

LA REVUE DES JURISTES

DE SCIENCES PO

REVUE DE L'ASSOCIATION DES ÉLÈVES ET DIPLÔMÉS JURISTES DE SCIENCES PO • SEMESTRIEL • N°8 • AUTOMNE 2013

ÉDITORIAL

CHERS AMIS,

La nouvelle année - universitaire, professionnelle, juridique, politique, économique - déjà bien engagée, nous sommes fiers de vous présenter un numéro portant sur un sujet aussi passionnant qu'il est complexe, un thème qui nous est cher : le droit de l'énergie et des ressources naturelles et son internationalisation.

Passionnant, le droit de l'énergie l'est, car l'émergence de nouveaux acteurs économiques au cours des trois dernières décennies, couplée à des besoins toujours conséquents dans les pays industrialisés, a contribué à une forte augmentation de la demande mondiale en ressources naturelles énergétiques.

On a pu assister également à des évolutions, certaines plus prévisibles que d'autres. Alors que les richesses dont recèlent les sols africains et le caractère révolutionnaire du gaz de schiste outre-Atlantique ne sont plus à démontrer, peu d'observateurs avaient envisagé que les Etats Unis dépasseraient un jour la Russie pour s'imposer en tant que premier producteur mondial de gaz et de pétrole.

Le droit de l'énergie est également complexe en tant qu'il fait intervenir une grande diversité de matières juridiques et pose des problématiques de droit public, privé, du financement, des obligations, de régulation, et d'autres encore. C'est aussi une matière qui s'internationalise, peut-être plus que toute autre. Le travail transfrontalier s'effectue dans des juridictions variées, notamment de droit civil, de *common law*, et de droit OHADA. Nous avons la chance d'avoir pu recueillir pour ce numéro des contributions qui reflètent bien cette richesse.

Les praticiens de toute matière internationale savent combien les situations peuvent changer d'un pays à l'autre. Le droit de l'énergie, en traversant les frontières, évolue dans un contexte qui peut parfois se révéler particulièrement difficile. Les ressources se trouvent souvent dans des régions frappées par une forte instabilité politique et l'existence de conditions économiques et humaines dramatiques pour un grand nombre d'individus. Trop souvent, celles-ci n'ont pas connu d'amélioration, et ce malgré la signature de contrats et la poursuite de projets représentant des millions, voire des milliards de dollars.

C'est là le phénomène que l'on peut appeler la « malédiction » des ressources naturelles, ou le paradoxe suivant lequel les pays disposant de vastes réserves semblent se développer moins vite, plus difficilement, et de manière plus inégalitaire que ceux dont les sols sont moins riches. Ce phénomène frappe un trop grand nombre de pays, notamment africains.

Face à ces réalités et grâce à une prise de conscience croissante de la part d'un grand nombre de *stakeholders*, le droit de l'énergie a connu une évolution que l'on peut appeler celle du local content, le « contenu local ». En termes simples, l'idée est la suivante : un projet n'est réellement réussi que s'il concilie harmonieusement ses aspects économiques, sociaux, humains et environnementaux pour le plus grand bénéfice de tous. On retrouve là la définition de la responsabilité sociale d'entreprise, qui est abordée dans un article. C'est aussi l'une des spécialités de notre directeur scientifique, l'un des précurseurs en la matière en France.

Aujourd'hui, plus de vingt pays africains producteurs de gaz et de pétrole ont introduit des législations dites de *local content*, créant notamment des quotas pour l'emploi, encourageant l'approvisionnement local, ou encore permettant des transferts de technologies. On ne peut qu'espérer que cette évolution restera constante : le droit de l'énergie peut se révéler un formidable moteur de développement.

Vous aurez au cours de ce numéro la possibilité de découvrir, ou d'approfondir, certaines problématiques du droit de l'énergie. Matière fascinante, elle va chaque jour en s'enrichissant, et nous sommes heureux d'avoir pu ajouter notre petite pierre à l'édifice.

Nous ne travaillons cependant pas seuls. La Revue n'existe pas en dehors de ses contributeurs, et c'est pour cela que nous invitons toujours vos propositions d'articles. Le prochain numéro portera ainsi sur l'exigence de transparence.

En attendant, nous vous souhaitons, chers lecteurs, juristes ou non, fidèles ou nouveaux, une bonne lecture.

*Le Comité de Rédaction
de la Revue des Juristes*



Antoine DELACARTE



Audrey LHEMANN



Pierre-Axel ABERG



Thomas CHANZY



Victor CHARPIAT



Alice DE JUVIGNY



Baptiste GACHET



Matthew MORANTZ

Responsables de la Revue des Juristes de Sciences Po

SOMMAIRE

ÉDITORIAL

ENTRETIENS & POINTS DE VUE

Sandra Lagumina , Directeur Général de GRdF.....	6
Patrick Papazian , Directeur Général de la Fondation pour le Droit Continental	12
Rencontre avec les Secrétaires de la Conférence	16
Recension de l'essai <i>Le temps des juristes</i> de Paul Lignères par le Professeur Antony Taillefait.....	20

DOSSIER THÉMATIQUE : L'INTERNATIONALISATION DU DROIT DE L'ÉNERGIE

Introduction des Directeurs scientifiques par Stéphane Brabant et Silke Goldberg.....	25
La globalisation et le droit de l'énergie, par Paul Lignères et Céline Gagey.....	27
La Responsabilité Sociale des Entreprises comme opportunité de développement du secteur de l'énergie par Isabelle Vaugon et Corinne Cuenca	35
Le maintien en France des tarifs réglementés de vente dans un marché européen intégré du gaz et de l'électricité par Marc Drevon.....	43
L'opposabilité de la clause de stabilisation dans les contrats d'investissements internationaux d'énergie (mines, pétrole et gaz) par Joel Tekou	52
Droit et politiques de l'énergie en Afrique subsaharienne : les tendances d'harmonisation par Joseph Kamga et Atinoukê Amadou	62
Les partenariats public-privé sont-ils la meilleure solution pour le financement de projets d'infrastructures dans le secteur de l'énergie en Afrique francophone ? Ramin Hariri, Corinne Cuenca et Ludovic Bernet.....	78
Thrones and Dominations: stabilization clauses and national sovereignty par Yohan Le Peuch et Dr. Richard Austen-Baker	83

ÉCOLE DE DROIT

Compte rendu de la conférence organisée par l'AJSP sur le financement des PME et ses problématiques juridiques

par Elise Goebel.....89

Actualités de l'Ecole de Droit.....94

APPEL À CONTRIBUTION

ENTRETIENS & POINTS DE VUE

ENTRETIEN AVEC SANDRA LAGUMINA

La place de l'industrie du gaz dans la transition énergétique

Directeur Général de GrDF
Ancien Directeur Juridique
du Groupe GDF Suez

Sandra Lagumina, anciennement Directeur Juridique du Groupe GDF SUEZ, occupe depuis le 16 avril 2013 la fonction de Directeur Général du distributeur français de gaz, Gaz Réseau Distribution France (GrDF) ; elle est également Conseiller d'Etat. Dans cet entretien accordé à la Revue, elle partage sa vision des grandes problématiques qui traversent aujourd'hui le droit de l'énergie en France, de son évolution récente et de ses lacunes. Elle développe notamment la question de la place et du rôle que doit jouer le gaz dans la transition énergétique et de tous les enjeux, notamment juridiques, qui naissent d'un tel processus.

La Revue des Juristes : pouvez-vous nous présenter votre parcours, ainsi que les raisons qui vous ont poussées à vous orienter vers le monde de l'énergie et plus particulièrement celui du gaz ?

C'est par le droit que j'ai découvert le secteur de l'énergie. Au début de ma carrière, je n'allais pas du tout dans cette direction. J'avais suivi le parcours assez traditionnel de haut fonctionnaire, en faisant l'ENA avant de rentrer au Conseil d'Etat, dans les cabinets ministériels, puis enfin à Bercy [ndlr, le Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie]. J'y ai rejoint la Direction des affaires juridiques où j'ai beaucoup travaillé sur des questions de droit économique, et où je me suis spécialisée dans des domaines tels que le droit de la concurrence, la commande publique, etc.

Après trois ans, j'ai eu envie de découvrir ce que c'était de travailler dans une autre structure que l'Etat lui-même. L'Etat est un très grand ensemble au sein duquel la prise de décision est caractéristique, et je voulais savoir si cela se passait différemment dans des instances de taille plus modeste.

J'avais ainsi pensé me diriger vers une autorité administrative indépendante ou un établissement public. Mais souvent ce sont les hasards de la vie qui vous guident. J'ai été contactée pour rejoindre Gaz de France dont la direction venait d'être confiée à Jean-François Cirelli.

La conjonction des deux s'est bien faite. Gaz de France étant perçue un peu comme « le ministère » du gaz, on m'avait expliqué que je ne serais pas dépaylée et que cela s'inscrirait bien dans mon parcours.

Après coup, votre expérience a-t-elle été celle de travailler dans un « ministère » du gaz ?

Ça n'a pas du tout été le cas ! Six mois après mon arrivée, nous avons démarré l'opération de fusion avec Suez, et le monde a changé.

Mon expérience chez Gaz de France m'a surtout permis de rencontrer des personnes très fortement orientées « service public » et très soucieuses de la sécurité d'approvisionnement du territoire. Cet état d'esprit, que j'appréciais, continue de perdurer dans certaines filiales du groupe qui en sont les héritières.

Comme toujours, c'est donc un mélange de hasard et d'opportunités qui m'a conduit ici, mais il est vrai que je n'étais pas du tout partie dans cette direction au départ. Cela fait maintenant huit ans que je travaille dans ce domaine, et je n'ai jamais regretté d'avoir fait ce choix.

Pouvez-vous revenir sur quelques bouleversements des marchés de l'énergie et du gaz auxquels vous avez été confrontée au cours de votre parcours, ainsi que sur la manière suivant laquelle le droit applicable a pu s'adapter ?

Le premier bouleversement a été l'ouverture du marché dans les années 2000 : en quelques années nous avons changé quatre ou cinq fois de modèle. Si l'on regarde en arrière, afin de comprendre ce qu'il se passe sur le marché de l'énergie, il faut dire que la situation est assez impressionnante.

Nous avons connu pendant presque quarante ans une grande stabilité, car le marché était en construction et en expansion. Le développement et la fourniture d'énergie sont allés de pair, nous avons donc assisté à la grande révolution du parc nucléaire, à la mise en place du réseau de transport du gaz et des interconnexions pour le grand transport, ainsi qu'au développement du GNL [*ndlr, gaz naturel liquéfié*] qui a commencé à émerger dans les années 1960.

Toutes ces évolutions allaient dans le même sens. La question la plus importante était celle de l'approvisionnement du territoire en énergie étant donné qu'il n'y a pas d'énergie source directement exploitable en France.

La fin des années 1990 et les années 2000 ont été marquées par le début de la libéralisation du marché de l'énergie, qui devait se faire sur le modèle appliqué au marché des télécoms. L'idée directrice était qu'à partir du moment où un choix est donné au consommateur, le marché s'ouvrirait spontanément. C'était là le grand dogme des années 2000 : tous les opérateurs ont commencé à préparer l'ouverture à la concurrence du client final. Cette croyance a perduré jusqu'en 2007.

Ensuite, rien ne s'est passé comme prévu. Après l'ouverture du marché en 2007, on s'est aperçu que celui-ci continuait à avoir pour référence les tarifs réglementés. De plus, la différenciation

des produits ne s'est pas faite : alors qu'on avait pu prédire une croissance des services associés à la fourniture d'énergie elle-même, le choix du consommateur est en réalité resté très simple, entre une « molécule A » et une « molécule B » tout à fait similaires.

Parallèlement, nous sommes passés d'un monde où l'énergie était relativement peu chère à un monde dans lequel le prix de l'énergie commençait à augmenter de manière assez tendancielle. La France ayant la particularité du nucléaire, les prix de l'électricité sont restés stables, mais cela n'a pas été le cas chez nos voisins européens.

Ouvrir le marché dans une période pendant laquelle le coût de l'énergie augmente n'est pas une bonne chose, car le consommateur considère l'ouverture comme étant responsable de la hausse des prix. Une espèce de désaveu a commencé à émerger dès 2007, et le monde politique s'est distancé de l'ouverture du marché : cela a entraîné toute une série d'ajustements plus ou moins heureux.

Un second bouleversement fut de s'apercevoir que la production d'électricité n'était pas tirée par les cycles combinés gaz.

La troisième révolution fut la question de l'intégration des énergies renouvelables dans le mix énergétique ; on se pose ainsi aujourd'hui beaucoup de questions par rapport à ce qu'il se passe en Allemagne.

Faites-vous référence à la question de la rentabilité ?

La rentabilité est un facteur, oui, mais je pense surtout à la question de la temporalité. L'électricité ne se stockant pas, il faut réussir à intégrer des intermittences dans un réseau électrique.

Les gens sont aujourd'hui un peu perdus en ce qui concerne la recherche du modèle de demain, d'où l'importance du débat sur la transition énergétique. Vous demandez comment le droit applicable s'est adapté : on a une nouvelle loi énergétique tous les ans. C'est un maelström total, et le Code de l'énergie, paru récemment, est déjà dépassé.

Beaucoup voient le gaz comme l'énergie phare de la transition énergétique, qu'en est-il en réalité ?

Cela dépend sur quel horizon temporel on se place. Il est vrai que si l'on regarde à vingt ou trente ans l'AIE (Agence internationale de l'énergie) qui est une référence, continue de voir le gaz comme l'énergie de transition. De plus, en Asie, le gaz est bien l'énergie de transition et les anticipations que l'on fait sur le long terme, c'est à dire à dix ou vingt ans, continuent à l'affirmer.

En réalité, je pense que le gaz doit aujourd'hui être vu comme étant une énergie qui peut agir en complément d'autres sources, et non comme la « seule » énergie qui pourra venir remplacer demain toutes les autres. Le gaz pourra donc être un complément des ENR [*ndlr*'les énergies renouvelables] ou un complément de l'électricité, en utilisant par exemple les cogénérateurs. Mais il ne sera pas un substitut qui permettra la transition entre le nucléaire et les ENR.

Dites-vous cela car le gaz est une source d'énergie toujours interchangeable avec une autre ?

Non, je pense surtout au stockage. La grande caractéristique du gaz est que l'on peut le stocker, il y a par exemple un *business model* pour le gaz disant que le stockage permet l'intermittence des grands parcs éoliens. Cela dit, il est vrai qu'aujourd'hui on est un peu perplexes, car cela ne se développe pas du tout comme beaucoup l'avaient prévu.

Le gaz de schiste a-t-il selon vous un avenir en Europe, et en particulier en France notamment au regard de la «révolution» qui a eu lieu aux Etats-Unis et des moratoires en place dans certains pays ?

On m'a posé la même question au dernier congrès de la FNCCR [*ndlr*, Fédération Nationale des Collectivités Concédantes et Régies] et je vais vous donner la même réponse. Le gaz de schiste est aujourd'hui une réalité dans de nombreux pays, et il ne faut pas nier son existence. Cependant, il faut aussi comprendre que la décision d'explorer ou non le gaz de schiste est un choix politique.

La question que l'on se pose en France concernant l'impact environnemental des techniques utilisées en matière de gaz de schiste sur les nappes phréatiques est très importante. Il faut un débat sérieux sur le sujet, et ce sera au monde politique de choisir si la France est prête ou non.

Pensez-vous que l'indexation des prix du gaz sur ceux du pétrole soit amenée à perdurer ?

Nous avons déjà vu beaucoup d'évolutions dans ce domaine, mais il faut commencer par se demander pourquoi il y a eu une indexation des prix du gaz sur ceux du pétrole.

En amont, l'extraction d'un puits amène toujours de l'huile ainsi que du gaz, et l'on peut donc choisir entre l'un et l'autre. Le fait qu'il existe une indexation est donc assez logique pour les pays producteurs.

En aval, le vrai objet de substitution du gaz a longtemps été le fioul, et l'on a donc pu choisir entre les deux. Il y a donc eu un intérêt commun des pays producteurs et consommateurs qui se sont alignés pour indexer le prix du gaz sur celui du pétrole.

Cela n'a donc jamais été une question de stabilité des prix ?

Non, car si l'on regarde les prix du pétrole, ils ne sont eux-mêmes pas stables. Cela a cependant du sens industriellement. Aujourd'hui, même dans les contrats à long terme que l'on signe par exemple avec la Russie, la Norvège, etc., il y a plus de 40% du marché du gaz dont les prix sont fluctuants. En d'autres termes, seulement 60% des prix sont indexés.

Pensez-vous donc que cette part à prix fluctuants sera amenée à augmenter ?

Elle peut augmenter, mais il faut voir que celle-ci présente des avantages et des inconvénients. Aujourd'hui, les prix du gaz sont bas, donc c'est intéressant d'avoir une part marché [*ndlr*, la part déterminée par le marché dans la formule de calcul des tarifs] élevée ; demain, les prix du gaz augmentent — et ils vont augmenter car ils sont soumis à des cycles — et le consommateur va devoir payer plus cher.

L'autre intérêt de la formation d'un contrat à long terme utilisant l'indexation est celui du système de « *take or pay* », qui signifie que l'on achète une certaine quantité, qu'on s'engage à prendre, ce qui incite les pays producteurs à la produire. Si à l'avenir ce système n'existe plus, on ne pourra plus être sûr que les pays producteurs auront nécessairement un intérêt à amener le gaz en France plutôt qu'ailleurs.

Ainsi, si l'indexation va demeurer la référence, il est néanmoins vrai que la part marché va augmenter de manière importante et ce même dans les contrats à long terme.

Peut-on envisager un développement réel du biogaz en France ? La législation française y est-elle favorable ?

Oui, la législation a évolué et a mis en place un système qui réussit presque à rendre le biogaz économiquement intéressant, même sans subventions. Nous avons aujourd'hui en France trois réalisations concrètes de biogaz, la dernière installation a été inaugurée il y a quelques semaines, et on dénombre aujourd'hui environ 300 nouveaux projets. GrDF garantit l'origine du biogaz, nous sommes donc réellement au centre du système.

Trois raisons principales expliquent la très grande appétence pour cette source d'énergie.

Premièrement, le biogaz utilise des déchets, ce qui a un intérêt pour réaliser des économies circulaires : on peut utiliser les poubelles, produire du gaz, l'insérer dans le réseau, et chauffer les piscines. On peut aussi produire du GNV [*ndlr, gaz naturel pour véhicules*].

Ensuite, le biogaz est une source décentralisée, elle diminue donc la part de gaz importé.

Enfin, c'est du gaz vert. J'insiste ici sur le fait qu'il ne faut pas qu'une concurrence entre l'alimentaire et la fabrication du biogaz se développe : on a pu tirer les leçons de la situation en Allemagne et on veut éviter la dérive du biocarburant en France. Ainsi, dès que l'on signe avec une collectivité locale, on demande un projet de territoire pour s'assurer que cette concurrence n'existera pas.

Par exemple, nous avons signé récemment avec des exploitants agricoles en Ile-de-France : ils produisent des déchets agricoles que l'on va pouvoir utiliser, mais ce sont des déchets intermédiaires. Nous n'allons donc pas utiliser la production agricole elle-même, mais les tiges qui auraient dû être détruites de toute manière.

Le biogaz est-il de même qualité que le gaz naturel ?

La qualité est exactement la même. En effet, le biogaz passe par un dépurateur et un odorisateur avant d'être injecté dans le réseau de distribution. Ainsi, le CH₃ qui entre dans le réseau est le même que celui qui arrive de Russie.

Si la production de gaz a connu d'importantes évolutions, le transport n'est pas en reste. Quelles sont les implications du gaz naturel liquéfié pour le transport du gaz ? Pensez-vous que la part dans les importations françaises d'un pays comme la Russie puisse être réduite ?

Il faut comprendre que le GNL existe depuis longtemps : le précurseur a été Sonatrach [*ndlr, société d'Etat algérienne : Société Nationale pour la Recherche, la Production, le Transport, la Transformation, et la Commercialisation des Hydrocarbures*] qui liquéfiait le gaz algérien dans les années 1960. Aujourd'hui, on peut prévoir que le GNL se développera fortement en Egypte lorsque la situation politique s'apaisera.

Pour le marché pétrolier, la cargaison d'un pétrolier va changer 100 à 200 fois de propriétaire sur un seul bateau et sur un seul chemin. Nous n'avons pas encore atteint ce niveau de fluidité avec le gaz naturel, mais cela pourra cependant se développer.

Aujourd'hui, c'est surtout la demande asiatique qui augmente, notamment après Fukushima, et l'on est en train de construire des *hubs* autour de l'Australie pour alimenter l'Asie. Cela permettra véritablement le développement de routes gazières, à l'instar des routes pétrolières.

En France, la situation est un peu différente. Le gaz est un enjeu de taille pour le monde méditerranéen, mais il existe en Europe une très forte concurrence entre les différents terminaux

de GNL sur la façade atlantique. Notamment, les très grandes installations à Zeebrugge, à Montoir-de-Bretagne, et bientôt à Dunkerque, où un terminal est en construction par EDF. Ces terminaux sont cependant pour la plupart vides car il est plus intéressant pour les pays exportateurs de détourner les cargaisons vers l'Asie.

Le GNL porté, qui est le transport de GNL par camions, est aussi amené à se développer. Cela va permettre d'alimenter des zones qui ne l'étaient pas auparavant, tel que le monde rural, à l'instar de ce qui est fait depuis longtemps avec le propane.

Le GNL est donc aujourd'hui non seulement une grande révolution géopolitique, mais cela peut aussi être une petite révolution locale constituée par l'apport de gaz à ceux qui n'en n'ont jamais bénéficié.

Quelle est aujourd'hui l'influence du droit de l'Union européenne sur le marché du gaz en France ? Certains textes en particulier ont-ils eu un impact majeur ?

Les trois grandes directives de dérèglementation qui ont été transposées en France et ont structuré l'ouverture du marché ont été très importantes.

Le droit de l'Union européenne a séparé les infrastructures et la commercialisation. Par contre, s'il existe un règlement sur le service public et la sécurité d'approvisionnement, il n'y a aujourd'hui pas de texte européen organisant concrètement les solidarités gazières en cas de crise. On reste donc à un certain niveau de généralités.

Il en est de même pour la normalisation de la qualité du gaz, même si la Commission européenne fait un effort dans ce domaine.

En revanche, il existe un sujet important de discordance entre l'Union et la France : les tarifs réglementés.

Pour conclure et répondre à la question, on peut facilement dire que le droit de l'Union a été très important et a totalement structuré le monde de l'énergie d'aujourd'hui.

Quels ont été les effets pour le consommateur de l'ouverture à la concurrence du marché du gaz en France ? A-t-il été « gagnant » ?

La réponse est différente en gaz et en électricité. Premièrement, le tarif du gaz est aligné sur les prix du marché et plus de 30% des consommateurs ne sont pas chez l'opérateur historique. L'ouverture a laissé plus de choix au consommateur : des offres plus innovantes ont émergé, proposant par exemple un prix fixe pendant deux ans ou, des prix combinés.

La question est donc de savoir si le consommateur bénéficie réellement de ce changement. Il est encore à mon avis un peu tôt pour répondre à cette question car la maturité du marché n'est pas absolue. C'est aussi la question que se posent les associations de consommateurs qui veulent avant tout que le prix du gaz reste le plus bas possible, et on n'a pas encore vu une vraie baisse des prix. En électricité la question reste entière et est très débattue.

Pour terminer, pourriez-vous nous présenter une crise à laquelle vous avez fait ou pourriez faire face ? Si vous devez en tant que Directeur Général de GrDF passer la nuit au bureau car « tout va mal », qu'aurait-il pu se passer ?

Dans notre cas, on peut surtout rencontrer un type de crise : les accidents sur les réseaux qui peuvent parfois être dramatiques. Sur le réseau de distribution, la question de la sécurité du réseau gazier est la première.

Celles-ci arrivent-elles souvent ?

Heureusement, non. Mais il y en a eu une qui m'a marquée à mon arrivée chez Gaz de France. C'était un accident à Mulhouse [*ndlr, le 26 décembre 2004*] : plus d'une vingtaine de personnes sont mortes en raison d'un problème de réseau lié à l'existence de canalisations en fonte « grise », la fonte cassante. C'est un système assez ancien de tuyaux qui peut présenter des failles et conduire à des explosions. Ainsi, cet accident a marqué l'existence du distributeur de gaz qui est profondément mu par les conditions de sécurité, et on voit aujourd'hui un effort très important pour bâtir la culture de l'entreprise autour de la notion de sécurité : c'est un domaine dans lequel on investit chaque année €290 millions.

La crise extrême que l'on souhaite à tout prix éviter est donc une explosion due au réseau. A côté de cela, il y a des incidents divers auxquels on fait face presque tous les jours. Je pense notamment aux « agressions d'ouvrage », c'est à dire des situations dans lesquelles des pelleteuses viennent arracher des tuyaux de gaz, ce qui peut aussi causer des explosions.

Les conséquences peuvent être dramatiques, il faut donc toujours garder en tête le fait que le gaz est une matière avec laquelle il faut faire extrêmement attention.

En cas de crise grave, toute l'entreprise est mobilisée pour gérer les impacts qui peuvent exister en termes de remise en gaz du réseau, de gestion de la situation des victimes, de relations avec les collectivités.

ENTRETIEN AVEC PATRICK PAPAIZIAN

La Fondation pour le Droit Continental : valoriser le savoir-faire juridique de tradition civiliste

Directeur Général de la
Fondation pour le Droit
Continental

Directeur Général de la Fondation pour le Droit Continental, Patrick Papazian répond aux questions de la Revue des Juristes sur l'action concrète de la Fondation, créée en 2006, qui vise, par une logique pragmatique et réaliste, à promouvoir la tradition civiliste dans un environnement de concurrence juridique. Partant du postulat que le droit est un vecteur de compétitivité économique, l'institution mène des actions concrètes (formations, rapports spécifiques, travaux de benchmarking) auprès d'acteurs variés, à la fois publics ou privés (entreprises, Etats, organisations internationales...). Ces actions ont pour but de valoriser le savoir-faire et les atouts de la tradition juridique continentale.

La Revue des Juristes : Comment la Fondation est-elle née ?

Elle trouve son origine dans le rapport *Doing Business* de la Banque Mondiale de 2004 qui cherchait à évaluer la capacité du droit des Etats à permettre le développement économique. La France était, à l'époque, très mal classée, ce qui a conduit à toute une série de réactions émanant de différents acteurs : Conseil National des Barreaux, l'Etat, des entreprises. Ces manifestations ponctuelles, reprises par l'Etat, ont entraîné une réelle prise de conscience sur la nécessité de valoriser notre droit. Cela a donc mené à la création d'une structure qui permette de valoriser le droit continental à l'étranger sur le long terme.

On s'est alors rendu compte que le droit était un domaine de concurrence entre pays et que la France était en retard. En effet, à l'époque, les Américains avaient déjà mis en place la *Rules of Law Initiative*, en association avec l'*American Bar Association*. Cette initiative s'était implantée dans les pays de l'Est à la chute du Mur. Au travers du *pro bono*, elle a aidé ces nouveaux pays en matière de droits de l'homme, et a conseillé les Etats. *In fine*, cela a permis aux cabinets

américains d'ouvrir des bureaux là-bas, puis aux entreprises de s'installer plus facilement.

Qu'est-ce qui vous a amené à occuper ce poste et quel rôle jouez-vous ?

Docteur en Droit, universitaire, j'ai travaillé à la direction de Sciences Po pour seconder le Professeur Jamin dans la mise en place de l'Ecole de Droit. En parallèle, j'ai travaillé dans le cabinet de M. Bernard Accoyer à la Présidence de l'Assemblée Nationale en tant que conseiller justice, sécurité et libertés publiques. Et depuis juin dernier (*ndlr*, 2012) je dirige donc la Fondation.

Mon rôle ici est d'essayer de faire côtoyer ces différents acteurs venant d'horizons divers, et ce en lien avec notre conseil scientifique. Ensemble il faut définir une stratégie. Or, promouvoir le droit est assez large. Il faut donc essayer d'identifier les endroits et acteurs importants pour effectuer cette promotion, comme les Etats et les structures internationales : UE, Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement (CNUCED), Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI).

Entrons dans les détails : comment fonctionne la Fondation et quel rôle est-elle amenée à jouer ?

Concernant la structure, il importe de dire qu'elle correspond à un partenariat public-privé travaillant en lien avec les ministères de la Justice ou des Affaires Etrangères, mais aussi avec toutes sortes de professions juridiques ainsi que des entreprises comme Vivendi (dont le président du directoire siège dans le conseil de direction de la Fondation). L'avantage de la Fondation est d'être complètement a-partisane. Cela s'explique par son objet qui se raccroche à une question plus large : « Croyons-nous qu'en tant que français vivant sous un régime civiliste, nous avons quelque chose à promouvoir en matière de droit, et si oui comment le faire ? » Si on ne se pose pas cette question, on admet que tout est relatif et que l'on peut laisser le droit s'américaniser. Mais, selon nous, ce n'est pas le raisonnement à avoir. Regardez les élites d'Amérique latine : même si elles sont formées dans les *Law School* américaines, elles restent attachées au droit continental. En guise de technique juridique, les avocats sur place se retrouvent plus dans des pratiques françaises et continentales qu'américaines.

Prenons l'exemple de la CNUCED que j'ai pu mentionner. Nous avons signé avec elle un partenariat qui fait de nous des observateurs permanents auprès d'elle. Or, la Commission a une logique économique très empreinte du mouvement de l'Analyse Economique du Droit. Selon celle-ci, toute règle est une contrainte et il faut donc essayer de faire sauter chacune d'entre elles pour permettre le développement des affaires et assurer la simplification administrative. Nous, notre rôle est d'apporter de la logique juridique dans leur raisonnement en expliquant que ces règles apportent parfois de la sécurité sur la durée.

