pour l'Etat contractant (doctrines des actes *jure imperii* et de l'Acte of State).

Il est possible de présenter un tel différend devant le CIRDI (articles 53 et 54 de la Convention de Vienne, ratifiée par de nombreux Etats africains). D'autres solutions d'arbitrage peuvent aussi être envisagées par une clause d'arbitrage ; Les principaux organes compétents sont : la Cour internationale de commerce au sein de la Chambre du commerce internationale, la Cour d'arbitrage de Londres ou encore celle de Stockholm.

Dans le cas particulier des Etats africains, l'OHADA joue un rôle important pour l'arbitrage. En effet, de nombreux Etats de l'Afrique francophone privilégient un arbitrage au sein de l'OHADA, notamment parce qu'il est possible que la procédure se déroule en langue française. Ce mouvement est récent, mais observé dans un nombre de plus en plus important de contrats.

B. La clause de stabilisation

L'Etat étant à la fois partie au contrat et le souverain, la clause de stabilisation est une sorte de garantie donnée à l'entreprise contractante. Ainsi la clause d'arbitrage ayant un effet atténuant sur le pouvoir juridictionnel de l'Etat, la clause de stabilisation intervient pour atténuer le pouvoir législatif de l'Etat. En effet, cette clause permet de garantir l'application au contrat du droit en vigueur le jour de sa conclusion.

2. Le différend

Les différends dans le domaine de la production, transport et distribution des énergies dans les Etats de l'Afrique francophone sont relatifs principalement aux questions de la validité des droits conférés par le contrat. La situation parfois précaire dans certains Etats, les procédures administratives longues et compliquées, la corruption, l'instabilité politique créent un climat propice à l'apparition des différends.

Les exemples d'affaires : *World duty free company limited v. The Republic of Kenya* (CIRDI n° ARB/00/7)

Le problème du "forum shopping" doit aussi être souligné.

Pr. Franco Silvano Toni di Cigoli, Università degli Studi di Padova, Quel rôle du droit international privé sur le marché des énergies ?

Le droit privé n'apporte certes qu'une contribution limitée, incomplète et partielle à la réglementation du domaine des énergies, mais il est incontestablement nécessaire pour régir le marché de l'Energie.

Plusieurs niveaux de régulation sont nécessaires : niveau national, supra-national et international. Ainsi les véritables enjeux consistent en la combinaison de ces différents niveaux.

Pour répondre aux défis énergétiques actuels et futurs la vision du droit international privé doit se renouveler. L'approche doit changer et de nouveaux outils méthodologiques doivent être développés.

Le contrat a un rôle primordial à jouer dans ce domaine.

SESSION 3 – PANEL 2 : PROBLEMATIQUES INTERNATIONALES ET COMPAREES

Président : Dr. Ducan Fairgrieve, British Institute of International and Comparative Law

Robert P. Barnidge, Jr, University of Reading

I. L'accord de coopération nucléaire entre les Etats Unis et l'Inde.

= l'accord 123, signé en 2008.

L'Inde n'a jamais signé le traité de Traité sur la non prolifération de l'arme nucléaire bien qu'elle soit en possession de cette technologie depuis 1974.

L'accord 123 distingue l'utilisation pacifique (civile) du nucléaire et son utilisation à des fins de guerre. L'utilisation civile doit alors être facilitée.

II. La Commission du Droit International et la responsabilité pour des dommages causée par des activités non interdites par le droit international.

Projet d'Articles de 2001 sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses.

Projet de Principes de 2006 sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses.

Ces deux projets doivent être mis en perspective avec le Principe 21 de la Déclaration de Stockholm.

Régime mis en place : responsabilité objective en cas de dommage causés.

⇒ Quel est le statut de ces Projets de la CDI?

⇒ Est-ce du droit coutumier?

L'intervenant est parti du postulat que les règles contenues dans ces projet sont de droit coutumier. Or cela est très contestable.

Problème du degré de précaution attendu par un « bon gouvernement » (en référence à la « due diligence »)

Affaire des Usines de pâtes à papier, CIJ.

⇒ Une expertise scientifique était requise. Cela posait alors le problème de l'évaluation du dommage => A ce propos, voir les opinions dissidentes

III. Analyse de l'accord 123 à la lumière de ses dispositions relative à la protection de l'environnement

Préambule + art.11 : dispositions importantes pour la protection de l'environnement.

Problématiques soulevées : problématique du développement durable, celle de l'écodéveloppement.

Danae Azaria, UCL, L'impact de la sécurité énergétique sur le règlement des différends en droit international public

Problème du transit de l'énergie => Problèmes des pipelines.

Voir les crises relatives à l'énergie et plus particulièrement la crise entre la Russie et l'Ukraine.

⇒ Impact sur les populations

La sécurité énergétique s'oriente vers des préoccupations environnementales et de sécurité humaine.

1. Transit de l'énergie dans le cadre du Traité relatif à la Charte de l'Énergie et des accords adoptés dans le cadre de l'Organisation Mondiale du Commerce.