Sinon, quelle aide apportez-vous aux Etats étrangers ?

Dans nos relations avec d'autres Etats nous discutons avec les gouvernements en jouant, en quelque sorte, le rôle de porte-parole du droit continental. Nous tentons d'apporter une expertise efficace aux pays que nous côtoyons. Nous accompagnons par exemple la Chine sur

la réforme de son droit de l'environnement. En partenariat avec des représentants français et chinois (notamment l'association France-Chine Environnement) nous avons récemment eu un *workshop* pour travailler sur ces questions et tenter de montrer en quoi le droit français peut être une solution viable et efficace aux problématiques juridiques et économiques de la Chine. Dans ce cas-là, on tend vers de la vraie coopération : on agit collectivement avec une mise en commun des ressources intellectuelles et techniques. Il n'est plus possible d'imposer un droit, nous sommes là pour les aider à faire leur choix.

Dans une optique plus large, quelle position adopte la Fondation au niveau proprement européen ? Comment se place-t-elle par rapport à d'autres instituts universitaires ou fondations européennes ayant les mêmes vocations de promotion du droit continental, tel que l'Institut Max Planck en Allemagne ?

La France a un certain problème de visibilité au niveau continental, notamment à la Commission européenne. Celle-ci préfère privilégier les cabinets américains, anglais ou néerlandais. Cependant, elle n'a pas forcément une vision française du droit, car les cabinets français ne sont pas là. La Fondation cherche donc à enclencher des réflexes, susciter de l'intérêt et montrer qu'un vrai savoir-faire juridique français existe. Sans avoir la prétention de dire que l'ensemble de ce que l'on propose en France ou en Europe marche, on essaye de montrer que tout ce qui est positif ne vient pas forcément d'ailleurs.

Concernant les autres institutions, il nous arrive de mettre en place des opérations avec d'autres structures européennes partageant la même culture romano-germanique : on a ainsi réalisé une brochure avec l'IRZ (*German Foundation for International Legal Cooperation*, équivalent de l'institut outre-Rhin). C'est cependant moins des alliances tactiques que des partenariats sur des projets précis.

Nous avons d'ailleurs pu comprendre que le principe de subsidiarité animait le travail de la Fondation. Comment cela se met-il en œuvre en pratique ?

Le principe de subsidiarité est effectivement l'un de nos principes directeurs. On ne peut, en effet, apporter une valeur ajoutée que dans des domaines où les acteurs ne le peuvent pas eux-mêmes. Prenez le domaine de l'immobilier : les notaires sont déjà tellement présents dans le conseil aux Etats en matière de législation immobilière que nous n'avons donc pas forcément besoin d'intervenir car la plus-value est déjà là. Par contre, on peut venir soutenir les Etats sur des actions particulières, ou faire le lien avec d'autres acteurs, là où le savoir-faire n'est pas ou peu présent. L'important étant de maintenir une composante « acteurs locaux » forte pour coller au mieux aux besoins de nos partenaires.

Mais, mis à part ces travaux de conseil, comment la Fondation se rend-elle visible en matière scientifique ?

J'ai déjà pu évoquer notre conseil scientifique qui est d'une grande richesse et d'une diversité incroyable (plus de 30 membres de nationalités différentes : notamment des universitaires étrangers, des avocats, un magistrat chilien, un notaire algérien, un professeur chinois...).

Sinon, en matière scientifique, la Fondation pour le Droit Continental agit selon deux optiques. Une optique universitaire via les chaires partenaires créées dans des universités prestigieuses comme l'Université Getulio Vargas au Brésil, ou la Keio University au Japon. Ces partenariats nous permettent d'organiser des cycles de conférence pour faciliter la circulation des idées de manière concrète. Le second objectif, plus relationnel, est de favoriser les rencontres et l'échange, grâce notamment à notre université d'été. Le but de cette université d'été est de créer un réseau pour l'avenir, car nous pensons que ceux qui sont formés en France vont être les promoteurs du droit français de l'avenir. C'est universitaire mais cela a de l'importance.

Quels sont les projets de la Fondation à court et à moyen terme ?

J'ai déjà évoqué l'Université d'été qui va bientôt se tenir à Paris. A moyen terme nous organisons la Convention des Juristes de la Méditerranée qui se tiendra à Rabat le premier weekend d'octobre. En sus de ces actions visibles marquant les temps de formation que nous proposons, nous participons aussi à des projets divers comme la mise en œuvre de la loi notariale en Serbie, ou au projet d'unification du droit des contrats en Amérique latine. Nous devons aussi remettre à la Commission européenne deux rapports à la rentrée : un sur la gouvernance d'entreprise et un autre sur la protection des contrats commerciaux.

Enfin, nous avons un projet intitulé « *knowledge ridge* » en lien avec le gouvernement koweïtien qui consiste à identifier des domaines juridiques, comme les droits de l'homme, et traduire la jurisprudence ou des articles de doctrine.

Parlez-nous un peu de votre projet d'index sur la sécurité juridique. Vise-t-il à rivaliser avec l'indicateur *Doing Business* de la Banque Mondiale ?

Sur le plus long terme, nous travaillons en effet sur ce projet d'index sur la sécurité juridique, projet qui nous tient vraiment à cœur. Cet index s'apparente à une analyse plus juridique de la compétition normative entre les Etats. En effet, on considère que les critères de la Banque Mondiale sont parfois trop économiques (par exemple le taux de connexion à l'électricité dans le pays). Cela peut choquer un juriste ! Mais comprendre la nature « économique » de ces critères peut servir de clé de lecture pour appréhender les résultats de l'index *Doing Business* qui place à ses 8 premières places des systèmes de *common law*, alors que les pays de tradition civiliste ne sont pas forcément bien classés.

Avec notre projet, on essaye de se démarquer de l'analyse économique pure (même si l'on se base sur la construction d'un indicateur). On souhaite rechercher, pour une vingtaine de pays, ce qui est le plus sécurisant dans divers domaines, que ce soit en matière de propriété, de règlement de différends, etc. Mme Kezedjian, spécialiste du droit commercial, et Bruno Deffains, Professeur d'économie du droit, sont ainsi chargés de monter une équipe. L'idée c'est de ne pas se baser uniquement sur des perceptions, ni de démontrer

ex ante les buts à atteindre, mais de voir en fonction des types d'opération ce qui est le plus sécurisant. L'outil que l'on tente de développer, s'il restera dans « le relatif », sera amené à jouer un rôle d'influence et faire évoluer la discussion.

Notre numéro étant consacré au droit de l'énergie, pourriez-vous nous parler un peu plus de votre projet avec la Lybie en matière de refonte du Code minier ?

Ce projet s'inscrit dans notre démarche utilitaire. Le gouvernement libyen a sollicité notre aide car il souhaitait des modifications dans son Code minier pour introduire une meilleure protection de l'environnement, mais aussi remettre en cause les concessions, car celles-ci ne répondaient plus à la sécurité juridique voulue par les autorités. Ce que celles-ci souhaitent, c'est moderniser la protection juridique. Nous les aidons par un travail de *benchmarking*, en étudiant ce qui se passe dans d'autres pays. Nous avons participé à un premier travail sur les privatisations des entreprises pétrolières. En effet, les dirigeants comprennent l'intérêt de ces pratiques mais n'ont pas nécessairement la structure nécessaire pour le faire. Ils veulent aussi maintenir un certain contrôle sur leurs ressources naturelles. On a donc eu une discussion avec eux sur les différents modèles utilisés en France comme la concession ou la délégation. C'est en cela que notre rôle peut être utile.

RENCONTRE AVEC LES SECRÉTAIRES DE LA CONFÉRENCE

*La Conférence du Stage des Avocats au Conseil
d'Etat et à la Cour de cassation*



Désignés le 10 juin dernier au terme d'un difficile concours valorisant leur habileté à manier aussi bien le droit que le verbe, les quatre nouveaux Secrétaires de la Conférence du Stage de l'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation nous présentent l'institution centenaire qu'ils vont être chargés de faire vivre à compter de décembre prochain. Monsieur Géraud Mégret, Premier Secrétaire, Madame Florence Meuris, Deuxième Secrétaire, Monsieur Alexandre Koenig, Troisième Secrétaire et Madame Elodie Le Prado, Quatrième Secrétaire, livrent leur regard sur la Conférence qui a ouvert ses portes dès le 8 octobre à la bibliothèque de l'Ordre des avocats au Conseil d'Etat à la Cour de cassation.

La Revue des Juristes : Avant de présenter la Conférence du Stage, peut-être pourriez-vous nous rappeler brièvement les spécificités du métier d'avocat aux Conseils ?

En France, contrairement à d'autres pays, tout justiciable peut saisir les juridictions suprêmes. Alors que certaines juridictions suprêmes étrangères filtrent les recours en fonction de l'intérêt de la question posée, le droit français défend une stricte égalité devant la loi en permettant à tous de faire censurer une décision rendue au mépris de la règle de droit. C'est la raison pour laquelle il existe une profession spécialement dédiée au conseil et à l'accompagnement des justiciables devant le Conseil d'Etat et la Cour de cassation. L'avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation conseille donc ses clients sur l'opportunité d'un recours en cassation et les représente tout au long de la procédure.

Quelle est la place de la Conférence du Stage des avocats aux Conseils ?

Soucieux de la formation des futurs avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, l'Ordre a créé, en 1858, comme l'avaient fait auparavant les avocats à la Cour, une Conférence du

Stage, consacrée exclusivement aux questions juridiques. Cette dernière ne tarda pas à attirer, au-delà de ceux qui se destinaient à la profession, de jeunes universitaires préparant le concours de l'agrégation et, plus généralement, des candidats nourrissant un goût pour la controverse juridique.

La Conférence est restée fidèle à ses origines. C'est d'abord un exercice de rhétorique. Les candidats ont quinze minutes pour répondre à une question juridique sur laquelle ils ont préparé un discours. Ils sont donc jugés tant sur la valeur de leurs arguments – de droit, tirés de leur culture générale et d'opportunité – que sur leur éloquence. L'esprit d'ouverture de la Conférence a également été préservé. En effet, ce concours n'est ni réservé à ceux qui se destinent à la profession d'avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation ni aux avocats à la Cour mais est ouvert à toute personne titulaire d'un master en droit. La richesse de la Conférence et la qualité de ses travaux résident, en grande partie, dans la diversité des profils des candidats.

Certains candidats peuvent donc présenter le concours sans nécessairement souhaiter devenir avocat aux Conseils ou même Secrétaire de la Conférence ?

Naturellement, beaucoup de candidats ont pour objectif de remporter le concours et devenir Secrétaire de la Conférence. C'est loin, toutefois, d'être la seule finalité de la conférence. En effet, elle est avant tout un lieu d'échange et de discussion. Chaque semaine, sous le regard bienveillant du Président de l'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, c'est une question de droit et de société nouvelle récemment jugée par une juridiction suprême qui est traitée par les candidats. Le sujet donne lieu à rapport d'un Secrétaire de la Conférence. Il est également fréquent qu'un invité – philosophe, historien, ou juriste – vienne donner son point de vue sur la question posée avec laquelle il entretient des liens étroits. A l'issue de la séance, la Conférence vote par l'affirmative ou la négative à la question qui était posée. Un rapport de la séance est publié dans les revues juridiques. Les candidats sont reçus, le soir même, par le Président de l'Ordre des avocats aux Conseils qui leur livre ses impressions sur leur discours.

Vous avez récemment été élus Secrétaires. Quelles sont vos nouvelles fonctions ?

Sous le contrôle et avec l'aide de l'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, les Secrétaires de la Conférence ont d'abord et avant tout pour mission de faire vivre cette belle institution. Cela passe, bien sûr, par la promotion et l'organisation du concours (choix des sujets, audition des candidats) mais pas seulement. Les Secrétaires participent directement aux travaux de la Conférence en donnant, sous la forme d'un rapport oral et à tour de rôle, leur point de vue sur le sujet traité chaque semaine. Le premier Secrétaire de la Conférence est appelé à prononcer un discours à l'occasion de la rentrée solennelle de la Conférence au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation, devant les hautes autorités administratives et judiciaires. Les Secrétaires et anciens Secrétaires sont membres d'une association qui se réunit et publie un bulletin annuellement.

On entend beaucoup parler d'une autre Conférence du stage, organisée elle sous l'égide des avocats à la Cour. Quelles sont les différences entre la Conférence du stage des avocats au Conseil et celle organisée par les avocats à la Cour ?

Ces deux conférences, bien que promouvant toutes deux l'art oratoire, sont très différentes. La Conférence du stage des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation a pour spécificité de lier l'art oratoire et la rhétorique à la technique juridique. Un « bon » discours de la Conférence du stage des avocats aux Conseils doit conjuguer ces approches. La Conférence du stage des avocats au Conseil d'Etat à la Cour de cassation n'est pas, contrairement à la Conférence du stage des avocats à la Cour, réservée aux avocats mais ouverte à tout titulaire d'un master en droit. Enfin, les Secrétaires de la Conférence du stage des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation n'assurent pas, contrairement à leurs homologues à la Cour, de permanences pénales ni de mission au titre de l'aide juridictionnelle.

Pouvez-vous nous expliquer comment va se dérouler le Concours de la Conférence AAC 2013-2014 ?

Comme chaque année, le concours se déroule en trois tours. Lors du premier tour, qui débutera le 9 décembre pour s'achever le 5 mai, chaque candidat devra prononcer deux discours sur deux sujets qu'il aura choisis. A l'issue de ce tour, douze candidats seront sélectionnés par le Président de l'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation et par les Secrétaires de la Conférence. Ces candidats prononceront un discours sur un sujet et une position procédurale qui leur sera imposée (demandeur, défendeur ou Ministère public). A l'issue de la journée du deuxième tour (le 26 mai), six candidats seront retenus, trois par les Secrétaires et trois par le vote de la Conférence (c'est-à-dire les candidats ayant participé au premier tour). Ces six derniers candidats s'affronteront, lors d'un troisième tour, devant le Conseil de l'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation et les Secrétaires de la Conférence (le 26 juin) sur un sujet unique qui leur sera imposé. A l'issue de ce dernier tour, les nouveaux Secrétaires seront choisis par leurs prédécesseurs, en accord avec

le Conseil de l'Ordre des avocats aux Conseils. Pour plus de renseignement sur le concours, il est possible de consulter le site de l'Ordre des avocats aux Conseils ou le site de la Conférence. Une réunion d'information aura lieu le 8 octobre 2013 à 17h00, à la bibliothèque de l'Ordre des avocats au Conseil d'Etat à la Cour de cassation. Les portes sont ouvertes à tous !

Si vous êtes d'accord, passons à présent à une série de questions plus personnelles... Pourriez-vous chacun vous présenter plus avant et nous dire ce qui vous a poussé à participer à ce Concours ?

Géraud Mégret : Après avoir exercé la profession d'avocat à la Cour dans des cabinets d'affaires parisiens, le vif intérêt que j'avais nourri pour la matière juridique lors de ma thèse de doctorat m'a assez naturellement conduit à rejoindre un cabinet d'avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation. Passionné par cette profession, je me suis inscrit à l'Institut de Formation des Avocats aux Conseils (IFRAC) en vue de passer mon certificat d'aptitude à la profession d'avocat aux Conseils (CAPAC). Or, il est obligatoire, dans le cadre cette formation, de participer aux travaux de la Conférence. Ce qui était une contrainte m'est vite apparue comme un espace d'enrichissement et de liberté. J'ai pris autant de plaisir à préparer et « servir » mes discours qu'à écouter ceux des autres. La Conférence m'a beaucoup apporté, tant les matières qui y sont abordées sont variées (droit civil au sens large, droit social, droit pénal et droit administratif). Ce fut un formidable apprentissage tant sur le fond du droit que sur la technique de la plaidoirie. C'est pourquoi, j'invite tous ceux qui hésiteraient encore à s'inscrire, à venir nous rejoindre !

Florence Meuris : Je suis pour ma part Elève Avocate à l'Ecole de Formation du Barreau et enseignante vacataire au sein des universités Paris III et Paris Est. J'y enseigne respectivement le droit d'auteur et la brevetabilité du vivant à des étudiants de Master 1 et de Master 2. Après un Master 2 de droit des affaires dirigé par Monsieur le professeur Bertrand Fages, j'ai écrit une thèse sur « les conflits de lois dans le temps en droit de la propriété intellectuelle », sous la direction de Monsieur le Professeur Christophe Caron. Il me semble que la propriété

intellectuelle sous toutes ses formes est à l'origine des plus belles problématiques juridiques de notre époque. Ma participation au Concours de la Conférence s'inscrivait à l'origine dans le cadre d'une préparation au concours de l'Agrégation des facultés de droit. Les qualités oratoires des candidats en compétition ainsi que la technicité des sujets proposés m'ont été présentées comme les éléments constitutifs d'un formidable entraînement. Je dois également vous confier que mes premières années de droit se sont accompagnées d'une inscription au sein d'une école de théâtre. J'ai compris que tout pouvait s'acquérir avec le temps. Abandonner sa timidité c'est soigner sa posture, placer son regard, respirer calmement, apprendre à poser sa voix. S'exprimer devant des juristes aguerris et un jury exigeant est une épreuve qui en prépare nécessairement d'autres.

Alexandre Koenig : Je suis également Elève Avocat à l'Ecole du Barreau de Paris où j'achèverai mon cursus en juin prochain. Ancien élève de l'Ecole de Droit (ayant participé à la naissance de cette Revue !) diplômé en 2011, j'ai découvert le concours de la Conférence du Stage lorsque l'un de mes camarades de promotion, Michaël Bendavid, a été désigné Premier Secrétaire. Je débutais alors, après Sciences Po, un Master recherche de droit privé général à l'Université. Comme je disposais de suffisamment de temps pour cultiver ma passion de la littérature et rédiger un mémoire de recherche en droit de la responsabilité civile, cette année plus que toute autre, j'ai réalisé à quel point l'art d'écrire et celui de raisonner en droit étaient inextricablement liés. C'est dans cette perspective que je me suis plus tard lancé dans le concours de la Conférence du Stage, un forum unique en son genre où il est possible d'associer les lettres, les arts oratoires et la technique juridique pour résoudre de grands problèmes de société. Je conseille vivement cette expérience à tous les anciens Sciences Po – qui sont d'ailleurs de plus en plus nombreux à venir grossir les rangs des anciens Secrétaires –, qu'ils soient ou non attirés par le métier d'avocat aux Conseils. Etre capable de discuter d'une question de droit avec élégance et précision est un exercice aussi difficile qu'essentiel que la Conférence vous aidera nécessairement à maîtriser.

Elodie Le Prado : Après avoir été collaboratrice au sein d'un cabinet d'avocats à la cour, je travaille depuis deux ans dans un cabinet d'avocats aux Conseils. Envisageant de m'inscrire à l'IFRAC et de passer le CAPAC, formation qui demande d'avoir présenté le concours de la Conférence ainsi que l'a exposé Géraud, j'ai décidé d'y participer. Très vite, je me suis laissée prendre au jeu de la compétition. Ce qui ne devait être qu'une simple étape dans ma vie professionnelle est devenu un véritable plaisir. Chaque discours est un challenge, un nouveau défi à relever. Il faut réussir à dépasser son appréhension, à s'exprimer clairement et à bien poser sa voix face à un public ; réussir à faire comprendre un sujet juridique technique en quinze minutes sans perdre l'attention de son auditoire ; réussir à emporter la conviction du jury, sans oublier de – parfois – le faire sourire. C'est l'éloquence au service de la conviction. Participer à la Conférence permet également de découvrir des domaines du droit souvent éloignés de sa spécialité et de ses matières de prédilection, de rapprocher le droit d'autres disciplines telles l'histoire, la sociologie, la littérature ou encore le cinéma... Enfin, comment ne pas parler des rencontres que permet la Conférence, que cela soit avec les autres participants venant d'horizons très différents, qu'avec les personnalités invitées à venir exposer leurs avis et idées sur les sujets débattus. Quel que soit le résultat, une année de Conférence ne peut être qu'enrichissante et inoubliable. Alors, inscrivez-vous !

ANTONY TAILLEFAIT

A propos de l'ouvrage de Maître Paul Lignières, Le temps des juristes. Contribution à la croissance économique européenne



Professeur agrégé de droit public
Professeur de droit et de finances publiques à
l'Université d'Angers
Enseignant-chercheur à Sciences Po en particulier dans le Master « Affaires publiques »

RÉSUMÉ

Dans son ouvrage *Le temps des juristes*, Me Paul Lignières décrypte et montre les limites de l'idéologie libérale ayant sous-tendu la construction européenne des dernières décennies. Il invite les européens à se ressaisir de la force droit et de le mettre au service de leur économie.

INTRODUCTION

En France, les débats politiques sont nationaux alors que les questions socio-économiques à élucider sont européennes. En France toujours, il est plus que nécessaire de lutter contre les comportements passifs, comportements qui se fondent en grande partie sur le sentiment de ne plus avoir de prise sur les faits.

La pensée et l'expérience professionnelles de M^e Paul Lignières sont, pour le moins, mobilisées pour renverser l'ethnocentrisme national et la passivité des temps présents. Il est auteur de nombreux ouvrages et études de droit public dont *Partenariats public-privé* aux éditions LexisNexis en 2005. Il est aussi l'auteur d'un livre très remarqué qu'il a conçu en faisant fructifier plus de vingt ans d'expériences professionnelles : *Le temps des juristes. Contribution juridique à la croissance économique*, paru aux éditions LexisNexis, collection « Essais », en novembre 2012.

M^e Paul Lignières est docteur en droit, avocat au barreau de Paris, *Managing Partner* et responsable du département droit public/partenariats public-privé du bureau de Paris du cabinet *Linklaters*, ancien *Senior Private*

Development Sector Specialist à la Banque mondiale (Washington DC). Il est intervenu dans de nombreuses privatisations et ouvertures de capital d'entreprises publiques telles que La Poste, GDF, SANEF, Aéroports de Paris, fusion GDF-SUEZ, etc., ainsi que dans de nombreuses fusions-acquisitions dans des secteurs régulés (infrastructures, énergie, défense, *utilities*). Il a conseillé l'État dans le cadre du plan de relance de 2011 et est intervenu notamment dans les financements de projets et PPP : mine de Koniambo, centres hospitaliers de Douai et des Quinze-Vingt, PPP dans les secteurs de la défense et ferroviaire, en particulier pour la Caisse des dépôts et consignations ou Réseau Ferré de France.

Dans son ouvrage *Le temps des juristes*, Paul Lignières se livre à l'exercice difficile qui consiste à penser l'Europe et son développement économique avec les outils des juristes. Il faut avouer que « l'économisme » qui se déploie, depuis les années quatre-vingt, a modifié la conception européenne des institutions. Il faut concevoir cet « économisme » comme la prétention de certains économistes de caractériser leur science non pas par son objet seulement, mais par sa méthode d'analyse qui devrait de la sorte être appliquée à tous les aspects de la vie humaine. De cette façon « l'approche économique » a supplanté le droit en particulier parce qu'elle a fait du droit de l'Union européenne un simple vecteur de la formalisation normative de certaines analyses économiques. Il faut donc, avec Paul Lignières, réélaborer le rôle et la place du droit et le considérer (à nouveau ?)

comme un système dynamique de règles et une technique d'analyse des sociétés avec ses qualités heuristiques si nettes en ce qui concerne l'Union européenne.

Sur ce point, qui est le sujet des réflexions et des propositions de M^e Paul Lignières, on ne peut s'empêcher de penser aux « ordolibéraux allemands ». Sans se confondre (se fondre ?) avec eux, on se hasardera à dire que M^e Lignières évoque de façon sous-jacente l'ordolibéralisme qui se présente comme une théorie normative, en proposant des éléments spécifiques à la réglementation de l'économie, tout en mettant l'« ordre concurrentiel » au centre de cette théorie. On sait que l'ordolibéralisme a eu une très grande influence sur la politique et le droit économique d'après-guerre mais aussi sur les règles de droit économique européen positif¹.

« L'Europe est donc bien fille du droit » et doit le demeurer comme le démontre M^e Lignières dans les trois parties de son beau livre.

I. Le rôle de l'État est explicitement en France une question politique, économique et sociale centrale. Presque immédiatement, l'Europe a été présentée à l'opinion publique comme une construction qui conspire contre l'État. L'Europe, rappelle M^e Paul Lignières, ne s'est pas édifiée contre l'État. Celui-ci est non seulement aux côtés de l'Europe mais il est et demeure à côté de l'Europe. L'acmé récente de la crise économique et financière l'a formidablement démontré. L'État doit assumer un rôle dont Paul Lignières dessine les arêtes : le volontarisme industriel tout d'abord ; la libéralisation des grandes activités de réseau assistée par l'État ensuite ; le « retour » de la nationalité des entreprises enfin.

M^e Lignières insiste sur l'impérieux volontarisme industriel par le truchement des instruments juridiques dont l'État doit faire preuve. Il a pu en prendre précisément la mesure dans la résolution des difficultés de cette nature qui lui est périodiquement confiée. Sont passés au tamis de cette ambition par exemple le rôle de l'État actionnaire ou encore les mécanismes de contrôle des investissements étrangers.

Mais la conviction de l'auteur est qu'il n'est pas nécessaire de confier le maniement de ces outils aux institutions communautaires. Il écrit « que la mise en œuvre par l'État d'une mesure de volontarisme industriel peut non seulement ne pas être contraire à l'intérêt des autres pays européens, mais également servir leurs intérêts ainsi que ceux de l'Europe ».

La libéralisation des grandes activités de réseau (transports, infrastructures hydrauliques, électricité) doit demeurer assistée par l'État. Or cette assistance présente des lacunes. L'administration française prend très souvent du retard pour se conformer à des principes européens d'ouverture des marchés. La mise au point de l'équilibre entre la libéralisation et le maintien de tarifs socialement acceptables pour des raisons de politique nationale est hésitante. M^e Lignières explique que la France devrait plus souvent jeter un œil sur ce qui se fait dans d'autres pays.

Comme Matthieu Pigasse², il démontre que la nationalité d'une entreprise n'est pas un facteur économique sans importance. Elle révèle (justifie ?) la proximité des entreprises et de l'État. La globalisation n'a remanié ce lien qu'en partie seulement. Toutefois en France ce lien a été forgé pour une large part dans des « univers clos de connivence et de conflits d'intérêts ». L'Europe a heureusement « brisé l'uniformité d'un pays régi par une administration centralisée et par une classe politique réticente au principe même de séparation des pouvoirs, d'une administration issue des mêmes écoles et qui prétend être uniquement focalisée sur un intérêt général qu'elle serait seule à connaître ». La proximité de l'État et de ses entreprises nationales est en cours de réinvention en particulier par le biais de voies juridiques.

II. Paul Lignières dans un second temps pose des pierres pour une fondation (une refondation ?) du droit économique en Europe. Sa démonstration révèle le nœud gordien de la politique européenne en matière économique qui est l'indifférence à la réciprocité dans les échanges.

¹ Josef Drexler, Directeur de l'Institut Max Planck, « La Constitution économique européenne ». L'actualité du modèle ordolibéral, *Revue internationale de droit économique*, 2011, p. 420.

² Matthieu Pigasse, *Révolutions*, éditions Plon, 2012, pp. 99 - 227.

Comme l'indique un rapport remis en avril 2012 au gouvernement, il est nécessaire en cette période de mutation économique d'« en finir avec la mondialisation déloyale ! ». L'Union européenne impose aux entreprises des États membres des règles commerciales, des normes techniques et des principes juridiques qui les placent dans une situation souvent défavorable vis-à-vis des entreprises des pays tiers. Dans le même temps, elle fait preuve d'un certain « angélisme » en ouvrant son marché unique aux entreprises de ces pays tiers sans se préoccuper véritablement de savoir si les marchés de leurs pays d'origine sont complètement ouverts aux sociétés européennes.

Dans les années soixante, l'Europe se pensait comme un modèle politique et imaginait qu'elle allait devenir la force économique du monde. Elle songeait à inspirer les pays que l'on nommait alors le tiers-monde. M^e Paul Lignières démontre que la donne a changé aujourd'hui. En particulier, le tiers-monde a été remplacé en partie par les BRIC (Brésil, Russie, Inde et Chine). Néanmoins l'Europe continue à construire ses postures sur le « consensus de Bruxelles » obtenu à cette époque où elle se pensait dominante et se voulait exemplaire. Elle assujettit ses entreprises ressortissantes à des normes qu'elle n'impose pas aux entreprises non européennes. Les consommateurs européens et les producteurs étrangers en ont bénéficié. A l'opposé, les producteurs et les travailleurs européens en ont souffert. Ce « consensus de Bruxelles » demeure aujourd'hui. Il est une logique libérale faite d'angélisme et de naïveté dans ses relations avec les autres continents. Selon M^e Lignières, et il faut le rejoindre, « cette logique a été mise en œuvre par le droit et elle explique le droit européen ». Ce droit impose donc à ses entreprises les normes les plus élevées, « les meilleures du monde ». M^e Lignières, avocat par exemple d'ArcelorMittal, explique en quoi cela pouvait aussi freiner l'investissement étranger en France et dans l'Union européenne, singulièrement lorsque l'on se soumet à des normes environnementales plus fortes qu'à l'étranger tout en ne rendant pas ces normes efficaces.

Depuis la fin 2011, la Commission européenne fait des propositions pour introduire le concept de réciprocité dans le droit de l'Union européenne

en matière de marchés publics, et plus largement en matière commerciale et industrielle. Le Royaume-Uni en février 2011 s'oppose fermement à l'introduction du principe de cette réciprocité dans le droit de l'Union européenne en matière de marchés publics considérant que cela incitera les pays tiers à développer un protectionnisme de représailles. Au contraire de nos amis britanniques, M^e Lignières porte l'ambition selon laquelle, « derrière l'introduction de ce principe juridique de réciprocité, se dessine un choix politique fort, celui de soustraire les entreprises européennes à une concurrence manifestement déloyale. Autrement dit, la réciprocité relève d'une politique industrielle et commerciale qui prend une forme de soutien aux entreprises européennes sous forme d'une « discrimination positive » transitoire, ou d'une « égalité compensatrice » jusqu'à l'ouverture complète et sans réserve des marchés publics internationaux.

Dans la même veine, nous pouvons ajouter, en complément des analyses de M^e Lignières, que les effets du « consensus de Bruxelles » concernent tant la standardisation comptable que bancaire.

Les règles bancaires prudentielles dites « Bâle III » s'imposent aux banques européennes à compter de 2013 alors que pour les autres banques elles ne devraient être mises en œuvre qu'à partir de 2019. Mais l'Union a aussi décidé de durcir les standards « Bâle III » sans que l'on sache si les États-Unis le feront aussi alors que pendant ce temps ils n'appliquent pas « Bâle II » à cent pour cent. Comme le démontre parfaitement Paul Lignières, il est bien d'être les premiers mais il ne fait pas bon de le rester trop longtemps au péril de la compétitivité.

III. Toujours dans une perspective économique, le projet proposé par M^e Paul Lignières est de combler une lacune institutionnelle et matérielle propre aux dernières décennies : l'absence de définition du rôle de l'État dans une période, non pas de crise, mais de mutations profondes. On partagera cette idée selon laquelle dans cette période la passivité politique est coupable.

Ce rôle de l'État dans l'Europe économique est à chercher selon M^e Lignières dans l'entre-deux suivant. D'une part, « l'État providence a asphyxié la société civile ». D'autre part, « la crise

financière de 2008 a rappelé avec force la capacité d'intervention des États dans l'économie ». C'est cette capacité d'intervention que l'auteur de l'ouvrage *Le temps des juristes* invite fermement à penser.

Les « politiques restent focalisées sur les instruments de nature budgétaire. Il est en effet plus facile à l'État d'investir ou de subventionner tel ou tel domaine plutôt que d'ajuster les règles permettant au secteur privé de se développer : toute modification des règles porte atteinte à des situations acquises et remet en cause des avantages alors que l'allocation de l'argent public fait plaisir immédiatement et n'a qu'une conséquence négative indirecte sur les citoyens. Cet accès aux ressources publiques a dispensé les politiques de penser aux réformes de nature juridique ». « Jusqu'à ce jour, en France à la différence de l'Allemagne, le débat sur les réformes juridiques n'a jamais vraiment eu lieu. La place des juristes dans le débat public est quasiment nulle dès lors que l'on quitte le domaine du contentieux ou des libertés publiques ».

Nous avons la conviction que les réflexions et propositions de M^e Paul Lignières contribuent à la mise en coalescence d'éléments indispensables à la refondation de l'État et donc à la conception future de l'Union européenne.

A la question de savoir « Qu'est-ce qu'un grand juriste ? »³, notre collègue Lauréline Fontaine explique que « le juriste paraît bien enfermé dans une posture scientifique qui limite son regard. Le juriste ne voit pas jusqu'où va le droit, et ne voit donc pas jusqu'où il ne va pas »⁴. Il en résulte « un constat sans appel : le juriste, comme juriste, n'est que très rarement une « personnalité » de l'espace public. Le juriste dans l'espace public n'est pas « grand », il n'est pas du tout ».

Même si nous regrettons d'avoir appauvri l'œuvre, on l'aura tout de même compris, *Le temps des juristes* montre que M^e Paul Lignières prend à défaut les critiques précédentes.

3 Lauréline Fontaine, Qu'est-ce qu'un grand juriste ? Essais sur les juristes et la pensée juridique moderne, Lextenso édition, coll. « Forum », 2012.

4 Idem p. 12.

DOSSIER THÉMATIQUE

*L'INTERNATIONALISATION
DU DROIT DE L'ÉNERGIE*

La globalisation et le droit de l'énergie

par Paul Lignières et Céline Gagey

**La Responsabilité Sociale des Entreprises comme opportunité
de développement du secteur de l'énergie**

par Isabelle Vaugon et Corinne Cuenca

**Le maintien en France des tarifs réglementés de vente
dans un marché européen intégré du gaz et de l'électricité**

par Marc Drevon

**L'opposabilité de la clause de stabilisation dans
les contrats d'investissements internationaux d'énergie (mines, pétrole et gaz)**

par Joel Tekou

Droit et politiques de l'énergie en Afrique subsaharienne : les tendances d'harmonisation

par Joseph Kamga et Atinouké Amadou

**Les partenariats public-privé sont-ils la meilleure solution pour le financement
de projets d'infrastructures dans le secteur de l'énergie en Afrique francophone ?**

par Ramin Hariri, Corinne Cuenca et Ludovic Bernet

Thrones and Dominations: stabilization clauses and national sovereignty

par Yohan Le Peuch et Dr. Richard Austen-Baker

STÉPHANE BRABANT ET SILKE GOLDBERG

L'internationalisation du droit de l'énergie



Maître Stéphane Brabant



Maître Silke Goldberg

Droit international de l'énergie ?

L'énergie est un pilier de toute économie et toute société, et a un impact immédiat au quotidien dans nos vies. En tant que secteur, il s'agit peut-être de l'industrie la plus mondialisée, allant des sociétés pétrolières multinationales avec un portefeuille de projets mondiaux aux exploitants de petits parcs éoliens en passant par des distributeurs locaux, régionaux ou nationaux à travers le monde. Tous les participants de ce marché sont soumis aux lois nationales applicables au lieu de leur activité, mais aussi à un nombre croissant de normes internationales et supranationales qui affectent chaque jour les activités commerciales.

Il peut dès lors paraître surprenant que, lorsque les gens ont commencé de s'interroger sur le terme « droit de l'énergie » au cours de la décennie 1990, pratiquement personne n'a alors évoqué un droit international de l'énergie. Aujourd'hui, cela a complètement changé et le droit de l'énergie est généralement reconnu comme couvrant des domaines tels que la réglementation applicable aux hydrocarbures, aux taxes afférentes, à la production, au transport, à la distribution et à la vente d'électricité et de gaz ainsi que le cadre réglementaire des infrastructures d'électricité et les mécanismes de promotion des énergies renouvelables.

Dans le même temps, du fait de la nature évolutive du secteur et de la mutation des marchés, le droit de l'énergie est dynamique et en constante évolution ; dans une moindre mesure, il en va

de même du droit international. Au cours des dernières décennies, le droit international s'est développé, partant de la « simple » régulation des conflits armés et de la diplomatie pour couvrir aujourd'hui une large variété de domaines et de sujets. Beaucoup de ces domaines spécialisés du droit international ont directement trait à l'énergie. Ainsi par exemple des droits de l'homme, du droit environnemental, du droit relatif au réchauffement climatique, du droit maritime, du droit du commerce international, ou encore du droit des investissements internationaux.

La prise de conscience de l'importance du « droit mou » (soft law), et plus particulièrement de la problématique des droits de l'homme dans le cadre des affaires, s'accroît dans le secteur de l'énergie et illustre à nouveau combien le droit international influence l'industrie. En juin 2011, le Conseil des Droits de l'Homme des Nations Unies a adopté à l'unanimité les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, établissant un point de référence mondial quant au rôle respectif des entreprises et des gouvernements dans la prévention et la lutte contre les risques de conséquences néfastes des activités industrielles sur les droits de l'homme.

Internationalisation au niveau régional : l'exemple européen

A l'échelle internationale comme au sein de l'UE, le droit de l'énergie a connu une augmentation

exponentielle. Le secteur de l'énergie en Europe a rapidement muté au cours des dernières années sous l'influence des politiques de mondialisation, de libéralisation, d'ouverture à la concurrence, de dérégulation, et de renforcement de la réglementation applicable.

Les directives relatives au marché intérieur communautaire et les règlements afférents ont débuté par des questions relativement indolores (transparence et transport transfrontalier) avant de traiter des problèmes fondamentaux que sont les pratiques discriminatoires restreignant le commerce intracommunautaire (Directives 93/38/EC et 94/22/EC relatives à la passation de marchés publics et à la délivrance des autorisations et permis principalement en matière d'eau, d'énergie et d'hydrocarbures), suivis par divers directives et règlements relatifs à la sécurité de l'approvisionnement et par les paquets énergétiques (bourse du carbone, énergies renouvelables, séquestration et au stockage du dioxyde de carbone, économies d'énergie).

La portée géographique de ces instruments communautaires a cru à un rythme également impressionnant, l'UE exportant aussi activement ses lois et politiques énergétiques de manière tant formelle qu'informelle : les Etats parties au Traité sur la Charte de l'Energie se sont engagés à respecter certains principes qui à bien des égards reflètent le droit communautaire de l'énergie à son état embryonnaire. L'étape suivante a consisté en l'adoption du Traité instituant la Communauté de l'Energie, qui impose aux Etats parties de mettre en œuvre de larges pans des acquis communautaires en matière d'énergie.

En plus de fournir un exemple d'une région dotée d'une réglementation énergétique internationale adoptée par ses Etats membres et des institutions supranationales habilitées à interpréter et faire appliquer ces instruments juridiques communs, l'UE est aussi influencée par les tendances observables au plan international. Les exemples les plus remarquables sont les instruments relatifs au réchauffement climatique, repris et améliorés au niveau de l'UE, puis exportés au bénéfice d'un approfondissement de la matière.

En guise de conclusion à ces lignes, on peut

dire que le domaine du droit international est en évolution constante et couvre une multitude de sujets interconnectés qu'il est impossible de traiter dans cette introduction. Pour rendre justice aux diverses spécialisations et aspects du droit de l'énergie, il y aura des articles couvrant de manière détaillée les différents sujets évoqués dans cette brève introduction à ce domaine passionnant.

Stéphane Brabant et Silke Goldberg

Stéphane Brabant est avocat à la Cour et associé du cabinet international Herbert Smith Freehills. Il dirige à Paris l'équipe Energie et Infrastructures du cabinet et, sur le plan mondial, il dirige la pratique Afrique et co-dirige les pratiques Minière, Entreprises et Droits de l'Homme et Gestion de Crise.

Silke Goldberg est une collaboratrice senior au sein du cabinet Herbert Smith Freehills. Partageant son temps entre les bureaux de Londres, Paris, et Berlin, elle est « solicitor » qualifiée en Angleterre et au Pays de Galles ainsi qu'en Irlande, et est spécialisée en droit de l'énergie, notamment au niveau européen.

PAUL LIGNIÈRES ET CÉLINE GAGEY

La globalisation et le droit de l'énergie



Associé au cabinet Linklaters LLP
Docteur en droit



Avocat au cabinet Linklaters LLP

RÉSUMÉ

Si la globalisation a contribué à l'émergence d'une pratique internationale du droit de l'énergie, celle-ci ne s'est pas faite de manière linéaire et sans réactions. A l'instar de la France, nombre d'Etats ont fait preuve d'un interventionnisme mesuré visant à protéger des intérêts aussi bien politiques qu'économiques.

INTRODUCTION

L'énergie est à la base de nos modèles de société. Nécessaire pour se chauffer, s'éclairer, faire fonctionner les appareils domestiques, elle est également primordiale dans l'industrie et l'agriculture. Naturellement, le secteur des services en est aussi dépendant. Les technologies de l'information et de la communication constituent un secteur énergivore : l'économie numérique pèserait maintenant près de 10% de l'électricité produite dans le monde et consommerait déjà 50% d'énergie de plus que le secteur de l'aviation¹.

De ce fait, ce secteur, stratégique par excellence, fait l'objet d'une réglementation souvent détaillée, qui couvre l'ensemble de la chaîne : on retrouve ainsi une réglementation pour la production, le transport et la distribution (et le cas échéant, le stockage et la fourniture) de gaz, de pétrole et d'électricité. En France, cette réglementation a été récemment consolidée dans le Code de l'énergie².

L'évolution du droit de l'énergie illustre le phénomène de globalisation du droit³. Longtemps, les Etats ont exercé un rôle prépondérant dans le secteur de l'énergie, bien souvent au travers de monopoles publics, développant des législations différentes. Néanmoins, comme le rappelle le Professeur Auby, « il n'y a pas de doute sur le fait que la globalisation s'accompagne d'une régression de la puissance économique et politique des Etats. Les décisions de ceux-ci sont de plus en plus enfermées dans des contraintes internationales – mondiales ou régionales »⁴. Depuis une vingtaine d'années, des facteurs de convergence ont ainsi conduit à une certaine internationalisation du droit de l'énergie, à travers notamment le développement des modèles juridiques de libéralisation proches les uns des autres (I). Toutefois, en raison de son caractère stratégique, et de la dimension sociale inhérente au caractère indispensable de l'énergie, l'intervention étatique reste forte et conduit à des

1 Sophie Rahal « Les appareils tech consomment 10% de la production mondiale d'électricité », Les Echos, 21/08/2013 se référant à une étude menée par l'américain Mark P. Mills, PDG du Digital Power Group, cabinet de conseil en énergies.

2 Ordonnance n° 2011-504 du 9 mai 2011 ratifiée par l'article 38 de la loi n° 2013-619 du 16 juillet 2013 portant diverses dispositions

d'adaptation au droit de l'Union européenne dans le domaine du développement durable. Il convient cependant de noter que ce code ne comporte pas de disposition relative à l'énergie nucléaire qui est pourtant la principale source de production d'électricité en France. Ces dispositions se trouvent dans des sources éparses.

3 Sur la globalisation du droit, voir Jean-Bernard Auby, *La globalisation, le droit et l'État*, LGDJ, 2ème édition, 2010.

4 Auby, *op.cit.*, page 136.

facteurs de différenciations nationales dans le droit de l'énergie (II).

I. « LA PRESSION QUE LA GLOBALISATION EXERCE SUR LE DROIT »⁵

La pression que la globalisation exerce sur le droit de l'énergie se manifeste par les pratiques internationales de marché, la libéralisation et la construction européenne et, concernant cette dernière, plus précisément à travers le Marché unique de l'énergie, les règles européennes relatives à la remise en cause des entreprises intégrées (*unbundling*) et également l'application des règles générales du Traité de l'Union européenne relatives aux aides d'Etat.

A. La globalisation par les pratiques du marché

Un des facteurs d'harmonisation du droit de l'énergie passe par la standardisation des contrats en matière d'énergie (*lex mercatoria*). Ainsi, les acteurs du marché de l'énergie, souvent de grandes entreprises internationales, ont des modèles de contrats relativement standards, notamment en matière de contrat d'achat. La référence à ces modèles crée des attentes en matière juridique. Pour qu'un projet soit considéré comme « bancable », il faut bien souvent qu'il soit compatible avec ces standards juridiques. De fait, ils influent souvent sur le secteur, en particulier dans les pays en développement.

Par exemple, la réforme du secteur ivoirien de l'électricité, achevée en décembre 1998, a créé une autorité de régulation qui a vu ses pouvoirs renforcés en décembre 2011. Par ailleurs, des producteurs indépendants d'électricité (IPP) sont apparus pour l'exploitation de centrales thermiques (notamment la centrale d'Azito qui a connu une extension récente)⁶, dans le cadre de contrats de concessions de type BOOT (*build, own, operate and transfer*). Ces contrats correspondent aux standards internationaux et comprennent, notamment, la clause classique de « *take or pay* », par laquelle les producteurs s'engagent à fournir à l'Etat ivoirien une quantité minimale d'électricité, que ce dernier s'oblige à payer, qu'il l'utilise ou non⁷.

5 Auby, op.cit, page 34.

6 Agence nationale de régulation du secteur de l'électricité en Côte d'Ivoire.

7 Stéphane Madou, « Réformes du secteur de l'électricité en Côte

Cette pratique internationale a conduit, en outre, à une prise en compte croissante du droit de l'environnement dans le secteur de l'énergie. Cela implique un grand rapprochement des règles qui, si elles ne sont pas imposées par les réglementations locales, le sont contractuellement. Ici encore, il est assez frappant de constater un certain alignement des réglementations. Ainsi, la plupart des projets d'envergure commencent par des études d'impact et prévoient des mesures compensatoires et de remise en état.

Enfin, le traité sur la charte de l'énergie, conclu en 1994, notamment entre les Etats-membres de l'Union européenne et les anciens pays de l'Union soviétique⁸, qui a pour objet de « promouvoir l'accès aux marchés internationaux des matières premières et produits énergétiques à des conditions commerciales, et de manière générale, développer un marché ouvert et concurrentiel de l'énergie »⁹, contribue également à cette internationalisation du droit de l'énergie.

B. La globalisation par la libéralisation

Le droit de l'énergie a connu d'importantes modifications liées à la vague de libéralisation du marché de l'électricité dans la plupart des pays de l'OCDE ces vingt dernières années. Ce mouvement a conduit à une grande convergence des règles régissant le droit de l'électricité, et plus généralement de l'énergie.

Dans la plupart des pays, jusque dans les années 1990, le secteur de l'électricité se caractérisait par une intégration verticale¹⁰. Ainsi, le plus souvent un opérateur public en situation de monopole opérait sur tous les segments de la chaîne (de la production à la fourniture d'électricité). La libéralisation du marché a débuté à la fin des années 1980 en Angleterre et au Pays de Galles avec l'*Electricity Act* de 1989. Cette réforme traçait déjà les grands axes qui régissent aujourd'hui le secteur de l'électricité dans les pays développés : séparation entre les activités de production et de transport, fin du monopole public et ouverture

d'Ivoire », 2012 [<http://terangaweb.com/reformer-le-secteur-de-lelectricite-en-cote-divoire/>].

8 La Russie ne l'ayant pas ratifié.

9 Traité sur la Charte de l'énergie, 17 décembre 1994, entrée en vigueur le 16 avril 1998, art. 3.

10 A l'exception notable des Etats-Unis et du Japon (Philip Andrews-Speed, « Eight principles of electricity industry reform », *International Energy Law & Taxation Review*, 2001).

à la concurrence, création d'une autorité de régulation. Ainsi, l'*Electricity Act* a mis fin au monopole public de la CEBG en divisant cette entité entre trois producteurs différents et un gestionnaire du réseau de transport.

Les grands principes de la libéralisation, à savoir le démantèlement des monopoles verticalement intégrés, l'accès non discriminatoire aux réseaux de transports pour les producteurs et les fournisseurs, et la création d'une autorité de régulation indépendante, ont également été repris par les différentes directives européennes dans l'optique de créer un marché de l'énergie intégré et libéralisé au sein de l'Union européenne.

C. La globalisation par le Marché Unique européen

Dès 1995, la Commission européenne a tracé les deux grands axes de la politique énergétique¹¹: créer un marché de l'énergie intégré et le libéraliser en augmentant la concurrence. Ces objectifs se sont progressivement concrétisés à travers trois séries de directives européennes.

Les premières directives, dites « premier paquet Energie », sont adoptées en 1996 et en 1998¹². Elles prévoyaient la libéralisation progressive, en trois paliers, du marché de l'électricité et du gaz, tout en laissant une grande marge de manœuvre aux Etats membres pour la transposition des principes dans leur droit interne, afin de tenir compte des particularités de leurs marchés nationaux.

A partir de 2003 a été adopté le deuxième « paquet Energie »¹³ visant à accélérer la libéralisation. Ainsi, le marché de l'électricité devait être libéralisé pour les consommateurs professionnels au 1^{er} juillet 2004. L'ouverture totale à tous les consommateurs finaux, y compris aux clients

résidentiels (particuliers) devait être effective au plus tard au 1^{er} juillet 2007. Par ailleurs, ces directives prévoyaient le principe du service universel : les clients résidentiels et les petites entreprises doivent pouvoir être approvisionnés à un tarif raisonnable sur l'ensemble du territoire. La même année, le législateur communautaire a adopté un règlement visant à harmoniser les conditions d'accès aux réseaux de transport de l'électricité afin de promouvoir les échanges transfrontaliers¹⁴. Un règlement parallèle en matière d'accès aux réseaux de transport de gaz est adopté en septembre 2005¹⁵.

Enfin, en 2009, face au constat de dysfonctionnements du marché, deux nouvelles directives ont abrogé et remplacé les directives de 2003¹⁶. Par ailleurs, ont été adoptés deux règlements modifiant les règlements relatifs à l'accès aux réseaux d'électricité et du gaz et un règlement créant une Agence de coopération des régulateurs de l'énergie pour créer le « 3^{ème} Paquet Energie »¹⁷.

Les Etats membres se sont fixés comme objectif d'achever la mise en place du marché intérieur pour 2014¹⁸. Mais la Commission notait déjà fin 2012 des retards et la nécessité de prendre de nouvelles mesures¹⁹.

D. La globalisation par les règles européennes d'*unbundling*

11 Commission européenne, Une politique de l'énergie pour l'Union européenne, Livre blanc (COM (95) 682) 1995.

12 Directive 92/96 du Parlement européen et du Conseil du 19 décembre 1996 concernant les règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, entrée en vigueur le 20 février 1997 et directive 98/30/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel.

13 Directive 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE et Déclarations concernant les opérations de déclassement et de gestion des déchets et Directive 2003/55/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 98/30/CE.

14 Règlement (CE) n° 1228/2003 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 sur les conditions d'accès au réseau pour les échanges transfrontaliers d'électricité.

15 Règlement (CE) no 1775/2005 du Parlement européen et du Conseil du 28 septembre 2005 concernant les conditions d'accès aux réseaux de transport de gaz naturel.

16 Commission européenne, Rapport sectoriel: Communication de la commission du 10 janvier 2007, Enquête menée en vertu de l'article 17 du règlement (CE) n° 1/2003 sur les secteurs européens du gaz et de l'électricité (rapport final). Directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009, concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE et Directive 2009/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009, concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 2003/55/CE, 2007.

17 Règlement (CE) No 714/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 sur les conditions d'accès au réseau pour les échanges transfrontaliers d'électricité et abrogeant le règlement (CE) no 1228/2003 et Règlement (CE) No 715/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant les conditions d'accès aux réseaux de transport de gaz naturel et abrogeant le règlement (CE) no 1775/2005. Règlement (CE) no 713/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 instituant une agence de coopération des régulateurs de l'énergie.

18 Conseil européen, Conclusions du Conseil européen du 4 février 2011, EUCO/2/1/11 REV 1.

19 Commission européenne, Communiqué de presse du 15 novembre 2012, IP/12/1214

Le troisième paquet « Energie » adopté par le Conseil en septembre 2009 retient le principe du « dégroupage » (*unbundling*), d'un côté des activités de production et de fourniture et, de l'autre, des activités de transport. Ce « dégroupage » peut être effectué selon trois modalités différentes, ce qui tend à significativement rapprocher la structuration du marché du gaz et de l'électricité au sein de l'Union européenne. D'abord, le dégroupage peut résulter d'une séparation patrimoniale totale, c'est-à-dire d'une absence totale de lien de propriété entre, d'une part, les propriétaires d'activités de production et de fourniture et, d'autre part, ceux de transport d'énergie (« *ownership unbundling* »).

Le principe du « dégroupage » peut également s'effectuer par la mise en place d'un gestionnaire de réseau indépendant (« *independent system operator* »). Un gestionnaire de réseau entièrement indépendant des producteurs ou des fournisseurs est désigné par l'Etat et approuvé par la Commission européenne. Cependant, cette indépendance dans la gestion du réseau n'implique pas de séparation patrimoniale complète et la société propriétaire conserve une partie des revenus générés par les réseaux de transport.

La dernière manière d'effectuer le « dégroupage » passe par le maintien des opérateurs de transport indépendants (« *independent transmission operator* »). L'exploitant du réseau de transport reste dans le périmètre de l'entreprise verticalement intégrée mais il doit respecter des obligations d'indépendance et d'autonomie vis-à-vis de l'entreprise de production et de fourniture. Ce dernier mécanisme a été mis en place à la demande de la France et de l'Allemagne qui souhaitaient le maintien de leurs entreprises intégrées.

E. La globalisation par les règles générales du Traité de l'UE

L'Union européenne a fixé en 2009 un objectif ambitieux en matière d'énergies renouvelables : la part des énergies renouvelables dans le bouquet énergétique devra atteindre 20 % en 2020²⁰. Les Etats membres doivent mettre en place des plans d'actions nationaux qui fixent des objectifs nationaux concernant le développement des énergies renouvelables et les mesures qui doivent être prises pour atteindre ces objectifs²¹. Ces plans d'actions sont évalués par la Commission qui peut émettre des recommandations sur ces plans²². Afin d'atteindre ces objectifs, des régimes d'aides nationaux peuvent notamment être mis en place²³. En 2005, la Commission européenne considérait qu'une harmonisation des règles au niveau européen était prématurée²⁴. Dans une communication de 2011, elle indique qu'elle proposera des lignes directrices pour favoriser l'adoption de réformes plus harmonisées après 2014²⁵.

Si les systèmes de soutien aux énergies renouvelables restent établis au niveau national, les règles tendent à converger, notamment du fait du contrôle des aides d'Etat par la Commission européenne. En effet, les dispositifs d'aides doivent être notifiés à la Commission préalablement à leur mise en œuvre afin qu'elle vérifie leur compatibilité avec les règles du marché intérieur. Les aides octroyées sans respecter cette procédure de notification préalable sont illégales et doivent faire l'objet d'une récupération auprès des bénéficiaires, et ce même si la Commission les déclare ultérieurement compatibles avec les règles du marché intérieur.

Ainsi, le dispositif français de soutien à l'énergie éolienne qui fixe des tarifs préférentiels de rachat

20 Directive 2009/28/CE du 26 avril 2009 relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables.

21 Directive 2009/28/CE du 26 avril 2009 relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables, art. 4.

22 Idem, art. 4.

23 Directive 2009/28/CE du 26 avril 2009 relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables, art. 3.

24 Commission européenne, Communication du 7 décembre 2005, relative à l'aide en faveur de l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables, COM(2005) 627 final.

25 Commission européenne, Communication du 31 janvier 2011, Énergies renouvelables: progrès accomplis pour atteindre l'objectif de 2020, SEC(2011) 129 final.

de l'électricité issue de l'énergie éolienne a été contesté par une association d'opposants aux éoliennes (Vent de Colère) devant le Conseil d'Etat en mai 2012 au motif qu'il n'avait pas été préalablement notifié à la Commission européenne. Le litige est toujours pendant et a considérablement affecté le développement du secteur.

II. LES FACTEURS DE DIFFÉRENTIATION NATIONALE LIÉS À L'INTERVENTION DE L'ÉTAT

Les limites de la globalisation du droit de l'énergie illustrent le maintien de la fonction régulatrice de l'Etat que l'on observe ailleurs : « quelles que soient les évolutions, il apparaît que l'Etat demeure de loin le plus apte – voire parfois le seul apte – à assurer certaines fonctions essentielles »²⁶. En outre, la crise permet de constater un « retour sur scène » de l'Etat²⁷.

Or, dans un premier temps, « le développement du droit communautaire a pu laisser penser que le droit national ne trouverait plus à s'appliquer, ni les moyens d'intervention de l'Etat à être mis en œuvre. Le droit de l'Etat, comme une peau de chagrin, a pu sembler céder peu à peu du terrain sous l'effet du rouleau compresseur communautaire »²⁸.

Toutefois, le contexte économique n'a pas été favorable au retrait de l'Etat dans le secteur de l'énergie alors qu'il l'était dans le secteur des télécommunications à la fin des années 90. La raison première est l'augmentation structurelle des prix de l'énergie au niveau mondial alors que la libéralisation du secteur des télécommunications avait été conduite sur fond de baisse significative des prix. L'adhésion des consommateurs a donc fait défaut à l'ouverture des marchés de l'énergie le 1er juillet 2007.

Le secteur de l'énergie est marqué, en outre, par la consolidation des grandes entreprises du secteur au niveau européen : l'actualité fait écho régulièrement d'offres (ou de rumeurs d'offres) publiques d'achat hostiles impliquant les grands acteurs continentaux principalement

allemands, espagnols, français ou italiens. Dans ce contexte, les États – et c'est particulièrement le cas de la France – se présentent comme les principaux garants de la sécurité nationale d'approvisionnement à travers leur soutien aux opérateurs historiques – « champions nationaux » – alors que les interventions communautaires sont principalement orientées en direction de la libéralisation des marchés.

Les interventions de l'Etat français sont ainsi manifestes pour aider les consommateurs face à l'augmentation des prix, mais également pour soutenir l'industrie face à la concurrence.

A. Les interventions étatiques au profit du consommateur : les tarifs règlementés²⁹

1. Les tarifs règlementés actuels

Une des spécificités du droit français est l'instauration de tarifs règlementés de vente (TRV) de l'électricité³⁰.

Les tarifs de l'énergie sont un sujet politique majeur à fort impact électoral. Ainsi, les hausses des TRV se font progressivement et sont souvent des gestes politiques³¹. Le maintien de tarifs socialement acceptables est un véritable enjeu politique, la consommation d'énergie représentant en moyenne 8,1 % des dépenses des ménages, soit, en moyenne, 3200 euros par ménage³².

Par ailleurs, l'énergie comporte également un aspect social important que l'Etat ne saurait ignorer. En effet, le médiateur de l'énergie constate, dans son dernier rapport d'activité, publié en juin 2013, que 11 % des Français reconnaissent avoir rencontré des difficultés pour payer certaines factures d'électricité ou de gaz, et que 42 % des ménages affirment avoir restreint leur chauffage durant l'hiver afin d'éviter des factures trop onéreuses.

Ainsi, la loi Brottes a récemment étendu les tarifs

26 Auby, op.cit, page 140.

27 L'expression est de J.-B. Auby, op.cit, page 140. Sur une étude du "rôle de l'Etat à côté de l'Europe", voir Paul Lignières, *Le temps des juristes - contribution juridique à la croissance européenne*, Essais, Lexis-Nexis, 2012, 1ère partie, pages 40 à 103.