Art 5 du GATT : Énergie est considérée comme un bien => Application de cette disposition à l'énergie.

Transit = liberté de circulation

Problème de l'interdiction des discriminations.

La liberté du transit a pour but de ne pas discriminer les États selon leur situation géographique

2. Architecture juridique du mécanisme de conciliation dans le cadre du Traité relatif à la Charte de l'Énergie (TCE)

Effets obligatoires.

Des mesures conservatoires/provisoires peuvent être ordonnées.

La Russie a signé le TCE mais ne l'a pas ratifié.

Le procédé de conciliation dans le cadre du TCE est approprié et innovant pour ce type de différends

Qu'est-ce qu'un différend relatif au transit de l'énergie ?

⇒ qualification contestée par l'Ukraine dans le conflit qui l'opposait à la Russie.

Les obligations relatives au transit sont bilatérales.

La violation d'une disposition ne permet de garantir ni le respect des investissements pour un large groupe d'État, ni l'intérêt général.

3. Autres options de règlement des différends dans le cadre du TCE et des accords commerciaux

Distinction différends commerciaux / différends relatifs au transit

GATT, art 5 : seulement une affaire mais elle ne concerne pas l'énergie.

4. Règlement des différends dans le cadre de l'OMC

Problème de savoir si l'article 5 est adapté à ce domaine spécifique qu'est l'énergie.

A l'OMC, intérêt croissant pour les ressources naturelles.

Problématique de la résolution des différends en droit international public dans le domaine du transit de l'énergie.

Conclusion : Le règlement des différends doit être plus global (plutôt que de ne refléter que des intérêts bilatéraux)

Azusa Kikuma, *Ministère des affaires étrangère au Japon, LLM Candidate of London School of Economics and Political Science*, La sécurité et le droit de l'OMC – les restrictions d'exportations

1. Restrictions à l'exportation :

- Restrictions quantitatives/ embargo sur les matières énergétiques

Effets possibles :

- Inflation
- Instabilité sociale
- ⇒ Dommages graves à l'économie lorsque de telle mesure seront prises par les gouvernements.

Exemples :

- Embargo sur le pétrole de l'Arabie Saoudite (1973)
- Restrictions russes sur le gaz naturel (2006, 2008, 2009)

Dispositions importantes du GATT concernant les restrictions :

- Art. 11 : interdiction général des restrictions sur l'exportation
- Art. 11 (2) : exceptions au paragraphe 1
- Art. 20 : Exception

⇒ Conclusion :

- Interdiction générale des restrictions sur l'exportation
- Des exceptions :
 - Difficulté de distinguer les restrictions conforme ou non conforme aux règles de l'OMC
 - Importance du règlement des différends

2. Règlement des différends dans le cadre de l'OMC : l'Organe de règlement des différends

- Juridiction obligatoire
- Juridiction exclusive

Inconvénients :

- L'ORD n'ordonne pas aux Etats de prendre spécifiquement telles ou telles mesures à l'issue du règlement

- Pas de mesures conservatoires/provisoires
 - Longueur de la procédure
- ⇒ Conclusion : Un dommage économique important peut être causé avant que l'ORD ne soit prononcé.
- ⇒ Une révision de la décision peut être trop tardive

3. Prospectives

- Propositions pour une future réforme :
 - Etablissement de disciplines *ex anti*
 - Régime spécial pour la sécurité énergétique
 - Mise en place d'un mécanisme de consultation pour les Etats souhaitant imposer des restrictions
 - Introduction de la possibilité d'ordonner des mesures provisoires

Un parallèle peut être fait avec la sécurité alimentaire (Cycle de Doha).

SESSION 3 – PANEL 1 : DROIT DE LA CONCURRENCE ET SECURITE ENERGETIQUE

Chair : Anne Riley, Shell International

La conférence du British Institute s'est achevée sur un panel présidé par Anne Riley de Shell International, et composé d'universitaires et de professionnels, relatif aux relations entre le droit de la concurrence, l'accès à l'énergie et la sécurité énergétique.

La réflexion s'est orientée naturellement sur les problématiques liées au gaz dans le marché commun de l'Union Européenne. Le professeur **Alan Riley** a traité, dans un premier temps, des risques et avantages liés à l'ouverture du marché européen des énergies, tandis-ce que **Duncan Sinclair**, de Ofgen, a mis en lumière les points d'achoppement entre le droit de la concurrence et la nécessité énergétique. En effet, ces deux intérêts restent en conflit en matière de régulation des prix, de sécurité des investissements et de l'approvisionnement.

Néanmoins, des compromis peuvent être trouvés, en témoigne l'Energy Act de 2010 adopté par le Parlement britannique. Ce point de vue est partagé par **Stuart Davis**, de BG Group PCL, considérant qu'une solution doit être trouvée au cas par cas. Il a conclu que le droit de la concurrence peut reprendre ses droits une fois que le gaz a pénétré le marché européen.