28 Paul Lignières, op. cit., page 42.

29 Pour une étude approfondie, Paul Lignières et Aude Baisecourt, *Nouvelle organisation du marché de l'électricité : l'ouvrage de Pénélope*, *Droit Administratif* n° 8, Août 2011, étude 14.

30 Code de l'énergie, articles L. 337-7 et suivants.

31 Jean-Michel Bezat, « L'illisible libéralisation de l'énergie », *Le Monde*, 13 juillet 2012.

32 Commissariat général au développement durable, *Bilan énergétique de la France pour 2012*, juillet 2013.

sociaux de l'électricité et du gaz³³. Ces tarifs qui représentent en moyenne une réduction de 100 euros par an pour l'électricité et de 150 euros pour le gaz devraient ainsi bénéficier à huit millions de personnes.

Aujourd'hui, on distingue quatre niveaux de tarifs réglementés, les tarifs pour les clients résidentiels (les particuliers) dits tarifs bleus et les tarifs pour les entreprises et sites industriels (dits tarifs jaunes et tarifs verts A et verts B et C). Les tarifs jaunes et verts sont amenés à disparaître d'ici au 31 décembre 2015.

Aux termes de l'article L 337-6 du code de l'énergie, les TRV de l'électricité devront tenir compte progressivement, et d'ici le 31 décembre 2015, du prix d'accès régulé à l'électricité nucléaire historique (ARENH). L'ARENH est le prix auquel les fournisseurs alternatifs d'électricité peuvent acheter l'électricité à EDF pour des volumes déterminés.

Déjà, depuis 2003, les TRV pour les clients résidentiels (tarifs dits bleus) n'ont eu de cesse d'augmenter³⁴. Toutefois, les TRV pour les particuliers ne sont pas limités dans le temps.

En revanche, les tarifs réglementés dont bénéficient les entreprises (tarifs dits jaunes et verts) sont amenés à disparaître progressivement, et devront être supprimés au plus tard le 31 décembre 2015³⁵.

Concernant le gaz, un projet de loi actuellement examiné par le Parlement prévoit la suppression des tarifs réglementés dont bénéficient les clients non domestiques d'ici au 31 décembre 2015³⁶.

2. Le TaRTAM

Un autre tarif réglementé est révélateur de la volonté d'intervention de l'Etat français : le TaRTAM. Le tarif réglementé transitoire

d'ajustement au marché (TaRTAM) a été introduit en 2006 par le législateur français³⁷.

Ce tarif permettait aux entreprises ayant déjà exercé leur éligibilité à changer de fournisseur, de revenir à un tarif réglementé.

Critiqué par la Commission européenne, le TaRTAM devait être initialement supprimé au 31 décembre 2010. Finalement, il ne l'a été qu'à compter de la mise en place effective d'un nouveau tarif réglementé, l'ARENH (l'Accès Régulé à l'Électricité Nucléaire Historique), le 30 juin 2011³⁸. Le Conseil constitutionnel avait en effet estimé qu'une tarification réglementée était compatible avec les directives communautaires de manière transitoire, c'est-à-dire uniquement si le nombre de consommateurs bénéficiant de ces tarifs avait vocation à diminuer « en sifflet »³⁹.

La Commission européenne considérait que les TRV constituaient un obstacle à l'ouverture du marché⁴⁰. D'autre part, en 2007, elle a initié une procédure d'examen au titre des aides d'État contre le TaRTAM. En 2012, la Commission a finalement déclaré que ces tarifs étaient compatibles, sous conditions, avec les règles de l'Union en matière d'aides d'État⁴¹.

B. Les interventions étatiques au profit des producteurs : la politique industrielle

Nous remarquons ailleurs que l'Etat français avait réussi la conduite d'une politique colbertiste dans le cadre européen : « L'Etat, sans chercher à être le meilleur élève de l'Europe mais sous sa surveillance, a construit et maintenu une industrie nationale et européenne »⁴². Le secteur de l'énergie est sans doute l'un de ceux dans lequel cette observation est la plus évidente.

33 Loi n° 2013-312 du 15 avril 2013 visant à préparer la transition vers un système énergétique sobre et portant diverses dispositions sur la tarification de l'eau et sur les éoliennes, partie déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel.

34 Commission de Régulation de l'Énergie, Les Offres de détail, tableau de l'évolution des tarifs pour les Résidentiels.

35 Commission de Régulation de l'Énergie, Les Offres de détail, tableau de l'évolution des tarifs pour les Résidentiels. et Code de l'énergie, articles L. 337-4 et suivants.

36 Amendement adopté en première lecture à l'Assemblée nationale le 7 juin 2013 dans le cadre du projet de loi relatif à la consommation.

37 Dispositions créées par la Loi n° 2006-1537 du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie, article 15 et 16 qui créent les articles 30-1 et 30-2 de la loi n° 2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières.

38 Loi n° 2010-1488 du 7 décembre 2010 portant nouvelle organisation du marché de l'électricité, dite loi NOME, art. 19 ; Décret n° 2011-466 du 28 avril 2011 fixant les modalités d'accès régulé à l'électricité nucléaire historique, art. 12, IV.

39 Conseil constitutionnel, Cahiers du Conseil constitutionnel, 30 nov. 2006, n°2006-543 DC, p. 5.

40 Commission européenne, Communiqué de presse, 12 déc. 2006, IP/06/1768.

41 Commission européenne, Communiqué, 12 juin 2012, IP/12/595. La décision sera publiée ultérieurement sous la référence C17/2007.

42 Paul Lignières, Le temps des juristes, contribution juridique à la croissance européenne, Essais, Lexis-Nexis, 2012, page 101.

1. Le refus de mise en concurrence des concessions hydroélectriques

L'ouverture à la concurrence du secteur de l'énergie hydraulique illustre parfaitement le retard que peut prendre l'administration française pour se conformer à des principes européens d'ouverture de marchés.

L'énergie hydraulique est de loin la première source d'énergie renouvelable en France. Elle représente ainsi presque 12 % de la production totale d'électricité et les trois quart de l'énergie renouvelable⁴³. Le régime juridique de l'hydroélectricité a été fixé par une loi du 16 octobre 1919⁴⁴.

La France a mis en place un régime spécifique caractérisé par l'octroi de concessions. A l'origine, les concessions étaient attribuées pour 75 ans, de gré à gré. Par ailleurs, jusqu'à une modification de la loi en 2010, les concessions hydroélectriques étaient réservées aux entreprises françaises⁴⁵. Enfin, les concessionnaires bénéficiaient d'un droit de préférence lors du renouvellement des concessions qui n'a été abrogé qu'en 2006⁴⁶, à la demande de la Commission européenne qui considérait qu'il s'agissait d'une distorsion de concurrence.

En 1995, un avis du Conseil d'Etat affirme que les concessions hydroélectriques sont soumises à une procédure de publicité et de mise en concurrence prévue par la loi du 29 janvier 1993 (dite loi Sapin)⁴⁷. Toutefois, l'application de cette loi restait largement théorique puisque EDF, qui détient 80% du parc hydroélectrique, bénéficiait d'une dérogation à cette obligation de mise en concurrence en tant qu'établissement public. Depuis 2004 et la transformation d'EDF en société anonyme, cette dérogation ne s'applique plus.

Alors qu'une partie des concessions arrive à échéance (pour 20% du parc hydroélectrique,

les concessions arrivent à échéance d'ici à 2015), et devrait être renouvelée via de nouvelles concessions incluant des redevances sur le chiffre d'affaires au profit de l'Etat et des collectivités locales⁴⁸, se pose le problème de la mise en concurrence. En théorie, le renouvellement des concessions doit dorénavant faire l'objet d'une mise en concurrence.

Ainsi en avril 2010, le gouvernement avait prévu un programme d'appels d'offres sur dix vallées. Mais le dossier a pris énormément de retard. En octobre 2012, Delphine Batho, alors ministre de l'écologie, s'est déclarée opposée à une mise en concurrence. Un rapport sur le sujet doit être remis à la commission des affaires économiques et sociales de l'Assemblée nationale prochainement. Toutefois, les rapporteurs, lors d'un point d'étape en avril 2013, ont fait part de leurs arguments à l'encontre de la mise en concurrence : l'absence d'ouverture à la concurrence dans les autres pays de l'Union européenne, l'impact social, le risque de perte d'emploi et le manque de cohérence des lots définis pour la mise en concurrence. De son côté, la Cour des comptes vient de publier les résultats d'une enquête où elle insiste sur le manque à gagner de l'absence de mise en concurrence sur les finances publiques⁴⁹.

L'ouverture du secteur hydraulique français s'avère donc encore difficile.

2. Les transpositions protectionnistes⁵⁰

La libéralisation du marché de l'énergie au sein de l'Union Européenne a été confrontée à ce que la doctrine appelle la « transposition protectionniste » des directives communautaires⁵¹. Depuis les premiers textes de 1996 relatifs aux télécommunications, à tous égards, l'État français transpose le plus souvent *a minima* : non seulement, il n'ouvre les marchés que dans la stricte mesure de ce qui est imposé par le droit de l'Union européenne, mais il le

43 Réseau de Transport d'Electricité [<http://www.rte-france.com/fr/>].
44 Aujourd'hui codifiée dans le code de l'énergie par l'ordonnance n° 2011-504 du 9 mai 2011 portant codification de la partie législative du code de l'énergie, livre V.
45 Loi du 16 octobre 1919 relative à l'utilisation de l'énergie hydraulique, art. 26, abrogée par la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010, art. 91.
46 Loi n° 2006-1772 du 30 décembre 2006 sur l'eau et les milieux aquatiques
47 Conseil d'Etat, Avis n°357262 du 28 septembre 1995.

48 Loi n°2006-1771 du 30 décembre 2006 de finances rectificative pour 2006, art. 33.
49 Cour des Comptes, Lettre du 21 juin 2013 publiée le 2 septembre 2013, sur le manque à gagner lié à l'absence des nouvelles concessions incluant les redevances sur le chiffre d'affaires.
50 Pour une étude plus approfondie : Paul Lignières et Ruxandra Lazar, « L'énergie en France au 1er juillet 2007, hésitations autour de la libéralisation et de la privatisation », Droit administratif n°8, août 2007, étude 13.
51 Laure Gauthier, « L'accès des tiers au réseau ferroviaire français », AJDA 2003, p. 1441.

fait, en outre, dans l'extrême limite du délai autorisé⁵². En matière d'électricité, un auteur considérait que la transposition de la directive du 19 décembre 1996 est « plus formelle que réelle », au regard du régime d'éligibilité très sélectif et de l'insuffisante indépendance du gestionnaire de réseau⁵³.

De fait, force est de constater que les réformes n'ont pas eu l'effet escompté. Ainsi, malgré la libéralisation du marché de l'électricité depuis le 1er juillet 2007, au 31 mars 2013, 92% des sites restaient aux TRV en électricité, ce qui représente respectivement 68% de la consommation⁵⁴. Toutefois, le rythme d'ouverture du marché continue d'augmenter et pourrait s'accélérer à mesure que les TRV se rapprocheront des prix du marché.

Par ailleurs, il convient de rappeler que si le marché de la fourniture d'électricité est libéralisé depuis le 1er juillet 2007, celui de la production ne l'est que très partiellement. En effet, EDF détient un monopole légal sur la production nucléaire⁵⁵ qui représente presque 75 % du bouquet énergétique⁵⁶.

En conclusion, l'État français a mis en œuvre les politiques de libéralisation le plus souvent *a minima*, parfois en créant une situation de tension avec la Commission européenne, mais il a souvent atteint son objectif, qui était de maintenir le *leadership* des entreprises françaises investies de missions de service public dans leurs domaines respectifs. Là où l'Europe voulait aller vite, l'État français a préféré laisser le temps nécessaire aux entreprises pour se renforcer et se développer dans le cadre favorable du monopole, avant d'affronter la concurrence.

Sans la pression de l'Europe, l'État français n'aurait pas libéralisé, mais c'est la résistance de l'État qui a permis aux champions français du

secteur de l'énergie de parvenir à maturité avant d'être confrontés à la concurrence internationale.

CONCLUSION

L'internationalisation du droit de l'énergie illustre le phénomène de globalisation du droit et ses limites.

Issu de tensions permanentes entre le marché et la réglementation, la libéralisation et l'intervention, l'Europe et l'État, le droit de l'énergie, « ouvrage jamais achevé que le législateur défait et refait avec pragmatisme »⁵⁷, oscille donc toujours et encore entre la pourpre de César et le manteau d'Arlequin⁵⁸.

52 Paul Lignières, « La nouvelle donne des télécommunications en France », JCP E, 1997, suppl. Cahier de droit de l'entreprise, 1.

53 Henri Courivaud, « La loi du 10 février 2000 réalise-t-elle une libéralisation conforme aux objectifs de la directive électricité du 19 décembre 1996 ? », JCPE 29 juin 2000, p. 1029.

54 CRE, Observatoire des marchés de l'électricité et du gaz, 1er trimestre 2013.

55 Article 8 de la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 : « toute installation de production nucléaire, à l'exception des installations propres au Commissariat à l'énergie atomique et aux énergies alternatives et à ses filiales, ne pourra être gérée que par Electricité de France ou l'une de ses filiales ».

56 RTE, Bilan électrique 2012.

57 Paul Lignières et Aude Baisecourt, « Nouvelle organisation du marché de l'électricité : l'ouvrage de Pénélope », Droit Administratif, n° 8, Août 2011, étude 14.

58 Alfred de Musset, La confession d'un enfant du siècle, La Pléiade, page 960, page 66.

ISABELLE VAUGON ET CORINNE CUENCA

La responsabilité sociale des entreprises comme opportunités de développement du secteur de l'énergie



Avocat Associé
au cabinet FIDAL



Avocat au cabinet
FIDAL

RÉSUMÉ

Cet article traite de la responsabilité sociale des entreprises ayant une activité d'exploitation, de transformation ou d'utilisation de diverses ressources dans un environnement mondialisé, qui constitue une opportunité de développement devant être accompagnée par la mise en place d'outils et d'instruments juridiques adéquats.

INTRODUCTION

Les entreprises opérant dans le secteur de l'énergie et notamment les entreprises pétrolières et minières, sont particulièrement confrontées à des risques environnementaux et sociaux et sont de plus en plus invitées, dans un environnement mondialisé, à intégrer dans leur stratégie d'implantation, de développement et d'investissement, les principes de la Responsabilité Sociale des Entreprises (RSE).

En effet, ces principes ont pour objectif une meilleure prise en compte des impacts sociaux et environnementaux des activités des entreprises, pouvant entraîner des risques juridiques (mise en œuvre de la responsabilité civile et pénale, contentieux commerciaux, fermeture de site, perte de licence d'exploitation) et des risques liés à la réputation.

Ces principes de la RSE recouvrent des sujets multiples (protection de l'environnement, respect des droits de l'Homme, lutte contre la corruption...) et relèvent principalement de ce que l'on appelle la « *soft law* » (ou droit souple).

Toutefois, sous l'impulsion notamment des organismes internationaux de financement et

des gestionnaires de fonds ainsi que d'Etats qui adoptent des normes à caractère contraignant, la mise en œuvre d'une véritable politique de RSE va devenir une nécessité pour les entreprises.

Si cette mise en œuvre peut apparaître comme une contrainte, elle constitue néanmoins une opportunité de développement dans la mesure où elle conduit notamment au gain de nouveaux marchés (dans le cadre d'appels d'offres publics et privés), à une meilleure gouvernance interne de l'entreprise et à une gestion optimisée des coûts de production et des risques (par l'anticipation comme par une gestion aisée des différends pouvant survenir dans le cadre d'un projet).

Aussi, après avoir dressé un état des lieux de la RSE (I), il convient de souligner les avantages que présente la mise en œuvre d'une politique de RSE pour les entreprises (II).

I. ETAT DES LIEUX DE LA RSE : DIVERSITÉ DES NORMES ET RÉFÉRENTIELS

La RSE est un concept qui s'est développé aux Etats-Unis dans les années 1970 à l'initiative de la société civile dans le but d'obtenir du

monde économique une meilleure prise en compte des conséquences sociales, sociétales et environnementales des activités des entreprises.

Il n'existe pas de définition généralement acceptée de la RSE qui recouvre des domaines multiples (protection de l'environnement, conditions de travail, lutte contre la corruption, respect des droits de l'Homme, relations avec les communautés locales et les fournisseurs, ...) et qui est fondée sur un corpus de normes et de référentiels internationaux et nationaux, auxquels les entreprises se soumettent volontairement au travers notamment (A) de la mise en place de divers outils comme les codes de conduite et les chartes, et (B) de la soumission de leur organisation interne à des tiers en vue d'obtenir des labels ou certifications.

Les entreprises prennent ainsi des engagements qui vont au-delà des exigences légales et réglementaires, en matière sociale, environnementale et sociétale, en assumant notamment une obligation de diligence (audit préalable et suivi) et de transparence (publication de rapports) vis-à-vis de leurs actionnaires, investisseurs, partenaires (y compris les autorités publiques) et plus largement de la société civile.

A. Diversité des normes et référentiels que les entreprises sont invitées à appliquer volontairement

La plus ancienne norme intergouvernementale définissant des principes de RSE est constituée par les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales de 1976 qui ont été actualisés en 2011¹ afin de les adapter aux évolutions liées à la mondialisation, via notamment l'insertion d'un nouveau chapitre sur les droits de l'Homme et une approche nouvelle de la gestion responsable de la chaîne d'approvisionnement² s'appuyant sur les notions de diligence raisonnable et d'influence.

L'OCDE a mis en place des points de contact nationaux (PCN) dans chaque pays signataire

1 Une mise à jour des principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales a été adoptée le 25 mai 2011 (<http://www.oecd.org/fr/daf/inv/mne/principesdirecteursdelocdealintentiondesentreprisesmultinationales.htm>).

2 Guide OCDE sur le devoir de diligence pour des chaînes d'approvisionnement responsables en minerais provenant de zones de conflit ou à haut risque, deuxième édition, 2013.

qui sont chargés de la promotion de ces principes directeurs et qui organisent des médiations et conciliations lorsqu'ils sont saisis de « circonstances spécifiques » relatives au non-respect desdits principes par une entreprise d'un pays adhérent, quelque soit le pays où l'acte ait été commis, y compris par une filiale ou un fournisseur sur lequel un pouvoir économique peut s'exercer.

Il convient également de citer le Pacte mondial des Nations Unies³, qui est un cadre d'engagement volontaire par lequel des entreprises, associations ou organisations non-gouvernementales, sont invitées à adopter, soutenir et appliquer dans leur sphère d'influence un ensemble de valeurs fondamentales classées en dix principes tirés de conventions internationales, dans les domaines des droits de l'Homme, des normes de travail, de l'environnement et de lutte contre la corruption. Les adhérents doivent attester chaque année de la mise en œuvre effective de ces principes via la publication d'un rapport (« communication sur le progrès », COP) sous peine de radiation. L'initiative a connu un fort développement, totalisant 11 700 adhérents dans plus de 145 pays, dont 7 700 entreprises, au 1er septembre 2013⁴.

Ces principes ont été complétés par les principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme, adoptés en juin 2011 par le Conseil des droits de l'Homme des Nations Unies sur la base des recommandations de John Ruggie visant à mettre en pratique son cadre de référence « protéger, respecter et réparer »⁵.

D'autres normes ou référentiels peuvent être cités, comme la *Global Reporting Initiative* (GRI)⁶ développée notamment par le Programme des Nations Unies pour l'environnement, qui fournit des indicateurs et des standards

3 Kofi Annan, alors Secrétaire général de l'ONU, a évoqué l'idée du Pacte Mondial dans un discours prononcé au Forum économique mondial de Davos le 31 janvier 1999. La phase opérationnelle du Pacte a été lancée au Siège de l'ONU à New York, le 26 juillet 2000 (<http://www.unglobalcompact.org/Languages/french/index.html>).

4 Site français du Pacte Mondial (<http://www.pactemondial.org/les-bonnes-pratiques-des-adherents.html>)

5 Conseil des droits de l'Homme des Nations Unies, « Principes directeurs sur les droits de l'Homme et les entreprises », 2011 ; Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, John Ruggie ; Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme : mise en œuvre du cadre de référence « protéger, respecter et réparer » des Nations Unies, 21 mars 2011.

6 <https://www.globalreporting.org/>

pour l'élaboration des rapports annuels ou de développement durable des entreprises afin de rendre compte du respect des principes de la RSE, avec des déclinaisons sectorielles. La GRI comporte un supplément spécifique au secteur minier (*Mining and Metals*).

S'agissant de ce secteur, de nombreuses initiatives ont donné lieu à l'adoption de référentiels, telles que l'Initiative pour la Transparence des Industries Extractives (ITIE) qui fédère des Etats, des entreprises et des organisations non-gouvernementales, et qui a publié en 2003 des principes dont la finalité est d'accroître la transparence des paiements et revenus dans le secteur des industries extractives⁷. Les Etats signataires s'engagent à rendre publics les montants des revenus liés à l'extraction qu'ils reçoivent et les entreprises les montants versés afin que les populations locales puissent en avoir connaissance. L'ITIE a notamment trouvé un prolongement dans le *Dodd-Frank Act* de juillet 2010 ainsi que dans la nouvelle directive comptable (2013/34/UE) du 26 juin 2013⁸.

Plus généralement, la notion de RSE a été consacrée par l'adoption en septembre 2010 de la norme ISO 26000 intitulée « Lignes directrices relatives à la responsabilité sociale » pour tout type d'organisation (entreprises, collectivités territoriales, associations ...) quelle que soit sa taille ou sa localisation⁹. Cette norme définit la responsabilité sociétale comme la responsabilité d'une organisation vis-à-vis des impacts de ses décisions et de ses activités sur la société et sur l'environnement, se traduisant par un comportement transparent et éthique qui contribue au développement durable, y compris à la santé et au bien-être de la société ; qui prend en compte les attentes des parties prenantes ; qui respecte les lois en vigueur ; et qui est intégré dans l'ensemble de l'organisation et mis en œuvre dans ses relations.

La norme ISO 26000 est aujourd'hui adoptée et mise en pratique dans presque tous les pays du monde¹⁰, ayant donné lieu à de nombreux outils d'évaluation de la qualité de sa mise en œuvre et ayant inspiré nombre d'autres normes de RSE.

Au niveau européen, la Commission Européenne a également œuvré pour l'application des principes de RSE, définie dans un premier temps comme « l'intégration volontaire, par les entreprises, de préoccupations sociales et environnementales à leurs activités commerciales et leurs relations avec leurs parties prenantes », puis, dans le cadre d'une communication du 25 octobre 2011¹¹, comme « la responsabilité des entreprises vis-à-vis des effets qu'elles exercent sur la société », délaissant ainsi toute référence à une démarche volontaire de l'entreprise.

Pour s'acquitter de cette responsabilité, la Commission indique que les entreprises doivent engager un processus destiné à intégrer les préoccupations en matière sociale, environnementale, éthique, de droits de l'Homme et des consommateurs dans leurs activités commerciales et leur stratégie de base, processus qui doit être mené en collaboration étroite avec les parties prenantes tout en respectant la législation en vigueur et les conventions collectives conclues entre partenaires sociaux.

Cette définition correspond à la vision de la RSE défendue par la France depuis la loi relative aux nouvelles régulations économiques (NRE) du 15 mai 2001¹² qui a institué un dispositif de « *reporting* » social et environnemental pour les sociétés cotées, devant rendre compte dans leur rapport annuel de la manière dont elles prennent en compte les conséquences sociales et environnementales de leur activité (« *reporting RSE* »). Ce dispositif a été étendu à certaines sociétés non cotées et aux conséquences sociétales de leur activité par la loi du 12 juillet 2010, dite Grenelle II¹³, et son décret d'application du 24 avril 2012¹⁴.

7 Voir les principes et critères de l'Initiative pour la Transparence des Industries Extractives. La Première Conférence plénière de l'ITIE a eu lieu à Lancaster House à Londres en octobre 2003.

8 Directive 2013/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative aux états financiers annuels, aux états financiers consolidés et aux rapports y afférents de certaines formes d'entreprises, modifiant la directive 2006/43/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant les directives 78/660/CEE et 83/349/CEE du Conseil, 2013.

9 Organisation internationale de normalisation, norme ISO 26000 « Lignes directrices relatives à la responsabilité sociale », 2010.

10 http://www.iso.org/iso/fr/home/about/iso_members.htm

11 Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014 », 2011.

12 Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques.

13 Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement.

14 Décret n° 2012-557 du 24 avril 2012 relatif aux obligations de trans-

B. Renforcement du caractère obligatoire des principes de RSE

L'application des principes de la RSE par les entreprises a été renforcée par l'adoption de dispositifs imposant une obligation de « reporting » et de référentiels de labélisation et de certification, pouvant entraîner des conséquences tant juridiques (mise en œuvre de la responsabilité) qu'en termes d'image pour les entreprises.

Ainsi, au niveau européen, il convient de citer la directive 2013/34/UE du 26 juin 2013 sur les états financiers annuels et consolidés¹⁵ qui prévoit notamment l'obligation pour les grandes entreprises (cotées ou non) actives dans les industries extractives ou l'exploitation de forêts primaires d'établir et de rendre public un rapport sur les paiements (supérieurs à 100.000 euros) effectués au profit des gouvernements des pays dans lesquels elles opèrent, par pays et par projets sur une base annuelle¹⁶. Les Etats membres ont deux ans pour transposer cette directive, qui devrait contribuer à inciter les gouvernements des pays riches en ressources naturelles à mettre en œuvre les principes et critères de l'ITIE et à lutter contre la fraude fiscale et la corruption.

Cette obligation existe également aux Etats-Unis où le *Dodd-Frank Act*¹⁷ s'impose aux compagnies pétrolières, gazières et minières enregistrées auprès de la SEC de révéler publiquement leurs revenus ainsi que les versements, pays par pays, qu'elles effectuent auprès des gouvernements concernés et à prouver, via des enquêtes internes, que les ressources exploitées ou achetées n'alimentent pas un conflit armé.

Au niveau national, il convient de citer la loi « *Sarbanes Oxley* » de 2002 aux Etats-Unis imposant notamment de nouvelles règles sur la transparence financière d'entreprise¹⁸, le *Bribery*

Act au Royaume-Uni sur la lutte contre la corruption active et passive¹⁹, ou encore les lois et décrets adoptés en France sur le « *reporting RSE* » susvisé.

Ainsi, les sociétés cotées et certaines sociétés non cotées françaises doivent indiquer dans leur rapport de gestion la manière dont elles prennent en compte les conséquences sociales, environnementales et sociétales (dialogue avec les parties prenantes) de leurs activités. Les informations contenues dans ce rapport doivent être vérifiées par un organisme tiers indépendant. Un arrêté du 13 mai 2013²⁰ fixe les conditions dans lesquelles cet organisme (dûment accrédité) délivre l'attestation concernant la présence dans le rapport de toutes les informations requises ainsi que l'avis motivé portant sur la sincérité des informations figurant dans le rapport, y compris les explications relatives, le cas échéant, à l'absence de certaines d'entre elles.

Au-delà de l'adoption d'une réglementation nationale, les Etats (notamment en Afrique) exigent de plus en plus des opérateurs qu'ils se conforment, localement, aux principes de la RSE, en les incluant dans les dossiers d'appels d'offres. La RSE constitue en effet un enjeu de développement pour les Etats qui cherchent à promouvoir un développement économique durable et inclusif, dans le respect de l'environnement et des droits sociaux de la population locale, tout en maximisant les retombées locales d'un projet (notamment en termes de formation de la main d'œuvre et d'utilisation des ressources locales).

La mise en œuvre d'une politique de RSE par les entreprises leur permet ainsi d'anticiper et d'encadrer les enjeux environnementaux, sociaux et sociétaux de leur activité et de gagner de nouveaux marchés dans le cadre d'appels d'offres publics mais aussi privés.

Cette mise en œuvre des principes de RSE peut également être imposée en pratique par l'utilisation des critères ESG (environnementaux,

parente des entreprises en matière sociale et environnementale.

15 Voir note de bas de page 8

16 Cf. chapitre 10 « Rapport sur les paiements effectués au profit des gouvernements », articles 41 à 48.

17 Congress of the United States of America, "An act to promote the financial stability of the United States by improving accountability and transparency in the financial system, to end "too big to fail", to protect the American taxpayer by ending bailouts, to protect consumers from abusive financial services practices, and for other purposes", 2010

18 Congress of the United States of America, "An Act to protect investors by improving the accuracy and reliability of corporate disclosures made pursuant to the securities laws, and for other purposes",

2002.

19 United-Kingdom Parliament, "An Act to make provision about offences relating to bribery; and for connected purposes", 2010.

20 Arrêté du 13 mai 2013 déterminant les modalités dans lesquelles l'organisme tiers indépendant conduit sa mission (publié au Journal Officiel du 14 juin 2013).

sociaux et de gouvernance) par les organismes de financement internationaux tels que la Banque Européenne d'Investissement et la Banque Mondiale ou par les banques ayant signé les Principes de l'Equateur²¹. Ces principes constituent un cadre commun pour la prise en compte de critères environnementaux et sociaux dans leurs activités de financement de projet à l'international. Les signataires s'engagent volontairement à ne pas financer de projets qui ne satisfont pas à ces critères.

Enfin, le non-respect des principes de RSE peut impacter le cours de bourse de sociétés cotées qui ont ainsi tout intérêt à appliquer les principes qu'elles se sont volontairement engagées à respecter dans l'implantation et le suivi de leurs projets dans le monde entier (à la suite notamment de la révélation d'une pollution ou de l'utilisation de matières premières provenant de zones de conflit)²².

II. LA RSE : UNE OPPORTUNITÉ DE DÉVELOPPEMENT DEVANT ÊTRE ACCOMPAGNÉE DE LA MISE EN PLACE D'OUTILS ET D'INSTRUMENTS JURIDIQUES ADÉQUATS

La mise en œuvre des principes de la RSE présente des avantages pour les entreprises²³ qu'il convient d'anticiper et d'accompagner par la mise en place d'outils et instruments juridiques adaptés.

Cet enjeu de compétitivité s'entend naturellement dans un environnement mondialisé où l'application de ces principes a non seulement été renforcée pour la majorité des entreprises comme indiqué ci-dessus, mais plus encore est présentée comme un avantage compétitif d'une entreprise par rapport aux autres entreprises du même secteur.

A. Les avantages compétitifs de mise en œuvre d'une politique de RSE, plébiscités par les entreprises qui en ont fait l'expérience

Selon un sondage publié en 2008 par « *Economist*

Intelligence Unit (Canada) »²⁴, mené auprès de 1200 dirigeants d'entreprise dans le monde entier, les six principaux avantages mentionnés étaient : la capacité d'attirer des nouveaux clients ; une plus grande valeur pour les actionnaires ; une rentabilité accrue ; la capacité à gérer les risques ; des produits et des processus de meilleure qualité et, la capacité à recruter des employés de premier choix, qui souhaitent que leur employeur partage des valeurs sociales et environnementales.

Sur la capacité d'attirer de nouveaux clients, une étude réalisée en décembre 2012 par le cabinet d'audit PriceWaterhouseCoopers en collaboration avec l'initiative des Principes pour l'investissement responsable de l'ONU (PRI)²⁵, soulignait que les mauvaises performances environnementales, sociales ou de gouvernance (corruption, transparence et éthique commerciale principalement) d'une entreprise peuvent faire chuter le prix et parfois même empêcher la réalisation d'une fusion/acquisition envisagée. Plus de 80% des répondants ont indiqué avoir déjà réduit leur évaluation d'une entreprise ou arrêté les négociations après avoir observé une performance médiocre sur les aspects ESG, et 63 % ont déclaré prendre en compte systématiquement des critères environnementaux dans les processus de « due diligence » (évaluation pré-transaction), 44 % des critères sociaux et 38 % des critères de gouvernance. Toutefois, l'intégration des facteurs ESG dans les processus de fusions-acquisitions varie selon le secteur concerné, étant moindre notamment dans le secteur minier. Globalement toutefois, les auteurs de l'étude notent un mouvement de standardisation et de formalisation dans ces processus.

En outre, et comme indiqué précédemment, l'application des principes de RSE par les entreprises constitue une opportunité de gagner de nouveaux marchés, de nombreux donneurs d'ordre internationaux et nationaux demandant en effet des informations sur la politique RSE des entreprises répondant à des appels d'offres, comme des entreprises privés dans le cadre des appels d'offre qu'elles mettent en place.

21 Principes de l'Equateur, un référentiel du secteur financier pour l'identification, l'évaluation et la gestion du risque social et environnemental en matière de financement de projet, juillet 2006.

22 Voir par exemple l'étude de Novethic sur le « secteur minier coté et risques ESG » de septembre 2011.

23 Le Premier ministre, Jean-Marc Ayrault, a lancé le 17 juin 2013 une plateforme dédiée à la RSE (http://www.developpement-durable.gouv.fr/spip.php?page=article&id_article=33102).

24 Economist Intelligence Unit, "Global Diversity and Inclusion: Perceptions, Practices and Attitudes", 2008.

25 PriceWaterhouseCoopers, "Responsible Investment: Creating value from environmental, social and governance issues", 2012.

Elle implique une meilleure application des lois du pays d'accueil d'un projet, en imposant de connaître la réglementation relative, notamment, aux conditions d'emploi et de formation de la main d'œuvre locale, à la protection de l'environnement, aux droits des communautés locales et à la sécurisation du foncier et, par conséquent, une meilleure identification des enjeux environnementaux, sociaux et sociétaux auxquels l'entreprise peut être confrontée dans ce pays.

La mise en œuvre d'une démarche RSE permet en outre de rassurer les investisseurs, en contribuant à la sécurisation des investissements, ainsi que les actionnaires et les partenaires de l'entreprise par la mise en œuvre d'une meilleure gouvernance interne, induite par la prise en compte dans la stratégie et la gestion de l'entreprise des principes de RSE sur le long terme.

Elle peut également faciliter l'obtention de financements, les organismes de financement internationaux contrôlant le respect des critères ESG ainsi que certains investisseurs dans le cadre d'une démarche « ISR » (Investissement socialement responsable) d'intégration des critères extra-financiers dans leurs choix d'investissement.

Ainsi, il convient de noter que les principaux investisseurs institutionnels internationaux ont mis en place, avec le soutien notamment du Pacte mondial des Nations Unies, les Principes pour l'Investissement Responsable (PRI) en 2006²⁶. Par la signature de ces principes, les investisseurs institutionnels, sociétés de gestion et gestionnaires d'actifs s'engagent, pour tous leurs investissements (et non seulement les produits ISR) à prendre en compte les critères ESG dans le processus d'analyse et de décision en matière d'investissement ainsi que dans les politiques et pratiques d'actionnaires ainsi qu'à rendre compte de l'activité et progrès dans l'application des PRI.

Il peut être ajouté que la mise en place d'une politique RSE non seulement offre un gain en termes d'image et de réputation pour l'entreprise mais peut être un levier de performance

économique par la réduction des coûts de production, notamment par la réalisation d'économies d'énergie dans le cadre d'une démarche de protection de l'environnement, comme le montre l'étude menée récemment par le cabinet d'audit BDO sur les « Enjeux 2013 de la RSE et du développement durable »²⁷.

Elle constitue également un outil de gestion optimisée du risque de conflits, en permettant d'identifier et d'anticiper les contraintes juridiques et les risques induits par l'implantation et la mise en œuvre d'un projet dans un pays donné et en améliorant les relations avec les autorités et communautés locales (parties prenantes réunies en panels) ainsi qu'un outil de gestion optimisée des différends par la mise en place d'un mécanisme de médiation avec les parties prenantes.

B. La nécessaire mise en place d'outils et d'instruments juridiques adéquats

Afin de ne pas subir les effets d'une réglementation nationale ou de référentiels de RSE qui peuvent apparaître comme une contrainte pour l'entreprise, mais au contraire de bénéficier des avantages compétitifs de la mise en œuvre des principes de la RSE décrits ci-dessus, il est conseillé aux entreprises d'anticiper et accompagner cette démarche par la mise en place d'outils et instruments juridiques adaptés au sein de leur organisation.

Ces derniers permettront, d'une part, d'encadrer les engagements pris par l'entreprise et la responsabilité pouvant en découler pour celle-ci et, d'autre part, d'inscrire l'entreprise dans une démarche de dialogue propice à une relation durable et à l'anticipation et la bonne gestion de ses conflits potentiels avec l'ensemble de ses parties prenantes.

a) Une première étape consiste à définir précisément les principes de la RSE, dans des codes de conduite ou chartes d'entreprise applicables aux dirigeants et salariés de la société et de ses filiales ainsi que dans des clauses de contrats (privés ou de droit public) conclus avec les partenaires de l'entreprise tels que l'Etat, les

26 Organisation des Nations Unies, « Principes pour l'Investissement Responsable », 2006.

27 BDO, « Les Enjeux 2013 de la RSE et du Développement Durable », 2013.

entreprises publiques ou privées, les actionnaires ou encore les sous-traitants afin de sécuriser la chaîne d'approvisionnement. Ces principes pourront également être introduits dans les statuts, les règlements intérieurs du conseil d'administration ou les pactes d'actionnaires afin d'assurer une meilleure gouvernance interne de l'entreprise.

b) Cette étape sera utilement précédée par une identification des pratiques de l'entreprise, au moyen d'un audit et d'études d'impact notamment, des contraintes légales et réglementaires ainsi que des risques sociaux, environnementaux et sociétaux de l'activité de l'entreprise dans son pays d'implantation comme dans les pays dans lesquels elle entend développer un projet.

Ce travail d'analyse préalable permettra ainsi non seulement d'identifier ce qui a déjà été mis en place par l'entreprise et qui pourra s'inscrire dans son *reporting* RSE, mais également de déterminer ce qui devra être mis en place pour améliorer ses performances en la matière.

c) Par la suite, des outils et mécanismes de suivi et de contrôle devront être mis en place conformément à l'obligation de due diligence / vigilance de l'entreprise, tels que la mise en œuvre de missions de « *reporting* » en vue de l'établissement de rapports sur le respect de ces principes, la création de comités internes définissant les actions à mettre en œuvre afin de pallier au dysfonctionnement identifiés dans les rapports et, le cas échéant, le recours à des tiers indépendants pour la vérification des informations sociales, environnementales et sociétales contenues dans lesdits rapports.

d) En outre, pour inscrire la relation de l'entreprise avec les parties prenantes dans la durée mais aussi pour prévenir les risques contentieux parfois très coûteux et préjudiciables à l'image de l'entreprise, il est recommandé dans les grands projets de mettre en place des « panels de parties prenantes » qui permettent d'établir et de maintenir un dialogue avec les autorités et les communautés locales et d'anticiper tout risque de difficultés dans l'implantation et l'exécution du projet au niveau local (tel que le blocage de chantier ou le retrait d'une licence d'exploitation).

Cette mise en place requiert, dans un premier temps, (i) l'identification des parties prenantes et la définition d'un ordre du jour précis, dans un second temps, (ii) la mise en place d'une réunion de dialogue dans un cadre structuré et dirigé par des facilitateurs tiers, neutres, indépendants et aguerris aux techniques nécessaires à la bonne tenue de débats, dans un troisième temps, (iii) la rédaction de comptes rendus sur les points à améliorer comme sur les accords entre les parties et, in fine, (iv) la tenue d'une ou plusieurs réunions de point d'étape permettant de prendre acte des démarches entreprises pour résoudre les questions abordées lors de la réunion initiale.

Ce faisant, cette démarche permettra également à l'entreprise de combler les éventuelles carences de conformité juridique sur certains des sujets abordés et de maîtriser ainsi le risque de mise en œuvre de la responsabilité de l'entreprise.

e) En tout état de cause, pour anticiper tout risque de contentieux éventuel et préserver la bonne exécution du projet, il est recommandé d'insérer dans les contrats des clauses de modes alternatifs de règlement des conflits (« clauses ADR »), prévoyant un mécanisme de gestion des différends par étape (« *remedies* » puis « *escalation process* ») qui favorise une issue amiable des différends en ne renvoyant à l'arbitrage international qu'en dernier recours.

Les entreprises qui en ont fait l'expérience témoignent toutes des avantages considérables dont l'application de cette nouvelle approche de gestion des contentieux leur a permis de bénéficier, en évitant de rompre le contrat en cours d'exécution et d'éviter in fine les procédures contentieuses lourdes et destructrices de valeur pour l'entreprise. C'est ce qui ressort notamment de deux études faites par le cabinet FIDAL en partenariat avec l'*American Association Arbitration* (AAA) publiées en 2009 et en 2013 intitulées « *Dispute-Wise Business Management* »²⁸ – « *Management Optimisé des Litiges* »²⁹.

Les grandes entreprises intervenant dans des projets miniers, pétroliers et d'infrastructures ayant un impact potentiel sur l'environnement

28 Cabinet d'avocats Fidal et American Arbitration Association (AAA), « *Dispute-Wise Business Management* », 2009.

29 Cabinet d'avocats Fidal et American Arbitration Association (AAA), « *Management Optimisé des Litiges* », 2013.

et les populations locales, qui ont amorcé cette nouvelle approche combinée (i) d'anticipation par la mise en place de panels de parties prenantes et (ii) de gestion des litiges par la mise en place de clauses ADR, témoignent toutes des grands avantages qu'elles ont pu en retirer en évitant notamment des contentieux qui par le passé et en l'absence de telles mesures ont pu représenter des surcoûts de plusieurs centaines de millions de dollars non anticipés ni maîtrisés.

f) Enfin, et afin de s'assurer de la bonne compréhension et de la mise en œuvre effective des principes de la RSE définis par l'entreprise, des formations internes seront utilement assurées auprès des équipes managériales comme des équipes juridiques et opérationnelles, sur lesdits principes ainsi que sur les démarches précitées mises en place au sein de l'entreprise.

MARC DREVON

Le maintien en France des tarifs réglementés de vente dans un marché européen intégré du gaz et de l'électricité



Chargé de mission à la
Direction juridique de la
Commission de régulation de l'énergie

RÉSUMÉ

Amorcée en 1996, la libéralisation des marchés européens du gaz et de l'électricité ne s'est pas traduite en France et dans nombre d'autres pays européens par une disparition des tarifs réglementés. Dans le cadre d'une question préjudicielle Federutility e.a. contre Autorità per l'energia elettrica e il gas, la CJUE a énuméré les conditions de validité du maintien de ces tarifs. Cette décision a poussé l'Etat français à refondre ses tarifs

INTRODUCTION

L'Union européenne et la France partagent les mêmes objectifs de sécurité d'approvisionnement, de préservation de l'environnement et de lutte contre l'effet de serre. Un autre objectif réside dans le fait d'assurer un prix de l'énergie raisonnable pour le consommateur final. Ce dernier objectif ne saurait cacher l'opposition qui a pu exister sur les moyens de l'atteindre avec d'un côté une tradition nationale de monopole, d'intégration verticale et d'encadrement des prix de l'énergie au bénéfice du consommateur et de l'autre, la volonté européenne de construire un marché unique et concurrentiel de l'énergie.

L'encadrement des tarifs de l'électricité et du gaz en France trouve son origine dans l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 relative aux prix. Cette réglementation des prix s'est poursuivie sous l'empire de l'ordonnance n° 86-793 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence dont l'article 1^{er} alinéa 2 devenu l'article L. 410-2 du code de commerce dispose que « dans les secteurs ou les zones où la concurrence par les prix est limitée en raison soit de situation de monopole ou de

difficultés durables d'approvisionnement, soit de dispositions législatives ou réglementaires, un décret en Conseil d'Etat peut réglementer les prix après consultation de l'Autorité de la Concurrence »¹. Les tarifs réglementés de vente ont longtemps été consubstantiels au monopole respectif d'EDF et de GDF sur la production, le transport, l'importation et l'exportation de l'électricité et du gaz tel que prévu par la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz.

Sous l'impulsion du droit européen, le marché du gaz et de l'électricité s'est progressivement ouvert à la concurrence. L'objectif de cette ouverture est de permettre l'émergence d'un marché unique européen aboutissant à une convergence des prix des énergies en réseaux.

La directive n° 90/377, 29 juin 1990 instaurant une procédure communautaire assurant la transparence des prix au consommateur final de gaz et d'électricité constitue le prélude de

¹ P. SABLIERE, *Droit de l'électricité*, Dalloz, 2003, p. 135.

cette ouverture. Le premier acte se concrétise avec les directives n° 96/92 du 19 décembre 1996 concernant des règles communautaires pour le marché intérieur de l'électricité et n° 98/30 du 22 juin 1998 concernant des règles communautaires pour le marché intérieur du gaz qui introduisent une ouverture progressive des marchés pour les clients finals gros consommateurs. Cependant ce n'est qu'avec les directives 2003/54 et 2003/55 du 26 juin 2003 qu'aboutit, en droit, l'ouverture des marchés du gaz et de l'électricité. En effet, celles-ci prévoyaient une ouverture totale des marchés à partir du 1^{er} juillet 2007.

Afin de « créer un vrai marché et sécuriser les approvisionnements »², la Commission européenne a proposé un troisième paquet énergie en septembre 2007³. Les propositions de la Commission visaient à :

- dissocier les activités de production et de fourniture, d'une part, et les activités de réseau, d'autre part ;
- harmoniser les compétences des régulateurs nationaux et améliorer leur indépendance ;
- créer une Agence de coopération des régulateurs nationaux de l'énergie ;
- promouvoir la collaboration et les investissements transfrontaliers ;
- accroître la transparence des marchés ; et
- renforcer la solidarité entre les Etats afin d'améliorer la sécurité d'approvisionnement.

Les propositions de la Commission aboutissent avec les directives 2009/72 relative à l'électricité et 2009/73 relative au gaz du 13 juillet 2009.

Alors que selon la Commission européenne, il est désormais temps « d'achever la mise en place du marché intérieur de l'énergie »⁴, le marché français reste dominé par les fournisseurs historiques⁵ et les tarifs réglementés qu'ils sont

seuls à proposer. Ainsi les tarifs réglementés de vente d'électricité représentent 94% du secteur résidentiel et 94% des sites professionnels (moyens et grands) mais seulement 49 % du volume de ces derniers. La situation du marché du gaz est plus contrastée. Ainsi, parmi les clients résidentiels et professionnels raccordés au réseau de distribution, éligibles aux tarifs en distribution publique de GDF Suez sont aux tarifs réglementés de vente :

- 94 % des clients dont la tranche de consommation est située entre 0 et 6 MWh ;
- 88,7 % des clients dont la tranche de consommation est située entre 6 et 300 MWh ; et
- 84,3 % des clients dont la tranche de consommation est située entre 300 MWh et 5 GWh⁶.

Cette domination des tarifs réglementés de vente d'électricité et de gaz en France interroge face à l'ouverture à la concurrence. Notamment, se pose la question d'assurer la synthèse entre maintien des tarifs réglementés de vente et ouverture des marchés de l'électricité et du gaz.

Les tarifs réglementés en France ont fait l'objet de critiques et sont la source de différends, notamment à l'initiative de la Commission européenne ce qui a conduit le gouvernement français à procéder à un changement de paradigme concernant l'électricité.

I. DES TARIFS RÉGLEMENTÉS CRITIQUÉS

Les tarifs réglementés de vente de gaz et d'électricité ont fait l'objet de nombreuses critiques tant au niveau national qu'au niveau européen. Au niveau national, le contentieux devant le Conseil d'Etat s'est focalisé pour l'essentiel sur la question de la couverture des coûts du fournisseur historique par les tarifs réglementés de vente. Au niveau européen, la critique s'est fondée sur deux moyens, à savoir : d'une part sur une mauvaise transposition des directives électricité et gaz et d'autre part, sur une qualification potentielle d'aide d'Etat.

2 Commission Européenne, Europe de l'énergie : Créer un vrai marché et sécuriser les approvisionnements, Communiqué de presse, IP/07/1361, Bruxelles, 19 septembre 2007.

3 Commission européenne, Pour « énergiser » l'Europe, un véritable marché bénéficiant d'un approvisionnement sûr, MEMO/07/361, Bruxelles, 19 septembre 2007.

4 Commission européenne, Il est temps d'achever la mise en place du marché intérieur de l'énergie, Communiqué de presse, IP/12/1214, Bruxelles, 15 novembre 2012.

5 Les fournisseurs historiques sont les fournisseurs présents avant l'ouverture du marché, c'est-à-dire EDF en électricité et GDF Suez et TEGAZ en gaz et les entreprises locales de distribution. Voir CRE, Rapport 2011-2012 sur le fonctionnement des marchés de détail

français de l'électricité et du gaz, janvier 2013.

6 CRE, Rapport 2011-2012 sur le fonctionnement des marchés de détail français de l'électricité et du gaz, janv. 2013, pp. 2-5.

A. Critiques au niveau national

Les tarifs réglementés de vente d'électricité et de gaz sont respectivement prévus par les articles L. 337-4 et suivants et L. 445-1 et suivants du code de l'énergie. En électricité, les tarifs réglementés de vente seront adoptés par arrêté des ministres chargés de l'économie et de l'énergie sur proposition de la Commission de régulation de l'énergie à compter du 7 décembre 2015. Aujourd'hui, la Commission se contente de rendre un avis. En gaz, en revanche, le dispositif pérenne prévoit un simple avis motivé de la Commission de régulation de l'énergie. Les dispositifs des tarifs réglementés sont précisés par deux décrets de 2009⁷.

Le décret relatif à l'électricité précise que les tarifs réglementés se divisent en catégories tarifaires pouvant elles-mêmes être divisées en option et version. Le décret précise que chaque tarif comporte une part fixe (abonnement) et une part proportionnelle lesquelles sont déterminées, notamment, en fonction de la puissance souscrite par l'abonné, de la tension sous laquelle l'énergie est fournie et du mode d'utilisation de la puissance au cours de l'année.

La part fixe et la part proportionnelle doivent permettre de couvrir les coûts de production, les coûts d'approvisionnement, les coûts d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution tels que déterminés par les tarifs d'utilisation des réseaux publics en vigueur, et les coûts de commercialisation ainsi qu'une marge raisonnable.

Le décret « gaz », qui a été récemment modifié⁸, dispose que les tarifs réglementés de gaz comportent une part fixe et une part variable liée à la consommation. Ces tarifs doivent couvrir l'ensemble des coûts d'approvisionnement et des coûts hors approvisionnement. Pour ce faire une formule tarifaire est arrêtée par les ministres chargés de l'économie et de l'énergie après avis de la Commission de régulation de l'énergie.

Ce décret prévoit une formule tarifaire traduisant la totalité des coûts d'approvisionnement en gaz naturel, arrêtée par les ministres chargés de l'économie et de l'énergie, le cas échéant sur proposition du fournisseur, après avis de la Commission de régulation de l'énergie, une méthodologie d'évaluation des coûts hors approvisionnement arrêtée par les ministres susmentionnés, après avis de la Commission de régulation de l'énergie et enfin un arrêté barème.

Les coûts hors approvisionnement comprennent notamment :

- les coûts d'utilisation des réseaux de transport de gaz naturel et, le cas échéant, des réseaux de distribution publique de gaz naturel, résultant de l'application des tarifs d'utilisation des réseaux de gaz fixés par la Commission de régulation de l'énergie ;
- les coûts d'utilisation des stockages de gaz naturel, le cas échéant ;
- les coûts de commercialisation des services fournis, y compris une marge commerciale raisonnable.

On notera que les barèmes peuvent être modifiés par les fournisseurs en y répercutant les variations des coûts d'approvisionnement en gaz naturel, telles qu'elles résultent de l'application de sa formule tarifaire. Cependant, le Premier ministre peut désormais exercer une clause de sauvegarde contre une telle modification de barème. En effet, en cas d'augmentation exceptionnelle des prix des produits pétroliers ou des prix de marché du gaz naturel, sur le dernier mois ou sur une période cumulée de trois mois, le Premier ministre peut après avis de la Commission de régulation de l'énergie, s'opposer par décret à la modification des barèmes par le fournisseur et fixer de nouveaux barèmes. Le décret précise les modalités et le calendrier, qui ne peut excéder un an à compter de son entrée en vigueur, de remise à niveau des tarifs par rapport à la formule tarifaire et de répercussion des montants non perçus durant la période considérée. Il précise les conditions dans lesquelles le fournisseur est autorisé à modifier ses tarifs réglementés jusqu'à

7 Décret relatif aux tarifs réglementés de vente de l'électricité, 12 août 2009, n° 2009-975 et décret relatif aux tarifs réglementés de vente de gaz naturel, 18 déc. 2009, n° 2009-1603.

8 Décret modifiant le décret n° 2009-1603 du 18 décembre 2009 relatif aux tarifs réglementés de vente de gaz naturel, 16 mai 2013, n° 2013-400.

l'intervention d'un nouvel arrêté tarifaire⁹.

Les arrêtés tarifaires ont donné lieu à un volumineux contentieux devant le Conseil d'Etat notamment sur la question de la couverture des coûts¹⁰. Désormais, la jurisprudence du Conseil d'Etat est d'appréhender la couverture des coûts à travers un triptyque temporel se résumant dans le considérant de principe suivant :

« il appartient aux ministres compétents, à la date à laquelle ils prennent leur décision, pour chaque tarif, premièrement, de permettre au moins la couverture des coûts moyens complets des opérateurs afférents à la fourniture de l'électricité à ce tarif, tels qu'ils peuvent être évalués à cette date, deuxièmement, de prendre en compte une estimation de l'évolution de ces coûts sur la période tarifaire à venir, en fonction des éléments dont ils disposent à cette même date, et troisièmement, d'ajuster le tarif s'ils constatent qu'un écart significatif s'est produit entre tarif et coûts, du fait d'une surévaluation ou d'une sous-évaluation du tarif, au moins au cours de la période tarifaire écoulée »¹¹.

Les tarifs réglementés de vente ont également donné lieu à une critique du Conseil Constitutionnel. Par sa décision du 30 novembre 2006, le Conseil constitutionnel a ainsi censuré les II et III des articles 66 et 66-1 de la loi du 13 juillet 2005 ainsi que les termes « non domestiques » du I de ces mêmes articles introduits par l'article 17 de la loi relative au secteur de l'énergie. La saisine avait pour objet de s'opposer à la privatisation de GDF mais le Conseil constitutionnel s'est saisi d'office des dispositions relatives au maintien des tarifs réglementés de vente de gaz et d'électricité.

Ces dispositions avaient pour objet de rendre les tarifs réglementés applicables aux consommateurs non domestiques, dès lors que, sur un site en question, il n'avait pas été fait usage du libre choix de son fournisseur, ainsi que, plus

largement aux consommateurs domestiques. Le Conseil constitutionnel a constaté que l'ensemble des obligations prévues par les dispositions susmentionnées n'étaient pas limitées dans le temps. Il a rappelé par ailleurs, qu'en application de l'article 88-1 de la Constitution que « la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle ».

Le Conseil constitutionnel a censuré ces dispositions au motif qu'elles « méconnaissent manifestement l'objectif d'ouvertures des marchés concurrentiels de l'électricité et du gaz naturel fixé par les directives [2003/54/CE et 2003/55/CE du 26 juin 2003] » en ce que les dispositions susmentionnées « ne se bornent pas à appliquer les tarifs réglementés aux contrats en cours mais imposent aux opérateurs historiques du secteur de l'énergie, et à eux seuls, des obligations tarifaires permanentes, générales et étrangères à la poursuite d'objectif de service public ».

Ce faisant, le Conseil constitutionnel s'est fait écho de la critique par la Commission européenne du maintien des tarifs réglementés de vente.

B. Critiques au niveau européen

Le 4 avril 2006, la Commission européenne rappelant l'importance de « la réalisation d'un véritable marché compétitif de l'Europe »¹² a mis en demeure les Etats n'ayant pas correctement transposé les directives gaz et électricité de 2003 susmentionnées. La Commission a indiqué que l'un des principaux problèmes de transposition résidait dans la persistance de prix réglementés, « notamment au profit des clients éligibles, qui bloquent l'arrivée de nouveaux entrants ».

En 2007, pas moins de 18 Etats disposaient de tarifs réglementés. Cette volonté du maintien des tarifs réglementés dans de nombreux pays semble pouvoir s'expliquer par le fait que si l'ouverture à la concurrence a été décidée dans une période de diminution des prix de l'énergie, sa mise en œuvre s'est réalisée dans une période de renchérissement. En 2011, la Commission demandait au Portugal de modifier son système

9 Décret relatif aux tarifs réglementés de vente de gaz naturel, 18 déc. 2009, n° 2009-1603, Art. 6.

10 Voir CE, 1^{er} juil. 2010, Powéo, n° 321595, CE, 28 juil. 2011, Powéo, n° 317750, CE, 28 juil. 2011, Powéo, n° 321551, CE, 28 juil. 2011, Powéo, n° 328423, CE, 15 fév. 2012, n° 332640, CE, 10 juil. 2012, GDF Suez, n° 353356, CE, 30 janv. 2013, ANODE, n° 363571, CE, 30 janv. 2013, ANODE, n° 352206, CE, 30 janv. 2013, GDF Suez, n° 362165, CE, 24 avr. 2013, Powéo, n° 352242.

11 Voir Matthieu SCHLESINGER, « Contentieux de l'énergie. La fixation des tarifs réglementés et le juge des marchés régulés », Revue juridique de l'économie publique, n° 703, déc. 2012, étude n° 8.

12 Commission européenne, La Commission attaque les états membres n'ayant pas ouvert correctement leurs marchés de l'énergie, Communiqué de presse, IP/06/430, Bruxelles, 4 avr. 2006.

de prix réglementés qui obligeait les fournisseurs de gaz naturel à appliquer des prix réglementés à toutes les petites et moyennes entreprises et à tous les ménages sans prévoir de mécanisme de levée progressive de l'obligation, ni de réexamen périodique de la nécessité de la mesure¹³.

Selon un rapport du CEER¹⁴, en janvier 2012, près de 14 pays européens disposaient de tarifs réglementés dans le secteur de l'électricité et 15 disposaient de tarifs réglementés dans le gaz. Les secteurs pouvant bénéficier de ces tarifs réglementés variaient beaucoup en fonction des Etats et le nombre de bénéficiaires également. Ainsi, dans la plupart des Etats disposant de tarifs réglementés d'électricité, si les petites entreprises pouvaient en bénéficier, seuls quatre Etats ouvraient le droit à ces tarifs aux industries électro-intensives et dans des proportions diverses. Par ailleurs, le rapport du CEER, illustre que si la plupart des Etats envisagent de mettre un terme aux tarifs réglementés de vente de l'électricité, les modalités de suppression sont plus ou moins abouties. Au contraire, les Etats concernés semblent vouloir maintenir des tarifs réglementés de vente de gaz dans un avenir proche¹⁵. En juin 2013, la Commission a saisi la CJUE d'un recours contre la Pologne concernant les prix réglementés du gaz applicables aux entreprises.

Dès décembre 2006, la Commission adressait à la France ainsi qu'à quinze autres Etats-membres un avis motivé¹⁶. Au même moment, en France, la loi n° 2006-1537 du 7 décembre 2006 susmentionnée a introduit le dispositif de tarif réglementé transitoire d'ajustement au marché (TaRTAM). Le TaRTAM avait pour objet de permettre aux entreprises ayant choisi une offre de marché en électricité et subissant la forte augmentation des prix de revenir à un tarif administré moins

cher que le prix de marché, tout en restant plus onéreux que les tarifs réglementés de vente.

Le TaRTAM illustre la manière dont les tarifs réglementés de vente ont pu être utilisés comme moyen de protection des consommateurs finals contre les hausses des prix de marché. Le constat par le Conseil d'Etat de l'absence de couverture des coûts du fournisseur par certains arrêtés tarifaires conforte cette analyse.

Le 13 juin 2007, la Commission européenne a ouvert une enquête sur les tarifs réglementés de l'électricité en France pour aides d'Etat¹⁷ laquelle a été étendue le 10 mars 2009 pour prendre en compte la prolongation du TaRTAM¹⁸. La Commission a précisé que ces enquêtes n'avaient pas pour objet les tarifs « bleus » applicables aux consommateurs résidentiels et aux petites entreprises. La Commission a analysé l'existence d'un élément d'aides d'Etat au profit des clients non résidentiels bénéficiant du TaRTAM ou des tarifs réglementés de vente. Elle a constaté que le Gouvernement français lui-même admettait que le TaRTAM, et donc *a fortiori* les tarifs réglementés, offrait un prix plus avantageux que le prix de marché. L'analyse de la Commission a confirmé cet avantage, en moyenne, pour les catégories de clients bénéficiant des tarifs réglementés de vente et de retour pour les catégories vertes et jaunes.

La Commission a par ailleurs observé que l'avantage était *de facto* sélectif dans la mesure où, lié à la consommation d'électricité, il profitait en premier lieu aux entreprises « electro-intensives » et que cet avantage n'était pas proportionnel au volume d'électricité consommé.

Concernant les tarifs réglementés de vente, la Commission a noté que leur imputabilité à l'Etat ne faisait pas de doute et que dans la mesure où EDF et la majorité des autres fournisseurs fournissant les tarifs réglementés étaient contrôlés par l'Etat, les tarifs réglementés devaient être considérés comme financés par une ressource d'Etat.

13 Commission européenne, Energie : la Commission demande au Portugal de modifier son système de prix réglementés pour l'utilisateur final, au nom de la liberté de choix et de la protection des consommateurs, communiqué de presse, IP/11/590, Bruxelles, 19 mai 2011.

14 Le CEER ou Conseil des régulateurs européens de l'énergie (en anglais Council of european energy regulator), est une association des régulateurs nationaux de l'énergie.

15 CEER, Status Review of Customer and Retail Market Provisions from the 3rd Package as of 1st Jan. 2012, ref:C12-CEM-55-04, 7 nov. 2012, pp. 46-52.

16 Commission Européenne, La Commission poursuit les Etats membres n'ayant toujours pas ouvert correctement leurs marchés de l'énergie, Communiqué de presse, IP/06/1768, Bruxelles, 12 déc. 2006.

17 Voir JOUE, C 164, Vol. 50, 2007/C164/05, 18 juillet 2007.

18 Commission européenne, Aides d'Etat: la Commission étend son enquête sur les tarifs réglementés de l'électricité en France, communiqué de presse, IP/09/376, Bruxelles 10 mars 2009. Voir aussi loi de modernisation de l'économie, 4 août 2008, n° 2008-776, art. 166 : (prolongation du TaRTAM au 1er juillet 2010).

Concernant, le TaRTAM, le constat a été encore plus aisé puisqu'il était financé par deux contributions imposées par l'Etat, que celles-ci étaient versées auprès d'un organisme désigné par l'Etat et que le bénéfice de ces contributions revenait à certaines entreprises conformément à une mesure définie par l'Etat.

Enfin, la Commission a considéré que « l'impact sur les échanges de tels régimes peut être présumé puisque la plupart des activités économiques font l'objet d'échanges entre Etats membres ».

La Cour de justice de l'Union européenne a eu l'occasion de préciser la possibilité pour un Etat-membre de réglementer les prix du gaz¹⁹ étant entendu qu'un raisonnement identique peut être mené en électricité. Il s'agissait d'une question préjudicielle du *Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia* portant sur l'interprétation de la directive 2003/55/CE du 26 juin 2003 dans le cadre d'un différend entre notamment Federutility à l'*Autorità per l'energia elettrica e il gas* concernant les « prix de référence » pour la fourniture du gaz naturel.

La Cour, interprétant les articles 3 paragraphe 1 et 3 paragraphe 2 de la directive susmentionnée, a confirmé le droit pour les Etats membres d'intervenir sur le prix de fourniture tout en rappelant qu'il découle de la finalité même de la directive que le prix de fourniture du gaz naturel devrait, à compter du 1^{er} juillet 2007 être seulement fixé par le jeu de l'offre et de la demande. Elle a soumis néanmoins cette possibilité à plusieurs conditions :

- cette intervention étatique doit poursuivre « un intérêt économique général consistant à maintenir le prix de gaz naturel au consommateur final à un niveau raisonnable » ;
- elle doit être limitée dans le temps et dans son champ d'intervention à ce qui est strictement nécessaire à la satisfaction de l'objectif d'intérêt général considéré, afin de respecter le principe de proportionnalité ; et
- elle doit être clairement définie, transparente, non discriminatoire et contrôlable.

Ces critères sont repris par la Commission

19 CJUE, 20 avr. 2010, Affaire C-265/08 Federutility e.a. contre Autorità per l'energia elettrica e il gas.

européenne dans son avis complémentaire du 31 mai 2012 concernant les tarifs réglementés de gaz en France²⁰. Ainsi la Commission considère que la législation française ne répond pas à la nécessaire limitation dans le temps des tarifs réglementés de vente, ni au caractère proportionné dans la mesure où les tarifs réglementés bénéficient à tous les consommateurs non résidentiels, indépendamment de leur taille et de leur situation.

Les procédures initiées par la Commission européenne, ont conduit la France à renouveler sa législation concernant les tarifs réglementés, notamment dans le domaine de l'électricité.

II. LE RENOUVEAU DES TARIFS RÉGLEMENTÉS

La défiance des autorités européennes à l'égard des tarifs réglementés de vente n'a pas conduit à leur disparition. Le maintien de ceux-ci dans le domaine de l'électricité est passé par l'instauration d'un tarif régulé au profit des fournisseurs en électricité.

Ce mécanisme, est inédit en Europe et répond à la spécificité française de bénéficier d'un parc nucléaire prépondérant dans la génération d'électricité. Ce mécanisme permet ainsi de concilier la compétitivité du parc nucléaire français et les exigences européennes. Les bénéfices sur l'ouverture à la concurrence en France de ce nouveau tarif réglementé pour les fournisseurs alternatifs pourront être appréciés à l'occasion du prochain rapport de surveillance des marchés de détail de la CRE.

A. L'introduction d'un tarif régulé pour les fournisseurs

Face à l'insistance de la Commission européenne concernant les tarifs réglementés de vente d'électricité et le TaRTAM, les ministres chargés de l'énergie et de l'économie ont confié à une commission présidée par M. Paul Champsaur, le soin de rédiger un rapport concernant la manière, compte tenu de la structure particulière du marché de l'électricité français, de s'assurer d'une ouverture de la concurrence au bénéfice du

20 Commission européenne, Marché du gaz de l'UE : La Commission demande à la France de réviser son système de prix réglementés pour les consommateurs non résidentiels, Communiqué de presse, IP/12/542, Bruxelles, 31 mai 2012.

consommateur final²¹.

Le « rapport Champsaur » adressé aux ministres le 24 avril 2009, part du constat que le parc de production d'électricité français est très compétitif du fait de l'investissement massif dans la filière nucléaire et hydraulique²² alors que le prix de marché « est fixé par la plus chère des unités de production nécessaire pour satisfaire la demande »²³. Or ce prix de marché ne permet pas de traduire la compétitivité du parc français. L'objectif du rapport était de permettre que les prix de marchés en France reflètent les avantages compétitifs du parc de production nucléaire tout en assurant une réelle concurrence sur le marché de l'électricité en France.

Pour répondre à ces objectifs *a priori* divergents, la loi n° 2010-1488 du 7 décembre 2010 portant nouvelle organisation du marché de l'électricité, suivant les préconisations du rapport Champsaur, a mis en place un accès régulé à l'électricité nucléaire historique (ARENH)²⁴ au bénéfice des fournisseurs alternatifs fournissant des clients finals en France tout en maintenant les tarifs réglementés pour les petits consommateurs.

Le dispositif consiste à offrir à ces fournisseurs un accès à des conditions économiques équivalentes à celles résultant pour Electricité de France de l'utilisation de ses centrales nucléaires historiques pour un volume proportionné en fonction de la consommation de leurs clients finals situés sur le territoire métropolitain continental. L'ARENH permet donc « d'abord aux concurrents d'EDF de bénéficier d'électricité nucléaire à un prix régulé, permettant à la fois le développement de la concurrence et la couverture de tous les coûts liés au parc nucléaire historique »²⁵.

On notera que les principes de la loi NOME avaient été exposés par le Gouvernement aux commissaires européens Neelie Kroes et Andris

Pieblags. Ces derniers les avaient accueillis favorablement : reconnaissant la particularité du marché de l'électricité français, ils ont considéré que le dispositif ARENH était de nature « à fournir un levier de grande ampleur en faveur de la concurrence, propre à assurer un reflet des coûts du parc électro-nucléaire historique dans les prix de détail »²⁶. Les commissaires ont même admis un abandon des procédures de la Commission après adoption de la loi et sous condition de la disparition du TaRTAM en 2010 et des tarifs réglementés de vente pour les grandes et moyennes entreprises en 2015²⁷.

Finalement, le 12 juin 2012²⁸, la commission européenne a annoncé qu'elle validait les aides présentes dans les tarifs réglementés de l'électricité en France sous réserve des conditions suivantes : « (i) l'introduction d'un accès régulé des concurrents à l'électricité nucléaire du parc historique de l'entreprise EDF (ARENH) sous la limite d'un plafond de 100 térawattheure ; (ii) le maintien du prix de l'ARENH à son niveau actuel de 42 euros par MWh jusqu'à l'approbation par la Commission d'un projet de méthodologie à soumettre par la France pour en fixer le prix ; (iii) l'orientation progressive vers les coûts chaque année après l'été 2012 puis la disparition effective des tarifs standards verts et jaunes fin 2015 ».

Cependant, comme indiqué précédemment, concernant les tarifs réglementés de gaz, la Commission européenne a demandé à la France de réviser son système pour les consommateurs non résidentiels, indiquant que si la France ne se conformait pas à ses obligations légales dans un délai de deux mois, la Commission pourrait saisir la Cour de justice²⁹.

B. La survie des tarifs réglementés

21 Paul CHAMPSAUR (prés.), Rapport de la Commission sur l'organisation du marché de l'électricité, avr. 2009, Annexe 1.

22 La filière nucléaire représentait au 31 décembre 2011 77,6% de la part de l'électricité produite et la filière hydraulique 9,3%. CRE, Le fonctionnement des marchés de détail français de l'électricité et du gaz naturel - Rapport 2011-2012, 18 fév. 2013, tableau n° 14.

23 Paul CHAMPSAUR (prés.), Rapport de la Commission sur l'organisation du marché de l'électricité, avr. 2009, p. 5.

24 Voir Code de l'énergie, art. L. 336-1 et s. et art. L. 337-13 et s.

25 Jean-Claude LENOIR, Rapport fait au nom de la commission des affaires économiques, sur le projet de loi portant nouvelle organisation du marché de l'électricité, n° 2451, p. 8.

26 Neelie KROES & Andris PIEBALGS, courrier du 15 sept. 2009 à l'attention de F. Fillon Premier ministre.

27 Le TaRTAM n'a finalement disparu qu'à compter du 1^{er} juillet 2011, date de mise en œuvre de l'accès régulé à l'électricité nucléaire historique conformément aux dispositions de l'article 30-1 I de la loi n° 2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières tel que modifié par l'article 19 de loi n° 2010-1488 du 7 décembre 2010 portant nouvelle organisation du marché de l'électricité.

28 Commission Européenne, Aides d'Etat: La Commission valide sous conditions les aides présentes dans les tarifs réglementés de l'électricité en France, Communiqué de presse, IP/12/595, Bruxelles 12 juin 2012.

29 Commission européenne, Marché du gaz de l'UE : La Commission demande à la France de réviser son système de prix réglementés pour les consommateurs non résidentiels, Communiqué de presse, IP/12/542, Bruxelles 31 mai 2012.

En dépit de ce qui précède, les tarifs réglementés de vente n'ont pas disparu de la législation française.

Tout d'abord, en vertu des dispositions de l'article L. 337-7 du code de l'énergie, les tarifs réglementés de vente d'électricité sont pérennisés pour les petits consommateurs résidentiels et les petites entreprises. Par ailleurs, les tarifs réglementés sont également pérennisés pour tous les sites situés dans les zones non interconnectées au réseau métropolitain continental³⁰.

Concernant les consommateurs, dont la puissance souscrite est supérieure à 36 kilovoltampères, le bénéfice des tarifs réglementés de vente est maintenu jusqu'au 1^{er} janvier 2016 avec une subtilité concernant la réversibilité, c'est-à-dire la capacité de revenir aux tarifs réglementés. Ainsi, les gros consommateurs qui n'ont jamais exercé leur éligibilité pour un site donné, c'est-à-dire qui n'ont jamais contracté une offre de marché, continue de bénéficier de ces tarifs pour ces sites jusqu'au 1^{er} janvier 2016.

Concernant ces mêmes consommateurs qui ont exercé leur éligibilité avant le 7 décembre 2010, ils ne peuvent plus bénéficier des tarifs réglementés tandis que ceux qui ont fait usage de leur éligibilité après le 7 décembre 2010 peuvent retourner aux tarifs réglementés à la double condition d'avoir été pendant au moins une durée d'un an en offre de marché et de souscrire pour une durée équivalente une offre aux tarifs réglementés de vente³¹.

Ce maintien des tarifs réglementés de vente, transitoire pour certaines hypothèses, accompagne également d'un changement de paradigme dans leur construction. Ainsi les tarifs réglementés de vente évoluent, progressivement d'une logique de couverture des coûts comptables d'EDF vers une méthode d'« additionnalité » des coûts. Ainsi au terme de l'article L. 337-6 du code de l'énergie, les tarifs réglementés de vente doivent tenir « compte de l'addition du prix d'accès régulé à l'électricité nucléaire historique, du coût du complément à la fourniture d'électricité qui inclut la garantie

de capacité, des coûts d'acheminement de l'électricité et des coûts de commercialisation ainsi que d'une rémunération normale ». L'objectif de cet article est de rendre les tarifs réglementés d'électricité contestables par les fournisseurs alternatifs conformément aux préconisations du rapport Champsaur³².

Lors de l'examen de la loi NOME par la commission des affaires économiques, il a été retenu que l'alinéa 7 de l'article 4 du projet de loi, aujourd'hui l'article L. 337-6 du code de l'énergie devait permettre la disparition du « ciseau tarifaire » et par conséquent améliorer la concurrence³³. Le rapport « Champsaur 2 » indique par ailleurs que ce dispositif permettra aux fournisseurs alternatifs de contester les tarifs réglementés³⁴.

Ainsi le maintien des tarifs réglementés de vente d'électricité s'accompagne néanmoins d'un changement important dans leur construction et dans leur objectif puisque l'on passe d'un objectif unique de couverture des coûts à un objectif de contestabilité. Le Conseil d'Etat conforte cette interprétation dans sa décision du 24 avril 2013 où il indique que « le législateur a entendu organiser, sur une période transitoire de cinq ans s'achevant le 31 décembre 2015, une convergence tarifaire propre à résorber l'écart structurel existant, pour des raisons historiques qui tiennent à l'économie générale du marché de l'électricité en France, entre le niveau des tarifs réglementés de l'électricité et les coûts de fourniture de l'électricité distribuée à un tarif de

32 Paul CHAMPSAUR (prés.), Rapport de la Commission sur l'organisation du marché de l'électricité, avr. 2009, p. 18 : « le niveau de ces tarifs [réglementés de vente] doit être tel qu'il permette à la concurrence d'élaborer des offres compétitives basées sur l'approvisionnement par un accès régulé à la production en base [ARENH] ».

33 Jean-Claude LENOIR, Rapport fait au nom de la commission des affaires économiques, sur le projet de loi portant nouvelle organisation du marché de l'électricité : « garantit la disparition du ciseau tarifaire. Il substitue au mode de construction actuel des tarifs réglementés de vente un nouveau mode, qui conduira à additionner le prix de l'accès régulé à la base, du coût de complément de fourniture, du TURPE, des coûts de commercialisation et d'une rémunération normale... Autrement dit, tous les fournisseurs alternatifs auront la possibilité effective de concurrencer les tarifs réglementés proposés par EDF ».

34 Paul CHAMPSAUR (prés.), Bruno DURIEUX et Jacques PERCEBOIS, Rapport de la commission sur le prix de l'accès régulé à l'électricité nucléaire historique (ARENH), Mars 2011, p. 4 : « La construction des tarifs réglementés par addition, en 2015, le prix de l'ARENH et le tarif réglementé « bleu » pour les petits consommateurs domestiques et professionnels seront cohérents. Cette condition permettra aux fournisseurs alternatifs de « contester » l'ensemble des segments de clientèle. C'est une disposition essentielle de la loi NOME ».

30 Code de l'énergie, art. L. 337-8.

31 Code de l'énergie, art. L. 337-9.

marché ».

Concernant les tarifs réglementés de vente de gaz, les textes français sont plus conservateurs puisque ceux-ci sont maintenus pour toutes les catégories de consommateurs, étant entendu que si les petits consommateurs³⁵ bénéficient d'une réversibilité pérenne, les gros consommateurs ne peuvent bénéficier des tarifs réglementés de vente uniquement pour les sites faisant encore l'objet de ces tarifs³⁶. Cependant dans le domaine du gaz, comme l'indique l'Autorité de la concurrence, les fournisseurs alternatifs sont en mesure de contester les tarifs réglementés puisqu'ils peuvent bénéficier de contrats d'approvisionnement compétitifs³⁷.

L'Autorité de la Concurrence dans son avis n° 13-A-09 du 25 mars 2013 concernant un projet de décret relatif aux tarifs réglementés de vente de gaz naturel a néanmoins constaté que le « maintien des tarifs réglementés en France a une influence défavorable sur le fonctionnement de la concurrence sans pour autant contribuer positivement à la compétitivité des entreprises françaises et au pouvoir d'achat des ménages ». Se faisant l'écho de la Commission européenne, et même allant au-delà, elle a invité le Gouvernement à supprimer progressivement l'ensemble des tarifs réglementés de vente de gaz.

Afin de mettre un terme au contentieux engagé par la Commission européenne en 2006, le Gouvernement a introduit un amendement³⁸ au projet de loi relatif à la consommation visant à supprimer progressivement les tarifs réglementés de vente de gaz pour certaines catégories de consommateurs non domestiques.

Sous toutes réserves, ces dernières évolutions des tarifs réglementés devraient permettre à la France de mettre définitivement un terme aux poursuites de la Commission.

35 Une consommation inférieure à 30 000 kilowattheures par an.

36 Code de l'énergie, art. L. 445-4.

37 Avis de l'Autorité de la concurrence n° 13-A-09 du 25 mars 2013 concernant un projet de décret relatif aux tarifs réglementés de vente de gaz naturel, n° 25 : « ils (les fournisseurs alternatifs) peuvent conclure des contrats d'approvisionnement à des niveaux de prix plus compétitifs que ceux des contrats de long terme conclus par le fournisseur historique ».

38 Amendement CE506 au projet de loi relatif à la consommation, n° 1015 déposé à l'Assemblée nationale le 2 mai 2013 créant l'article 11 bis. Voir tout particulièrement l'exposé des motifs.

JOËL TEKOU TENE

L'opposabilité de la clause de stabilisation dans les contrats d'investissements internationaux d'énergie (mines, pétrole et gaz)



Juriste d'Affaires Internationales et des Transports
Student member de l'Association Internationale des Négociateurs Pétroliers (AIPN) et
Membre du Centre Africain de Recherches sur les Politiques Énergétiques et Minières (CARPEM).

RÉSUMÉ

Cette contribution est une étude de la clause de stabilisation dans sa mise en œuvre et sa force juridique à l'égard des parties ; notamment, à l'égard de l'Etat hôte. Présenté pendant longtemps dans les contrats d'investissements internationaux comme une garantie face aux aléas législatifs et réglementaires, ce type de clauses connaît aujourd'hui un relatif succès assis sur la faculté ou non des États à pouvoir en écarter l'application. Par ailleurs, le fait qu'elle soit maintenant considérée comme une caractéristique standard d'un environnement favorable à l'investissement, avec une portée et une durée étendues, soulève de nombreux doutes quant à son objectif actuel. Il s'avère donc nécessaire pour son efficacité et sa neutralité de prendre en compte de nouveaux enjeux et d'accroître son renforcement par des mécanismes juridiques complémentaires..

INTRODUCTION

Dans le domaine énergétique, précisément dans le secteur minier et pétrolier, les investissements étrangers sont caractérisés par la présence d'importants capitaux et une longue durée de vie des contrats internationaux, généralement de 20 à 30 ans (allant de la phase d'exploration, de production, de transport, jusqu'au stockage, à la distribution)¹. De ce fait, ils sont en proie à de nombreux risques contre lesquels les investisseurs cherchent à se prémunir, qu'ils s'agissent des risques politique, économique, juridique, notamment présents dans les pays en voie de développement, principaux États pourvoyeurs² de ressources en énergie.

De façon générale, dans les contrats commer-

ciaux internationaux, on retrouve des clauses spécifiques pour la sécurisation des accords : clause de hardship, clause d'arbitrage, clause de force majeure ou d'imprévisibilité³, entre autres. Mais plus particulièrement, il ressort dans les contrats d'investissements, des clauses dites de « stabilisation » ayant pour principal objectif de protéger les sociétés multinationales contre les aléas législatifs et réglementaires⁴. « La clause de stabilisation » a été conçue entre les deux guerres mondiales, par les sociétés pétrolières américaines, voulant se prémunir contre les risques de nationalisation par les États d'Amérique latine, producteurs de pétrole.

1 Piero Bernardini, « Stabilization and Adaptation in Oil and Gas Investments », *Journal of World Energy Law & Business*, 2008, Vol. 1, No. 1

2 Principalement les pays d'Afrique qui détiennent le tiers des ressources mondiales, l'Amérique latine et les Emirats arabes.

3 Voir en ce sens Bertrand Montembault, « La stabilisation des contrats d'état à travers l'exemple des contrats pétroliers : Le retour des dieux sur l'Olympe ? », *RDAI/IBLJ*, N°6, 2003, p. 596

4 Elle fait partie des clauses limitant l'exercice des pouvoirs de la puissance publique (il s'agit de garantir la protection du partenaire privé contre les modifications unilatérales des contrats par l'Etat : clause de stabilisation et clause d'intangibilité).

En effet, cette clause est une disposition contractuelle par laquelle l'Etat hôte consent à ne pas user de sa souveraineté législative pour changer les termes du contrat à la suite d'une loi adoptée ultérieurement. Il s'agit d'une tentative de maintenir le contrat sous la loi en vigueur au moment de sa conclusion⁵, et l'Etat s'engage ainsi à ne pas changer les conditions d'exécution du contrat par l'application de nouvelles lois.

Ces clauses sont d'autant plus efficaces qu'elles sont souscrites par l'Etat d'accueil lui-même ou avec son accord. Son objet n'est donc pas d'attribuer à une partie la charge d'un éventuel changement législatif pénalisant pour l'investisseur ou d'en effacer les conséquences dommageables, mais de créer au bénéfice de ce dernier, un cadre juridique *ad hoc*, régime exceptionnel que seul un cocontractant bénéficiant de la personnalité juridique internationale⁶ peut lui accorder. Rendre opposable, ou mieux, appliquer à la puissance publique les dispositions contractuelles à travers lesquelles elle s'engage à ne pas modifier les termes du contrat au cours de son exécution, s'avère être le plus grand enjeux de ce mécanisme juridique complexe⁷. Cependant, en tant qu'entité souveraine, l'Etat a-t-il le droit de modifier unilatéralement les termes d'un contrat auquel il a librement consenti ? S'est ainsi posé le problème de l'efficacité de la clause de stabilisation⁸. S'il est vrai que son utilité ne fait aucun doute, son efficacité reste contestable. La souveraineté de l'Etat, imposant un droit des nationalisations d'investissements étrangers, incarne la principale faiblesse qu'elle visait justement à combattre⁹. L'existence de telles clauses n'a pas empêché la nationalisation de la société pétrolière TOPCO en Libye en 1970¹⁰,

ni celle de sociétés latino-américaines¹¹. « Les tribunaux qui sont saisis par ces sociétés étrangères répondent que l'Etat a le droit de nationaliser les biens qui se trouvent sur son territoire, à condition d'offrir, en retour, une compensation juste et équitable »¹². Le juge arbitral a cependant, comme on peut le voir dans de nombreuses jurisprudences, accordé une certaine garantie à la partie lésée par l'octroi d'une indemnité, « le recours judiciaire des sociétés s'est soldé uniquement par l'allocation de dommages-intérêts »¹³, encore fallait-il attiraire l'Etat devant ce juge privé¹⁴.

Par ailleurs, même la doctrine demeure divisée sur l'admissibilité d'une telle clause. Des auteurs tels que A. F. M. Maniruzzaman, Sornarajah et Brownlie rejettent sa validité, considérant que l'Etat ne saurait circonscire sa souveraineté à la suite d'un engagement contractuel tel qu'il le fait lorsqu'il souscrit à un traité international. En revanche, Hercules Booyen, Paul E. Comeaux et N. Stephan Kinsella considèrent qu'une telle clause est bel et bien valide sous l'angle du droit international et que son non-respect par l'Etat hôte entraîne une violation de la règle *pacta sunt servanda*¹⁵.

Face à toutes ces controverses, des éminents spécialistes du droit international des investissements, à l'instar de Peter D. Cameron, reconnaîtront que le renforcement de la clause de stabilisation serait souhaitable¹⁶ et que, même si, cette dernière est dérogoratoire au droit administratif, elle n'échappe cependant pas aux réalités de son environnement.

Nous essayerons ici d'en analyser la portée, et de dégager les limites en présentant tout d'abord, l'effectivité de la clause de stabilisation à l'égard de l'Etat dans les contrats d'énergie internationaux (I) avant d'aborder la fragilisation de la clause de stabilisation dans les rapports internationaux (II).

5 Christian-junior Kabange Nkongolo, La révision par l'Etat des contrats conclus avec les personnes privées : cas des contrats miniers en RD Congo.

6 Jean-Marc Loncle et Damien Philibert-Pollez, « Les clauses de stabilisation dans les contrats d'investissement », Revue de Droit des Affaires internationales, N° 3 de 2009.

7 Voir en ce sens l'interview de M. Stéphane Essaga sur la clause de stabilisation, Interview publiée dans www.afritaxes.com, Lettre de la semaine, le 11 août 2008.

8 Voir en ce sens la définition de Cameron qui la définit comme la langue du contrat « qui gèle les dispositions d'un système national de droit choisie comme loi du contrat à la date du contrat afin d'empêcher l'application au contrat de toute alternances à venir de ce système ».

9 La doctrine française parle de « l'aléa de la souveraineté de l'Etat ».

10 La clause prévoyait : « the host government shall take all the steps that are necessary to ensure that the company enjoys all the rights conferred upon it by this concession, and the contractual rights expressly provided for this concession shall not be infringed except by agreement of both parties ».

11 Voir en ce sens les nationalisations opérées au Venezuela, en Bolivie et en Argentine.

12 Dans l'affaire LIAMCO c. Libye (1980), le tribunal arbitral a reconnu la validité de la clause de stabilisation et a octroyé des indemnités à l'investisseur.

13 Voir l'affaire TOPCO c. Libye (1979).

14 Voir l'arrêt Mavromatis sur la capacité de l'Etat à compromettre.

15 D'après cette maxime, les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Cette dernière est consacrée par le droit international.

16 Il y a un rapprochement des contrats d'Etat au droit commun.

I. EFFECTIVITÉ DE LA CLAUSE DE STABILISATION À L'ÉGARD DE L'ÉTAT DANS LES CONTRATS D'ÉNERGIE INTERNATIONAUX

Dans un contrat, les parties sont appelées à respecter leurs engagements. C'est le principe sacro-saint du droit des contrats qui se traduit par l'adage *pacta sunt servanda*. L'Etat hôte, en raison des privilèges qui sont les siens, devrait rassurer les compagnies multinationales en s'y soumettant, et ne pas leur invoquer des exceptions dont elles ne seraient pas partie. Il en va ainsi du principe du respect des clauses contractuelles comme moyen de sécurisation des investissements contre les risques globaux (politique, juridique et économique) dans les contrats d'énergie internationaux (A) et de l'efficacité des termes du contrat, principalement de celle qui en est la clé de voûte, à savoir la clause de stabilisation (B).

A. Le principe du respect de la clause de stabilisation comme moyen de sécurisation des investissements contre les risques¹⁷ globaux (politique, juridique et économique) dans les contrats pétroliers et gaziers

Le respect de ce principe de droit commun des contrats est d'une importance capitale qui fera l'objet de développement dans la présente sous-partie. Nous commencerons par présenter l'origine et le fondement des clauses de stabilisation (1) avant d'analyser dans un second temps le mécanisme juridique spécifique applicable dans les contrats d'énergie entre les Etats et les multinationales (2).

1. Origine et fondement des clauses de stabilisation

Les origines des clauses de stabilisation résident dans la période entre la première et la seconde guerre mondiale, lorsque les entreprises américaines ont commencé à les inclure dans les contrats de concession en raison d'actes de nationalisation des gouvernements d'Amérique latine.

Les investisseurs étrangers semblaient souvent avoir des appréhensions différentes des risques

non commerciaux dans l'Etat hôte, tels que les risques politiques, fiscaux, législatifs et réglementaires. Afin d'éviter ces risques, différentes clauses contractuelles de protection ont été mises au point, dont les clauses de stabilisation sont un éminent type. Dans de nombreux contrats internationaux à long terme, y compris les contrats internationaux de l'énergie, de telles clauses sont désormais monnaie courante. Différentes techniques sont pratiquées dans des clauses de stabilisation, car les investissements dans les infrastructures sont nécessairement de longue durée.

La plupart des gouvernements, qui n'ont ni les ressources ni l'expertise nécessaire pour financer et entretenir les infrastructures eux-mêmes, cherchent à attirer des capitaux étrangers. Pour ce faire, ils ont besoin d'offrir la possibilité de flux de revenus prévisibles sur des périodes allant de cinq à trente ans, selon la nature de l'investissement. Ceci s'effectue essentiellement avec les compagnies multinationales et les banques.

En tant qu'entité souveraine, l'Etat peut être amené à prendre des actes incompatibles avec ses engagements souscrits dans un contrat. Ces actes se traduisent généralement par des mesures prises au nom de l'intérêt général, telles que par exemple les modifications législatives, la dépréciation monétaire ou l'expropriation pour cause d'utilité publique. La garantie pour attirer les investissements est de consentir à des contrats comprenant des clauses de stabilisation. Le but principal des clauses est de lier les mains de l'Etat partie au contrat pendant la durée de vie d'un projet dans un contrat international de l'énergie de telle sorte que les actes de l'Etat partie ne puissent pas interférer avec les intérêts de l'investisseur¹⁸.

Le long terme et le caractère capitaliste des investissements dans les contrats internationaux de pétrole et du gaz soulignent la vulnérabilité de l'investisseur étranger face à une modification unilatérale du contrat pétrolier par le gouvernement hôte. La fourniture d'une garantie pour la stabilité dans le contrat lui-

¹⁷ Evènement susceptible de se réaliser et d'entamer la bonne exécution du contrat (risque que le gouvernement augmente les impôts, les taxes, nationalisation, expropriation).

¹⁸ Voir l'article, A. F. M. Maniruzzaman, *Drafting Stabilisation Clauses in International Energy Contracts: Some Pitfalls for the Unwary*, 2012 Sweet & Maxwell and its Contributors.

même est un moyen d'atténuation du risque.

2. La variété des clauses de stabilisation applicables dans les contrats d'énergie entre les États et les multinationales

La notion de « clause de stabilisation » pose un problème de classification et de terminologie certain. En effet, celle-ci reste un concept complexe, difficile à cerner dans sa globalité. D'ailleurs, une étude de 2009, commandée par le *Journal of World Energy Law & Business*, et menée par Frank Alexander portant sur le commentaire des articles d'éminents spécialistes de la question, est là pour en témoigner¹⁹. A titre d'exemple, pour Piero Bernardini, il existe une seule forme de clause de stabilisation, et les autres clauses d'adaptation et de renégociation en sont bien distinctes. En revanche, pour Lorenzo Cotula, A.F.M. Maniruzzaman et Frank Alexander, il y a deux catégories de clauses de stabilisation pouvant être négociées : la clause de gel²⁰ et la clause de l'équilibre économique²¹. Auteurs de cet article, nous sommes également de cet avis lequel est partagé par d'autres spécialistes africains comme Aboubacar Fall²².

Les techniques de stabilisation et leur application ont évolué. Selon Joseph Nwaokoro, la première est la clause de stabilisation classique qui équivalait à une tentative de « gel » des modalités et des conditions pour la durée du contrat, tandis que l'approche moderne se prête à une négociation de bonne foi entre les parties pour rechercher l'équilibre rompu (*modern hybrid-*

stabilization). Ici, l'Etat hôte s'engage à verser une compensation financière si de nouvelles lois alourdissent les charges de la société étrangère²³. Une enquête sur la pratique juridique révèle un certain nombre de cas qui sont directement liés à des litiges sur le premier type de stabilisation, mais à l'égard de la seconde, beaucoup plus utilisée dans les nouveaux accords, les cas de litiges observés sont principalement concernés par les questions connexes telles que l'expropriation indirecte²⁴.

Le professeur Andrea Shemberg²⁵ catégorise les clauses de stabilisation en fonction de leur couverture et de leur nature. Concernant la couverture, deux grandes catégories ont été identifiées : les questions fiscales (impôts, redevances, profits, tarifs des services fournis, etc. payés au gouvernement ou par l'utilisateur final) et les questions non-fiscales telles que l'environnement, le travail, la santé et la sécurité.

Pour ce qui est de leur nature, Andrea Shemberg a identifié les différences entre les clauses d'intangibilité, qui gèlent le droit applicable à un investissement au moment de l'investissement, et les clauses d'équilibre financier, qui exigent du gouvernement qu'il compense les coûts engendrés par la mise en conformité avec les nouvelles normes juridiques, ou qu'il exempte l'investisseur de s'y conformer généralement pour les effets de l'inflation, des changements dans l'évaluation de devises et d'autres changements dans la loi.

De nombreux États, qui reçoivent des investissements étrangers dans les infrastructures, ont des traditions de droit civil, systèmes juridiques à l'origine inspirés par le Code civil français et ses sources romaines. Comme cette tradition a évolué, sans prendre en compte les différences entre les divers systèmes juridiques,

19 Voir en ce sens Frank Alexander, « Comment on articles on stabilization by Piero Bernardini, Lorenzo Cotula and A. F. M. Maniruzzaman », *Journal of World Energy Law & Business*, 2009, Vol. 2, No. 3

20 En anglais, Freezing Clause – certains pays l'appliquent tels que : le Cambodge, la Guyanne, le Honduras, le Kazakhstan, le Mozambique, le Népal, les Philippines, la Thaïlande, Trinidad & Tobago, et la Tunisie – elle est généralement rédigée comme ceci : « The Government shall not revoke or amend the Authorization granted to ENH to explore for and produce Petroleum from the contract Area without taking effective measures to ensure that such revocation or amendment does not affect the rights granted to the Contractor hereunder », Art. 30.7(d), Contrat modèle de partage de la production du Mozambique (2001).

21 En anglais, « Economic Balancing Clause » ou pour Cotula un « Economic Equilibrium Clause » ; certains pays comme l'Equateur, la Jamaïque et le Pérou l'utilisent.

22 Voir en ce sens la présentation du Dr. Aboubacar Fall lors du séminaire « The Stabilization of Investment Contracts in the Oil and Gas Industry », organisé par la Faculté africaine de soutien juridique, 13 Mars 2012.
Disponible sur : http://www.afls.org/downloads/capicity_building/02.A.FALLNegotiation%20of%20stabilization%20clause%20in%20international%20oil%20and%20gas%20investment%20contracts.pdf.

23 J. Nwaokoro, « Enforcing stabilization of international energy contracts », *Journal of World Energy Law & Business*, 2010, Vol. 3, No. 1

24 George Joffé, Paul Stevens, Tony George, Jonathan Lux, et Carol Searle, « Expropriation of oil and gas investments: Historical, legal and economic perspectives in a new age of resource nationalism », *Journal of World Energy Law and Business*, 2009, Volume 2, No. 1, pp. 3 – 23

25 Andrea Shemberg, « Les clauses de stabilisation et les droits humains », 11 mars 2008, http://www.ifc.org/ifcext/enviro.nsf/AttachmentsByTitle/p_StabilizationClauses_and_HumanRights/FILE/Stabilization+Paper.pdf

la pratique tend à instaurer, en cas de conclusion d'un contrat, un équilibre économique entre les parties. Dans un contrat à long terme, si l'équilibre économique est sensiblement perturbé par des événements imprévus, le contrat peut être ajusté. Si les parties ne peuvent pas s'entendre sur la portée de l'ajustement, elles ont recours aux tribunaux administratifs ou tribunaux arbitraux pour rétablir l'équilibre. Dans ce cas une clause d'arbitrage doit être prévue.

B. Efficacité de la clause de stabilisation

L'efficacité d'une clause de stabilisation ne peut être recherchée qu'en accompagnant cette dernière de dispositions susceptibles de renforcer son application. En amont, le binôme avec la clause d'arbitrage est un élément de renforcement de la clause de stabilisation (1) et en aval, la protection des investissements privés par le juge se manifeste par l'obligation d'indemnisation de la partie lésée (2).

1. En amont, le binôme avec la clause d'arbitrage comme élément de renforcement de la clause de stabilisation

De plus en plus, l'arbitrage est la voie de règlement usuelle dans les contrats d'investissements internationaux. En 2012, pour ne citer que cet exemple, le CIRDI a connu 62 nouveaux cas de litiges²⁶.

Avant de formuler quelques recommandations au sujet de la rédaction de la clause de règlement des litiges, il n'est sans doute pas inutile de donner quelques exemples, certes fictifs, mais développés à partir de situations tirées de la réalité, qui illustrent l'importance de cette clause. Le premier exemple est celui d'un investisseur qui obtient une concession de vingt ans pour l'exploitation d'un gisement d'hydrocarbures offshore dans un Etat étranger. Les termes de la concession sont équilibrés et, prudent, l'investisseur a inséré dans le contrat, soumis par hypothèse au droit de l'Etat d'accueil, une clause de stabilisation de la loi de cet Etat pour éviter que celui-ci ne soit tenté de modifier ultérieurement sa législation dans un sens défavorable à l'investisseur. Le contrat

de concession donne en revanche compétence aux tribunaux locaux, clause non négociable selon l'Etat d'accueil. Après plusieurs années ayant nécessité de très importantes dépenses d'exploration et de développement, l'investisseur effectue une découverte qu'il commence à exploiter. Tout se passe à la perfection la première année d'exploitation et l'Etat respecte son contrat. Une révolution survient dans l'Etat d'accueil et le nouveau gouvernement ne reconnaît pas les accords passés par l'ancien. Il procède à la nationalisation des concessions d'hydrocarbures contre paiement d'une indemnité symbolique. L'investisseur, persuadé que son contrat le protège, attaque l'Etat devant les juridictions locales. Le juge saisi se considère lié par les lois de nationalisation et déclare la clause de stabilisation du contrat de concession incompatible avec l'ordre public. L'investisseur se trouve donc exproprié sans indemnité ni recours. Les actions susceptibles d'être intentées dans d'autres pays soulèvent toute une série de difficultés tenant au droit des immunités, à l'existence d'une clause attributive de compétence aux juridictions de l'Etat en cause. S'il avait inséré une clause d'arbitrage en terrain neutre dans son contrat, ce même investisseur aurait pu obtenir la condamnation de l'Etat au paiement d'une indemnité substantielle et demander l'exécution de la sentence arbitrale dans plus de 140 Etats grâce à la Convention de New-York de 1958. Une partie importante des difficultés aurait donc été évitée. S'il avait, ce qui est plus difficile, fait renoncer l'Etat à son immunité d'exécution, l'essentiel des obstacles susceptibles de l'empêcher de recouvrer ses droits aurait été surmonté²⁷. Sans aller jusqu'à l'exemple de la révolution, on voit souvent un nouveau gouvernement, ou ses nouveaux conseillers, tenter de revenir sur l'interprétation de certaines clauses d'un contrat sanctionné par des années de pratique des parties et le recours aux juridictions locales ou à l'arbitrage dans l'Etat du cocontractant est rarement un procédé satisfaisant de règlement du différend.

26 Voir en ce sens le Rapport UNCTAD, Recent Developments in Investor-State Dispute Settlement (ISDS), N°1 mars 2013.

27 Cet exemple est tiré de l'article du Pr. Emmanuel Gaillard, « L'arbitrage international : la valeur patrimoniale de la clause d'arbitrage », *Annales des Mines*, Août 1999, pp. 36 - 37.

2. En aval, la protection des investissements privés par le juge : une obligation d'indemnisation de la partie lésée

Il convient de distinguer d'emblée l'attitude du juge étatique et celle de l'arbitre international. En effet, les résultats juridiques des engagements contractuels de l'Etat ont une portée bien différente devant les juridictions internationales que celle dont elles jouissent devant les juridictions nationales. Lorsque le litige est connu par le juge national, la juridiction étatique sera plus enclin à une application intégrale de l'ordre juridique interne, alors que les juridictions internationales pourront atténuer son application sur la base des principes de droit international considérés comme *de minimis*²⁸.

Le tribunal accorde une protection sous la forme d'une indemnisation à la suite d'un acte d'expropriation. En effet, l'expropriation est un retrait, par acte unilatéral de l'Etat hôte, du droit de propriété d'un investisseur individuel (par annulation ou transfert du titre) ou des droits qui y sont relatifs (possession, droit d'exploitation, de vente, droit de nommer les cadres de l'entreprise...) sans qu'il s'agisse d'une réaction répressive au comportement illicite de l'investisseur (sinon éventuellement confiscation au titre du droit pénal)²⁹. L'expropriation organisée de tout un secteur est souvent appelée nationalisation, mais elle ne répond à aucune règle particulière et correspond simplement à un cumul massif d'expropriations individuelles. Selon la plupart des conventions d'investissement, l'expropriation n'est licite que sous réserve d'intérêt public, de non-discrimination et d'indemnisation. A défaut d'indemnisation, il s'agit purement et simplement d'une spoliation.

Tout d'abord il faut savoir que, peu importe la distinction entre l'expropriation légale ou illégale, la loi et même le juge accordent une indemnité à la victime et cette distinction tend à n'avoir aucune incidence sur le montant de la

compensation³⁰.

Le juge fait face à d'autres difficultés : comment est-il « approprié » de définir l'expropriation et quel est le calcul à effectuer dans la pratique? L'indemnité doit tout de même être prompte, adéquate et effective. Cette stipulation précise les conditions à remplir pour que l'indemnité, due au titre de l'expropriation, soit suffisante. La rédaction du modèle de l'OCDE est à cet égard calquée sur la « formule de Hull » de 1934, ainsi nommée par le Secrétaire d'Etat des Etats-Unis de l'époque qui l'avait utilisé pour la première fois³¹. Chaque terme a différentes implications éthiques, juridiques et économiques, et sa définition dépend du contexte.

Le niveau de l'indemnité³² d'expropriation à accorder est fixé par le juge. Le tribunal dans le cas de l'affaire de *Sempra*³³ a statué dans ce sens. Le tribunal arbitral (à l'instar de nombreuses autres décisions rendues dans des affaires similaires) avait considéré que les mesures prises par la République d'Argentine, pour faire face à la grave crise économique ayant frappé le pays entre 1998 et 2002, portaient atteinte aux investissements étrangers et, partant, constituaient une violation des engagements internationaux mis à la charge de cet Etat par le Traité de protection des investissements qu'il avait conclu, dans cette espèce, avec les Etats-Unis. Par cette sentence, *Sempra* se trouvait indemnisée d'un montant de quelque 128 millions USD assortie d'intérêts. Pourtant, cette sentence pour s'en tenir à l'essentiel, fut annulée pour excès de pouvoir manifeste du Tribunal arbitral ; lequel n'aurait pas, dans sa sentence, appliqué l'un des articles du TBI³⁴ Etats-Unis/Argentine.

30 L'article 36 de la Commission de Droit International (CDI) sur la responsabilité d'Etat exige que: « L'Etat responsable d'un acte internationalement illicite a une obligation d'indemniser pour le dommage causé par ce fait, dans la mesure où ce dommage n'est pas réparé par la restitution » et que cette compensation « couvre tout dommage susceptible d'évaluation financière, y compris la perte de bénéfices dans la mesure où elle est établie ».

31 Plusieurs pays développés ont repris à leur compte la « formule de Hull », énoncée pour la première fois par le secrétaire d'Etat américain Cordell Hull à la suite de la nationalisation par le Mexique des compagnies pétrolières américaines en 1936. Hull a soutenu que le droit international exigeait une indemnisation « prompte, adéquate et effective » en cas d'expropriation d'investissements étrangers.

32 Lire dans ce sens les « articles sur la responsabilité et l'arbitrage d'investissement ».

33 *Sempra Energy International c. République d'Argentine*, (CIRDI ARB/02/16), Affaire , sentence du 28 septembre 2007 (accessible en ligne à l'adresse <http://ita.law.uvic.ca/documents/SempraAward.pdf>)

34 Traité bilatéral d'investissement

28 Par exemple, dans l'affaire LIAMCO c. Libye, le tribunal arbitral a reconnu la validité de la clause de stabilisation et a octroyé des indemnités à l'investisseur.

29 Voir en ce sens les définitions de l'expropriation directe au sein d'une abondante jurisprudence, les sentences arbitrales suivantes : *Sempra Energy International c. Argentine* (CIRDI ARB/02/13) sentence du 28 septembre 2007, § 280 ; *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. c. Argentine* (CIRDI ARB/01/3), sentence du 22 mai 2007, § 243. Disponibles sur www.worldbank.org/icsid.

En effet, cela a été reconnu dans le cas plus récent de *Vivendi*³⁵ où le tribunal arbitral a accordé des indemnités. Cependant, le tribunal a statué que le niveau de dommages-intérêts pour des infractions différentes serait différent, bien que la nécessité d'établir une distinction ne s'applique pas dans le cas d'espèce. Le Traité ne précise pas les dommages et intérêts auxquels l'investisseur a droit, en cas de violation des normes qui diffèrent de l'expropriation, bien qu'il y ait une discussion portant sur la norme appropriée applicable dans une telle situation.

Malgré plusieurs décisions prises par des tribunaux internationaux, la ligne de démarcation entre le concept « d'expropriation directe ou indirecte » et les mesures réglementaires gouvernementales n'exigeant pas d'indemnité, n'a pas été clairement établie et celle-ci varie selon les faits et les circonstances propres à chaque cas. Dans de tels cas, il pourrait être très difficile de distinguer la violation du traitement juste et équitable de l'expropriation indirecte ou d'autres formes de violations.

II. LA FRAGILISATION DE LA CLAUSE DE STABILISATION DANS LES RAPPORTS INTERNATIONAUX

Il a été constaté en pratique que la stabilisation de nombreuses clauses est défectueuse et ne peut pas servir l'objectif désiré, et sont en conséquence inutiles. La défectuosité est due à double titre à la qualité de l'Etat cocontractant, les privilèges de l'Etat et la banalisation de la clause de stabilisation (A) ainsi qu'aux exceptions relevant de l'ordre public (B).

A. Les privilèges de l'Etat et la banalisation de la clause de stabilisation

Ces privilèges se traduisent par des prérogatives dont disposent les Etats qui sont des prérogatives dues à son rôle régalien, à savoir l'expropriation (1) et des limites de droit de l'Etat hôte (2).

1. Le principe de la souveraineté permanente de l'Etat sur les ressources naturelles

35 Voir en ce sens la décision CIRDI du 10 août 2010, portant rejet de la demande d'annulation de l'Etat argentin, et la décision CIRDI, ARB/97/3, *Affaire Compañía de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal c. République Argentine*, sentence du 20 août 2007 (accessible en ligne à l'adresse <http://ita.law.uvic.ca/documents/VivendiAwardEnglish.pdf>)

Selon ce principe, chaque État détient le droit d'utiliser, d'exploiter et de disposer des richesses et des ressources naturelles présentes dans son territoire, ainsi que celui de décider, en dernière instance et en toute indépendance, du sort de ces ressources naturelles et des activités économiques qui s'y exercent³⁶.

D'après ce principe, les gouvernements d'accueil ont le droit d'exproprier et de nationaliser, même si une loi antérieure ou un contrat prévoit une garantie contre cela³⁷. L'expropriation³⁸ ou « privation de richesses » peut revêtir différentes formes : elle peut être directe lorsqu'un investissement est nationalisé ou s'il fait l'objet d'une expropriation directe³⁹ par le biais d'un transfert officiel du titre ou d'une saisie physique pure et simple. En dehors du mot « expropriation », les termes de « dépossession », « prise de possession », ou « privation » sont également utilisés. L'expropriation ou la privation de la propriété d'un bien (meuble ou immeuble) peut aussi résulter de l'ingérence d'un État dans l'utilisation de ce bien ou des avantages que celui-ci procure sans qu'il soit même saisi ou que le titre légal de propriété soit affecté. Les mesures prises par l'État ont alors un effet analogue à celui d'une expropriation ou d'une nationalisation et l'on parle généralement dans ce cas, d'expropriation « indirecte », « rampante »⁴⁰, « *de facto* », ou de mesures « équivalentes » à une expropriation⁴¹.

En effet, les Etats pratiquant les nationalisations

36 À ce propos, voir la Résolution 1803 du 14 décembre 1962 ; lire aussi J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 1046.

37 En 1962, l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté la Résolution 1803 (XVII) du 14 décembre 1962 « Souveraineté permanente sur les ressources naturelles » qui a affirmé le droit de nationaliser des biens étrangers et n'a exigé qu'une « indemnité adéquate ».

38 Voir la loi de 1969 aux Etats-Unis sur l'aide à l'étranger qui a créé l'OPIC, c'est-à-dire la Overseas Private Investment Corporation. Cette dernière définit l'expropriation comme « toute abrogation, la répudiation ou la détérioration du contrat avec un investisseur par le gouvernement étranger relativement à un projet ». Son objectif déclaré est d'encourager les américains à l'étranger d'initier des investissements privés dans des projets d'affaires solides.

39 En général, le terme d'« expropriation » s'applique à des mesures individuelles prises à des fins publiques tandis que la nationalisation implique des confiscations à grande échelle effectuées sur la base d'un décret ou d'un acte législatif en vue de transférer des biens ou des intérêts dans le domaine public.

40 Sur ce point, Dolzer fait observer que « l'expression 'expropriation rampante' suggère une stratégie délibérée de la part de l'État, ce qui peut impliquer un jugement moral négatif ». Voir Dolzer, « Indirect Expropriation of Alien Property », *ICSID Review, Foreign Investment Law Journal*, (1986) pp. 41 – 59, et plus spécialement p. 44.

41 Voir OCDE, « expropriation indirecte » et le « droit de réglementer » dans le droit international de l'investissement, documents de travail sur l'investissement international numéro 2004/4, septembre 2004

et expropriations sont ceux qui, dès les années 1960, ont obtenu de haute lutte leur indépendance arrachant du même coup leur souveraineté ; rien n'aurait donc expliqué, qu'au nom de certains principes de droit international, ces jeunes Etats puissent remettre en cause leurs libertés chèrement acquises. C'est ce qui explique le fait que, malgré l'introduction des clauses de stabilisation dans les contrats conclus à cette période, les expropriations et nationalisations gagnaient du terrain⁴².

L'expropriation est un des principaux risques non commerciaux rencontré par les investisseurs et peut prendre plusieurs formes⁴³. Le recours à des assurances est d'ailleurs fréquent pour les investisseurs voulant se prémunir contre ce risque⁴⁴. Il faut reconnaître qu'aujourd'hui, les différends ne portent plus sur l'expropriation directe – principalement liée aux nationalisations qui ont marqué les années 1970 et 1980 – mais sur la réglementation de l'investissement étranger et l'« expropriation indirecte »⁴⁵.

Dans tous les cas, lorsque survient une expropriation, les investisseurs ont une réclamation contre l'État hôte pour les pertes subies par leurs investissements en vertu des traités bilatéraux et multilatéraux⁴⁶.

2. Les limitations invoquées par l'Etat hôte

Certains pays ont une bonne réputation dans le traitement des compagnies internationales. La conséquence de cette perception est que le risque politique est faible. Ces pays ne peuvent pas offrir des dispositions de stabilisation (la Norvège et le Royaume-Uni en sont des exemples)⁴⁷.

Lorsqu'une compagnie pétrolière internationale décide d'aller négocier une disposition de stabilisation, il y a deux limitations importantes à cet exercice. Une première limitation consiste à ce que tout engagement donné par le gouvernement du pays hôte, soit donné sous une forme conforme au cadre juridique et constitutionnel du pays⁴⁸ d'accueil, et la seconde est que cette dernière doit être conforme à l'ordre public national.

L'Etat peut aussi invoquer des domaines d'exception qui lui sont propres ou même, des faits légitimes, en tant que garant de l'intérêt général de ses populations.

En effet, il n'est pas rare de remarquer que cette clause est souvent négociée avec des gouvernements corrompus ou antidémocratiques issus de putschs militaires financés par des multinationales⁴⁹. Ainsi, la venue d'un nouveau gouvernement ne saurait se faire sans remettre en cause de tels accords. Or, de telles clauses semblent sceller, au bénéfice des entreprises pétrolières, des accords illégitimes et souvent inéquitable. Il existe à ce sujet, un nombre croissant de décisions arbitrales décrivant la corruption internationale comme un fléau particulier de l'ordre public international, plutôt que des notions commerciales habituelles qui avaient lieu par le passé. Aussi, les arbitres refusent-ils de plus en plus d'entendre des affaires relevant de contrats obtenus par la corruption de membres du gouvernement.

42 Salem, La faiblesse de l'encadrement juridique universel et les solutions de substitution, *Droit de l'économie internationale*, éditions A Pedone 2004, p. 662.

43 De grandes compagnies d'assurance (OPIC) impliquées ont dû faire face à environ 300 demandes depuis 1978 (y compris d'autres types de PRI entendue comme Political Risk Insurance) et ont payé USD 1,2 milliard. Un des plus grands courtiers spécialisés dans le domaine sur la période 1983 – 2007 a reçu 296 notifications de demandes (encore une fois, tous les types de PRI). Voir en ce sens l'article de George Joffé, Paul Stevens, Tony George, Jonathan Lux, et Carol Searle, « Expropriation of oil and gas investments: Historical, legal and economic perspectives in a new age of resource nationalism », *Journal of World Energy Law and Business*, 2009, Volume 2, No. 1, pp. 3 – 23.

44 Un des moyens les plus directs d'atténuer le risque d'expropriation est d'acheter une assurance contre le risque politique.

45 L'insertion d'annexes explicatives à la clause d'expropriation indirecte dans certains traités d'investissement date des années 2000. Ces annexes indiquent des facteurs que doivent prendre en compte les arbitres chargés de décider si une expropriation indirecte est survenue ou non à la suite d'une mesure étatique. Une liste est apparue pour la première fois dans les modèles de TBI américains et canadiens publiés en 2004. Ainsi l'annexe B.4.a du modèle américain et l'annexe B.13 (1) du modèle canadien sont quasiment identiques.

46 Le droit international coutumier n'empêche pas les pays hôtes d'exproprier les investisseurs étrangers à condition que certaines conditions soient remplies. Ces conditions sont les suivantes: la prise de possession de l'investissement est effectuée à une fin publique, stipulée par la loi, d'une façon non discriminatoire et elle s'accompagne d'une indemnisation.

47 Voir en ce sens l'article de George Joffé, op. cit.

48 Dans la plupart des pays (y compris au Royaume-Uni), l'exécutif ne peut pas donner des engagements contraignants sur les impôts ou les taux d'imposition dans l'avenir. En effet, on peut supposer que chaque pays conserve le pouvoir souverain – en dépit de toutes les lois ou les contrats à effet contraire – de promulguer des lois qui seront en conflit avec des lois (et contrats) précédentes et que les tentatives des contrats pétroliers de « geler » un environnement législatif seront inexécutables.

49 Julien Morency-Laflamme. « L'effet catalyseur de la rente pétrolière sur les guerres civiles en Afrique Subsaharienne », 79e congrès de l'ACFAS : Curiosité, diversité, responsabilité. Sherbrooke : Association francophone pour le savoir, 2011.

B. Les cas exceptés

Ce sont des exceptions d'ordre public auxquelles les lois des parties ne peuvent déroger. Il en est ainsi des exceptions d'ordre public de politique fiscale (1) bien que cela soit encore un domaine relativement non testé et des domaines émergents d'ordre public de l'environnement, la santé et de sécurité (2).

1. Exceptions dues aux politiques fiscales

La limite à l'introduction d'une disposition de stabilisation concerne le paquet fiscal lui-même. Certains gouvernements ont tendance à se méfier des garanties sur la stabilité des contrats allant au-delà du paquet fiscal. En d'autres termes, une entreprise chercherait à obtenir des garanties sur des éléments non-fiscaux tels qu'une garantie sur une modification législative qui affecterait négativement l'économie du projet, une exemption de conformité, un ajustement des conditions fiscales par voie de compensation ou encore une exonération. Il y a une différence ici entre une garantie fiscale et l'octroi de quelque chose séparée du régime juridique du contrat pétrolier. À cet égard, la capacité législative de l'État au regard de l'environnement, la santé et les problèmes de sécurité, peuvent entraîner une augmentation des coûts des entreprises. Elle est alors moins susceptible de se voir accorder une protection spéciale.

D'ailleurs, deux grandes tendances de comportement sont devenues perceptibles à l'égard de la stabilisation en matière fiscale. Tout d'abord, un nombre significatif de pays ont choisi de ne pas fournir les engagements sur la stabilité du contrat. Les pays ayant d'importantes réserves prouvées comme l'Arabie Saoudite, le Nigeria ou l'Indonésie, n'ont pas considéré comme nécessaire de fournir de telles garanties aux investisseurs étrangers. Parmi les pays de l'OCDE, les régimes fiscaux de pétrole fournissent des statistiques, relativement rigides, des contrats ne contenant pas de dispositions de stabilisation (Norvège, Royaume-Uni, Canada, Etats-Unis, Australie, entre autres)⁵⁰. Dans ces cas, le contenu de ces contrats ou de ces licences est à peine affecté par

les négociations entre les compagnies pétrolières internationales et les gouvernements hôtes, puisque les termes proposés sont largement standardisés. Deuxièmement, un large groupe de pays, désireux d'attirer les investissements étrangers dans un marché international concurrentiel, a proposé des engagements de stabilisation pour investisseurs, et beaucoup continuent de le faire. Cependant, la forme de ces dispositions est souvent différente de celle de la période que nous avons appelé « classique ». En particulier, il y avait des éléments de l'équilibre ou de négociation mis en place, et parfois une combinaison de ces derniers avec l'élément familier de « gel » de certains des contrats. Ce groupe comprenait un certain nombre d'économies en transition, ainsi que des Etats africains et d'Amérique latine (la Bolivie, l'Equateur et le Pérou). La stabilité des contrats a également été touchée – et sans doute améliorée pour les compagnies internationales – par la croissance de compagnies nationales depuis les années 1980. Cela signifie que, parfois, le contrat pour l'exploration et la production est fait entre l'investisseur étranger et la compagnie nationale plutôt que l'Etat lui-même, et à d'autres occasions entre la compagnie nationale et le gouvernement hôte. Une clause de stabilisation peut donc être négociée avec la compagnie nationale, plutôt que par l'État lui-même.

2. Emergence de nouveaux domaines d'exception

De nombreux gouvernements se veulent conserver le droit unilatéral de réviser la relation avec la multinationale en matière de santé, sécurité et environnement, sans déclencher une disposition de stabilisation applicable. Cela leur permet de faire face à une situation dans laquelle des normes différentes peuvent devenir applicables à l'avenir (par exemple, en matière d'évaluation d'impact environnemental) ou lorsqu'une nouvelle interprétation du droit existant dans ces zones (qui est souvent exprimée en des termes ouverts) est nécessaire ou que de nouvelles lois ou amendements deviennent indispensables.

Les zones généralement réservées par les Etats sont celles sur les règles relatives à l'environnement, la sécurité, la santé, et parfois des

50 Rarement utilisées et en grande partie inconstitutionnelles dans la plupart des pays développés.

intérêts de la communauté de défense et de locaux. En plus de ces domaines familiers, à l'horizon, nous pouvons noter que le changement des perceptions des « droits humains » est susceptible d'influer sur l'investissement international, et peut-être même d'imposer de nouveaux types d'obligations aux investisseurs.

C'est un domaine dans lequel les compagnies pétrolières internationales ont d'importantes préoccupations à l'égard de la variation du risque. Pourtant, prendre des mesures pour relever les défis est loin d'être simple. Bien des gouvernements des pays hôtes sont souvent réticents à inclure ces sujets dans leurs engagements de stabilisation. Le risque pour les investisseurs est moins un acte délibéré d'un gouvernement hôte que le changement des perceptions du public sur ce que les gouvernements ou leurs organismes devraient faire : l'impact de nouvelles obligations conventionnelles, une meilleure qualité d'information, les impacts environnementaux et le caractère volontaire de la plupart des termes et concepts utilisés etc. Une des solutions serait de faire face à cette nouvelle catégorie de risque en repensant la manière dont on l'identifie : « la stratégie des investisseurs a été de nier les lois environnementales grâce à des clauses de stabilisation dans le contrat qui cherchent à geler ces contrôles au moment de l'entrée en vigueur et à exclure l'application d'améliorations plus tard pour l'environnement ».

Par ailleurs, il ne faut pas oublier que si les clauses de stabilisation ne sont pas correctement formulées, elles peuvent limiter la capacité du pays d'accueil à améliorer les normes sociales ou environnementales.

CONCLUSION

La clause de stabilisation a été théoriquement développée pour faire face à la grande instabilité politique et juridique qui existait dans certains pays en développement, rendant ainsi les investissements étrangers trop risqués. Son utilisation est aujourd'hui commune à tous les contrats d'investissements.

Cependant, il reste encore beaucoup à faire pour

que cette dernière soit neutre et efficace afin de jouer véritablement son rôle dans les nouveaux contrats commerciaux en matière énergétique⁵¹.

La pratique démontre que son efficacité repose dans une parfaite maîtrise des arcanes du droit national, mais surtout international pour recourir à l'arbitrage international⁵² en cas de conflit. Dans le cas contraire, pour la multinationale, il devient probable d'être piégée dans le labyrinthe du cauchemar de l'arbitrage interne et du contentieux. D'où l'intérêt d'accompagner cet instrument juridique de garanties telles qu'une clause d'arbitrage correctement rédigée fournissant un point d'ancrage international par accord exprès de l'Etat (ou l'entité de l'Etat qui contracte), la renonciation à l'immunité souveraine et la couverture du risque par une police d'assurance. La para-constitutionnalité et les traités bilatéraux deviennent un autre parachute des contrats d'énergie internationaux qui ont donné une portée encore plus significative à cette clause de stabilisation qui entre dans une nouvelle ère.

51 Les versions « modernes » de stabilisation sont celles qui prévoient un rééquilibrage des avantages du contrat dans le cas d'une action unilatérale par l'Etat l'hôte.

52 Lire en ce sens J. Nwaokoro, « Enforcing Stabilization Of International Energy Contracts », *Journal of World Energy Law & Business*, 2010, Vol. 3, No. 1.

JOSEPH KAMGA ET ATINOUKÉ AMADOU

Droit et politiques de l'énergie en Afrique subsaharienne : les tendances d'harmonisation



Doctorant à l'École de Droit de la Sorbonne
Consultant en droit des affaires auprès du
cabinet Elysée Avocats
Président de l'Association pour l'Efficacité
du Droit et de la Justice dans l'espace de
l'OHADA



Titulaire du Certificat d'Aptitude
à la Profession d'Avocat
Master 2 Droit des Affaires
et Fiscalité - DJCE
Administratrice de l'Association
pour l'Efficacité du Droit de la Justice
dans l'espace de l'OHADA

RÉSUMÉ

Alors que l'Afrique joue un rôle de plus en plus important dans la géopolitique des hydrocarbures en raison de ses nombreuses ressources, les Etats africains, et notamment sub-sahariens, continuent de manquer de modèles juridiques solides permettant l'exploitation la plus efficace et la plus durable possible de leurs gisements. Cet article présente ainsi la diversité des régimes juridiques nationaux règlementant l'exploitation, le transport et la distribution des ressources en Afrique subsaharienne.

Les auteurs constatent aussi un effort d'harmonisation du droit de l'énergie à l'échelle du continent, mené depuis plusieurs années par les Etats et des institutions régionales. Si le droit a ainsi pu connaître une codification et un renouvellement de son contenu, il a aussi pu profiter du développement des normes, d'une part dans le domaine contractuel, et d'autre part dans celui de la régulation. En conclusion, ces évolutions juridiques ont vocation à attirer les investisseurs internationaux.

INTRODUCTION

En Afrique plus qu'ailleurs, les problématiques de l'énergie sont sources de nombreuses préoccupations¹ et tensions² que le droit semble manifestement appréhender avec de sérieuses difficultés. Le retard du continent en matière d'optimisation de son potentiel énergétique³ pose avec une grande actualité la question de l'importance du renforcement d'un droit de l'énergie au service du développement économique. Cette préoccupation ne laisse pas indifférents les pouvoirs publics qui ont émis le vœu d'harmoniser les normes et les pratiques

dans ce secteur⁴, avec notamment la création de la Commission africaine de l'énergie. La tendance pourrait même s'accélérer avec les récentes lois sur le développement de diverses entités et ressources locales ayant pour objectif le transfert de technologies. Tous ces instruments juridiques⁵ insistent sur la propriété des Etats, droit patrimonial et imprescriptible⁶, sur les

1 La disponibilité de l'énergie électrique en particulier est un des préalables nécessaires à la transformation des pays de l'Afrique subsaharienne en un pôle économique émergent.

2 Plusieurs guerres du pétrole ont déjà été recensées en Afrique: en 1967 entre le Nigeria fédéral et le Biafra sécessionniste, Guerre du Congo Brazzaville et récemment la guerre entre les deux Soudans, etc...

3 La capacité installée de toute l'Afrique serait de 114 GW pour près un milliard d'habitants, et équivaut donc approximativement à celle de l'Allemagne qui compte 82 millions d'habitants. Si l'on considère uniquement l'Afrique subsaharienne, sa capacité installée n'est plus que de 74 GW pour 860 millions d'habitants, soit à peu près celle de l'Espagne avec ses 45 millions d'habitants. Quant à la capacité de l'Afrique subsaharienne hors Afrique du Sud, elle n'est que de 34 GW pour 810 millions d'habitants, soit l'équivalent de celle de la Pologne avec ses 38 millions d'habitants. Pour en savoir plus, cf. [http://www.connaissancedesenergies.org/sites/default/files/pdf-pt-vue/electricite-en-afrique-ou-le-continent-des-paradoxes_2.pdf].

4 Convention de Lusaka du 11 juillet 2001 portant création de la Commission africaine de l'énergie, art. 3 (h).

5 Directive C/DIR.3/05/09 de la CEDEAO sur l'harmonisation des principes directeurs et des politiques dans le secteur minier, art 3 ; cf. également Code pétrolier sénégalais, art. 3.

6 La Déclaration d'Addis Abeba du 3 février 2009 sur le développe-

matières premières et les ressources énergétiques présentes dans leurs sols⁷. L'actualité législative dans ce domaine est essentiellement marquée par l'adoption de codes sectoriels consacrés à la régulation de l'énergie, dans un contexte géopolitique qui fait de cette région la potentielle destination d'importants investissements stratégiques : ce qui fait dire à Kofi Annan qu'« en ce moment, les attentions sont tournées vers notre pétrole, notre gaz, nos minéraux, et dans une certaine mesure, vers nos terres arables »⁸. Mais malgré la bénédiction naturelle, le continent « berceau de l'humanité » peine à tirer profit de son potentiel économique à cause du manque d'énergie.

La question est très importante. Comme l'a pertinemment relevé un auteur, « l'énergie constitue, en effet, un enjeu stratégique majeur, car elle est indispensable à toute activité humaine et à la satisfaction de la plupart des besoins des hommes, aussi bien pour la satisfaction de leurs besoins domestiques que pour ceux de l'industrie et, plus largement, des entreprises qui seraient condamnées à la cessation d'activité sans énergie »⁹. Comme pour le droit commun des affaires avant la signature du Traité de l'OHADA, le droit de l'énergie en Afrique subsaharienne ressemble à un véritable maquis juridique¹⁰. Contenu dans une mosaïque de textes dispersés, le régime juridique de l'énergie fait de plus en plus l'objet d'une remise en ordre dans plusieurs pays d'Afrique. Certains observateurs avertis estiment que la réalisation des grands investissements dans le secteur de l'énergie en Afrique subsaharienne permettra de passer du stade de la pénurie à celui de l'abondance énergétique¹¹. Mais force

est de constater que le droit de l'énergie dans cette partie du continent demeure un droit à venir. L'accès à l'énergie reste une nécessité que le phénomène de la mondialisation, comme le fait remarquer Jacqueline Morand De Villiers, ne fait qu'encourager¹². Notre étude s'articulera principalement autour de la forme d'énergie dont l'usage est aujourd'hui la plus répandue en Afrique : l'électricité¹³. Dans cette étude, il sera principalement question de la dimension juridique du problème et accessoirement de ses aspects institutionnels et sociaux.

Continent de l'avenir¹⁴, l'Afrique dispose en effet d'atouts géologiques importants, mais certains ont pu parler de la malédiction des matières premières¹⁵ pour expliquer la fracture énergétique. En parallèle d'analyses liées à l'histoire du développement économique¹⁶, on peut aussi expliquer cette fracture par la faiblesse de l'encadrement juridique du secteur de l'énergie qui cause plusieurs problèmes dont le « mal-développement »¹⁷, le « sous-développement » ou encore, selon les termes de Émile Boga Doudou, le « développement du sous-développement »¹⁸. Tout cela atteste suffisamment de la nécessité de prendre en compte la question énergétique dans les politiques publiques et législatives en Afrique subsaharienne.

Pour rendre compte de la prise en considération de cette question sur le plan juridique, notre recherche mettra en évidence l'encadrement juridique du secteur de l'énergie (I) et les techniques déployées pour permettre la mise en

ment des infrastructures de transport et d'énergie en Afrique ne dispose que les Etats africains s'engagent à défendre « énergiquement, continuellement et solidairement le droit imprescriptible de souveraineté et de contrôle des pays africains sur leurs ressources naturelles ».

- 7 En 1962, l'Assemblée Générale de l'ONU avait adopté une Résolution relative à la « souveraineté permanente sur les ressources naturelles », il y était dit que le « droit de souveraineté permanente des peuples et des nations sur leurs richesses et leurs ressources naturelles [devait] s'exercer dans l'intérêt du développement national et du bien-être de la population de l'État intéressé ». Ce droit a été réaffirmé en 1974 par la même Assemblée.
- 8 Kofi ANNAN, « Œuvrer pour la renaissance de l'Afrique », Discours de S.E. M. Kofi ANNAN, *Africa21 conférence, Yaoundé 19 May 2010*, allocution prononcée à l'occasion de l'anniversaire des 50 ans de l'indépendance du Cameroun.
- 9 M. LAMOUREUX, « Le bien énergie », *RTD Com.* 2009 p. 239.
- 10 A cause de l'éparpillement des textes.
- 11 T. BABISSAKANA, « Note d'analyse Technique » publiée par Le Messager n° 3658, *La Nouvelle Expression* n° 3298 et *L'Actu* n° 320 du vendredi 17 août 2012.

- 12 J. MORAND-DEVILLIER, Préface, G. BAKANDEJA Wa MPUNGU, *Droit minier et des hydrocarbures en Afrique centrale : pour une gestion rationnelle, formalisée et transparente des ressources naturelles*, Larcier, 2009 p. 10.
- 13 A propos de cette source d'énergie, le Président Barack OBAMA remarque qu'en Afrique, « L'électricité, c'est la lumière qui permet aux écoliers d'étudier, l'énergie qui permet de transformer une simple idée en entreprise, et la connexion qui permet de brancher l'Afrique sur le réseau de l'économie mondiale », cité par *La Lettre du département Afrique subsaharienne de l'AFD*, septembre 2013, p. 1.
- 14 Cf. Cheikh TIDIANE GADIO, Ministre des affaires étrangères du Sénégal : « L'Afrique est le continent de l'avenir, mais les Africains semblent l'ignorer », Interview, [www.senego.net], 1^{er} août 2013.
- 15 Les matières premières sont une « malédiction pour les pays qui les produisent », relève Philippe CHALMIN, *Le Monde*, 22 déc. 2005.
- 16 Certains pays comme le Cameroun ou la Côte d'Ivoire ont vu leurs indicateurs de développement tels que l'IDH (Indice de Développement Humain) stagner, voire baisser, au cours des vingt dernières années.
- 17 En 1960 par exemple, le Sénégal avait le même PNB par habitant que Taïwan, la Côte d'Ivoire avait le même PNB par habitant que la Corée du Sud.
- 18 E. BOGA DOUDOU, *Souveraineté et développement de la Côte d'Ivoire*, Thèse, Nice, 1981.

œuvre de ces règles (II).

I. LE VISAGE ACTUEL DE L'ENCADREMENT JURIDICO-INSTITUTIONNEL DU SECTEUR DE L'ÉNERGIE EN AFRIQUE SUBSAHARIENNE

Après la vague de révision des codes miniers en Afrique subsaharienne, nous assistons actuellement à la révision des textes relatifs au secteur de l'énergie. Un véritable phénomène de codification du secteur de l'énergie (A) est visible avec des contenus quasi semblables d'un pays à l'autre (B).

A. La progressive codification des sources du droit et du cadre institutionnel du secteur de l'énergie

Cette codification (1) observée dans le secteur de l'énergie concerne les sous-secteurs de l'électricité, du gaz et du pétrole. On constate également une sorte de convergence concernant l'encadrement institutionnel du secteur de l'énergie (2).

1. La codification des sources du droit de l'énergie

D'entrée de jeu, il convient de distinguer clairement l'énergie en tant que bien¹⁹, c'est-à-dire comme chose susceptible d'appropriation²⁰, des sources d'énergie, c'est-à-dire des matières premières ou phénomènes naturels permettant de dégager de l'énergie (pétrole, charbon, bois, gaz, etc...). Puisque l'énergie peut subir un cycle de transformations plus ou moins long et faire l'objet d'usages variés, ce bien fait l'objet d'une réglementation particulière. C'est dans ce sens que l'on parle du droit de l'énergie. Pour une approche analytique, une distinction sera donc faite entre les sources du droit de l'énergie primaire (a) et celles du droit de l'énergie finale (b).

19 Au sens de l'article 544 du Code civil français.

20 Dès le début du 20^e siècle, le droit pénal a ouvert la voie de la réflexion sur la nature juridique de l'énergie avec la jurisprudence relative au vol d'électricité. Dans presque tous les pays de l'Afrique subsaharienne, l'énergie relève de la catégorie juridique des biens. Le projet de Code de l'électricité de Côte d'Ivoire en voie d'adoption introduit des sanctions significatives en répression du vol de l'électricité.

a. Les sources du droit de l'énergie primaire

Les sources du droit de l'énergie primaire²¹ renvoient principalement aux textes encadrant le régime de l'exploration et de l'exploitation de ces matières premières, généralement fossiles comme le pétrole, le gaz ou le charbon. L'Afrique détient une part très importante des réserves mondiales d'hydrocarbures²². Compte tenu de l'importance stratégique et du caractère régalien de cette source d'énergie, les Etats africains ont pris le soin de la réglementer, particulièrement à travers des codes pétroliers ou des lois portant régime des hydrocarbures dès leur accession à l'indépendance. L'exploration et l'exploitation du charbon²³ relèvent du code minier ou des lois minières des États d'Afrique subsaharienne.

En clair, les sources d'énergie primaire sont régies en Afrique subsaharienne à travers trois outils principaux : le code minier pour l'exploration et l'exploitation du charbon, le code pétrolier ou les lois portant régime des hydrocarbures pour ce qui est de l'exploration et de l'exploitation du pétrole. Le gaz naturel en amont quant à lui est régi par le code pétrolier ou les lois portant régime des hydrocarbures, et en aval, il est régi par les codes gaziers ou les lois particulières s'appliquant à sa commercialisation et à sa distribution. En Afrique de l'Ouest, le droit du secteur de l'énergie, pour ce qui est des mines solides, est régi également par le Règlement n°18/2003/CM/UEMOA du 23 décembre 2003 portant adoption du Code minier communautaire de l'UEMOA et désormais par la Directive C/DIR3/05/09 de la CEDEAO sur l'harmonisation des principes directeurs et des politiques dans le secteur minier. Cette directive entre en vigueur le 1^{er} juillet 2014²⁴.

b. Les sources du droit de l'énergie finale

21 L'énergie primaire est l'ensemble des produits énergétiques non transformés, exploités directement ou importés. Ce sont principalement le pétrole brut, les schistes bitumineux, le gaz naturel, les combustibles minéraux solides, la biomasse, le rayonnement solaire, l'énergie hydraulique, l'énergie du vent, la géothermie et l'énergie tirée de la fission de l'uranium.

22 L'Afrique produit 12,4 % du pétrole, 7 % du gaz, 4,3 % du charbon de la planète mais ne représente que 3,4 % du pétrole, 3,1 % du gaz, 0,5 % du charbon consommés mondialement, source : [http://www.energy-for-africa.fr/files/file/study/l-energie-en-afrique-a-l-horizon-2050.pdf].

23 Le charbon, ressource naturelle, doit être distingué du charbon de bois. Le charbon tel qu'évoqué dans notre étude s'entend alors de toute ressource énergétique généralement sous de la houille ou du lignite.

24 Cf. article 22 de la Directive.

L'énergie finale est l'ensemble des énergies délivrées prêtes à l'emploi par l'utilisateur final²⁵. Dans plusieurs pays subsahariens, le cadre juridique de l'énergie électrique (énergie finale par excellence) est organisé par les codes de l'électricité ou les lois régissant les activités du secteur de l'électricité. Il existe aujourd'hui une tendance généralisée à l'adoption de textes spécifiques au secteur de l'énergie électrique en Afrique comme l'atteste la récente adoption par le Gouvernement de Côte d'Ivoire en son Conseil des ministres, d'un projet de loi portant publication d'un Code de l'électricité²⁶. Ce projet vise à modifier substantiellement la loi n°85-583 du 29 juillet 1985 portant organisation des activités dans le secteur de l'électricité en Côte d'Ivoire ; il vise également à améliorer le cadre juridique du secteur de l'électricité afin de « donner à ce secteur les instruments nécessaires à son redressement et à la dynamisation de son développement »²⁷.

Les pays ayant déjà adopté des codes de l'électricité sont notamment le Niger²⁸, le Cameroun²⁹, la République centrafricaine³⁰, la Mauritanie³¹, les Comores³², le Sénégal³³, le Togo³⁴, Madagascar³⁵, le Bénin³⁶, le Nigeria³⁷, le Ghana³⁸ et le Kenya³⁹.

Le cadre juridique de la commercialisation et

25 Il s'agit de l'énergie disponible, livrée au consommateur pour sa consommation finale (essence à la pompe, électricité au foyer,...). Cette forme d'énergie est assimilée à l'énergie secondaire entendue comme celle obtenue par la transformation d'une énergie primaire (en particulier électricité d'origine thermique).

26 Ce nouveau Code de l'électricité devait normalement être adopté avant fin juillet 2012 selon les intentions du Gouvernement de Côte d'Ivoire.

27 Cf. Communiqué du Conseil des Ministres de la Côte d'Ivoire du lundi 05 août 2013.

28 Niger, Loi n° 2003-04 du 31 janvier 2003 portant Code de l'électricité.

29 Cameroun, Loi n° 2011/022 du 14 décembre 2011 régissant le secteur de l'électricité.

30 République centrafricaine, Ordonnance n° 001/05 du 1er janvier 2005 portant Code d'Électricité.

31 Mauritanie, Loi 2001-19 portant Code de l'électricité.

32 Comores, Loi N°94 - 036 / AF.

33 Sénégal, Loi n° 98-29 du 14 avril 1998 relative au secteur de l'électricité.

34 Togo, Loi n° 2000-012 relative au secteur de l'électricité.

35 Madagascar, Loi n° 98-032 du 20 janvier 1999 portant réforme du secteur de l'électricité.

36 Bénin, Loi n° 2006-16 du 27 mars 2007 du Code de l'électricité et ses textes d'application. Ce Code est venu compléter les dispositions de l'accord international et du code bénino-togolais de l'électricité en vigueur depuis 1968 au Togo et au Bénin et qui a été révisé en décembre 2003 pour tenir compte des nouvelles exigences de développement du secteur électrique des deux Etats.

37 *Electric Power Sector Reform Act* 2005.

38 *The National Electricity Grid Code*, 2009.

39 *Energy Act* n°12.

de la distribution du gaz quant à lui est organisé par des codes gaziers dont l'adoption a tendance à se généraliser ces derniers temps. On note notamment l'adoption récente d'un code gazier au Cameroun⁴⁰ et l'élaboration en cours du futur code gazier ivoirien.

Sur le plan macroéconomique, relevons que les entreprises investissant dans le secteur de l'énergie bénéficient d'importants avantages prévus par les codes relatifs aux investissements des différents Etats d'Afrique subsaharienne. Les investissements dans ce secteur sont classés prioritaires et encouragés par l'Etat qui a créé un cadre institutionnel idoine à cet effet.

2. L'encadrement institutionnel du secteur de l'énergie

La réalité institutionnelle du secteur de l'énergie en Afrique subsaharienne est dominée par un nombre impressionnant d'organes dont certains ont une compétence plus ou moins régionale ou continentale. Malgré la complexité de l'Afrique, il est possible de dessiner les grands traits du cadre institutionnel de ce secteur, même si la géographie des sources d'énergie ne correspond en aucune façon aux frontières politiques. Ces différentes institutions sont d'autant plus nécessaires qu'en matière d'électricité par exemple, l'Afrique est le continent des paradoxes : elle est à la fois un géant énergétique par les ressources dont elle dispose, et un « nain électrique » par les capacités réelles sur lesquelles elle peut s'appuyer aujourd'hui pour soutenir son développement. Le constat est saisissant.

a. Au niveau continental

Les Etats africains ont véritablement pris conscience en 1980 de la situation énergétique préoccupante du continent. Pour la première fois, la Conférence des Chefs d'Etat et de Gouvernement de l'OUA⁴¹, réunie à Lagos (Nigeria) en avril 1980, a adopté un plan intitulé « Plan d'Action de Lagos » (PAL), dans lequel les principaux problèmes énergétiques que connaît l'Afrique avaient été identifiés, en proposant des actions à court, moyen et long terme pour y remédier. Pour mettre en œuvre ce PAL,

40 Loi n° 2002/013 du 30 décembre 2002 portant Code gazier camerounais.

41 L'Organisation de l'unité africaine (OUA) a fonctionné de 1963 à 2002, date à laquelle elle a été dissoute et remplacée par l'Union africaine (UA), l'équivalent africain de l'Union Européenne.

la Conférence de Lagos a perçu l'impérieuse nécessité de se doter d'un cadre institutionnel approprié et a ainsi entériné la recommandation relative à la création urgente de la Commission Africaine de l'Énergie. La Commission Africaine de l'Énergie⁴², créée à Lusaka le 11 juillet 2001, est donc une structure continentale africaine chargée d'assurer, de coordonner et d'harmoniser la protection, la conservation, le développement, l'exploitation rationnelle, la commercialisation et l'intégration des ressources énergétiques sur le continent africain⁴³. Cependant, les effets concrets de la création de cette commission ne sont pas encore visibles.

b. Au niveau régional

L'actualité en matière énergétique est marquée par l'émergence des politiques de collaboration à l'échelle continentale et régionale. Ces politiques sont certes bienvenues, mais encore inefficaces. L'on recense en effet l'existence de cinq pools énergétiques couvrant les 54 pays africains : COMELEC⁴⁴, SAPP⁴⁵, WAPP⁴⁶, PEAC⁴⁷, EAPP⁴⁸. La création de ces programmes est justifiée par l'inégalité manifeste dans la distribution de l'énergie à travers le continent : le pétrole et le gaz sont concentrés dans le nord et l'ouest du continent, le potentiel hydroélectrique dans l'est et le centre, et le charbon dans le sud. Conscients de cet état de fait, les Etats africains ont décidé

de mettre en place des programmes spécifiques ayant pour vocation de faciliter et d'améliorer l'intégration totale des systèmes d'énergie en Afrique. Les différents pools énergétiques créés ont pour vocation de garantir une solidarité entre les pays adhérents pour leur approvisionnement en énergie électrique principalement. Cette solidarité doit se concrétiser par des possibilités d'importation, d'exportation et de transit d'énergie électrique vers les pays déficitaires.

c. Au niveau national

On assiste cependant à une dispersion des institutions en charge du secteur de l'énergie. Selon les pays, le ou les ministère(s) en charge de l'énergie⁴⁹ et d'autres structures ont été créés en fonction des besoins ou de politiques spécifiques. Dans la plupart des Etats, le ministère de l'énergie est responsable de la planification et de la mise en œuvre des politiques publiques en matière d'énergie⁵⁰. Ce cadre institutionnel est généralement défini par la loi ou un texte réglementaire. Au Kenya par exemple, il est défini par la *Energy Act* n°12.

La régulation, le contrôle et le suivi des activités des opérateurs et exploitants du secteur de l'énergie est quant à elle généralement confiée à une autorité administrative indépendante dont l'appellation varie en fonction des pays⁵¹. Cette tendance est généralisée en Afrique subsaharienne aussi bien dans les pays de culture anglophone que francophone. La gestion du patrimoine de l'Etat dans le secteur de l'électricité est souvent assurée par une entité indépendante⁵².

42 Cette Commission a été créée à l'occasion du 37^{ème} Sommet des Chefs d'Etats et de Gouvernement de l'OUA à Lusaka (Zambie) par la Décision AHD/Dec.167 (XXXVII) portant création de la Commission Africaine de l'Énergie (AFREC).

43 Pour plus de détails sur la Commission Africaine de l'Énergie, cf. [<http://afrec.mem-algeria.org/>]. [http://www.africaunion.org/Official_documents/Treaties_Conventions_fr/CONVENTION%20DE%20LA%20COMMISSION%20AFRICAINNE%20DE%20L%20ENERGIE%20-Version%20finale.pdf].

44 Comité maghrébin de l'électricité. Cette communauté est composée de la Mauritanie, du Maroc, de l'Algérie, de la Tunisie et de la Libye et couvre un territoire de 6 048 141 km² avec une population de 85 millions d'habitants.

45 South Africa Power Pool. Ce pool regroupe le Botswana, Mozambique, Malawi, Angola, l'Afrique du Sud, Lesotho, Namibie, la République Démocratique du Congo, Swaziland, Tanzanie, Zambie et le Zimbabwe.

46 West Africa Power Pool. Ce pool regroupe 14 pays dont le Sénégal, le Mali, la Guinée-Bissau, la Guinée, la Gambie, le Burkina Faso, le Liberia, la Sierra Leone, la Côte d'Ivoire, le Ghana, le Togo, le Bénin, le Nigéria et le Niger. Cette communauté couvre une population de 250 millions d'habitants et avec une prévision de 380 millions en 2020.

47 Pool énergétique de l'Afrique centrale. Le PEAC, institué en 2003 par les ministres de l'énergie de la CEEAC, compte 10 pays, à savoir : l'Angola, le Burundi, le Cameroun, la République Centrafricaine, le Tchad, la République du Congo, la République Démocratique du Congo, le Gabon, la Guinée Équatoriale et Sao Tome/Principe.

48 East Africa Power Pool. Ce pool compte 10 pays (Égypte, Soudan, Érythrée, Djibouti, Éthiopie, Somalie, Ouganda, Kenya, Rwanda, Tanzanie). Largement déficitaire en énergie, certains pays ont dû imposer des mesures de rationnement. D'autres ont dû utiliser des centrales au diesel (Kenya, Rwanda, Tanzanie) pour suppléer à la demande.

49 Le secteur énergétique malien par exemple est géré par quatre départements ministériels (MMEE, MEF, MEA, MPFEF), trois services techniques centraux (DNE, DNGM, DNCN), un service rattaché à la DNE (CNESOLER), quatre services personnalisés (ONAP, AMARAP, AMADER, AUREP) et un organe de régulation (CREE) autonome et indépendant.

50 Cf. notamment la loi n° 2003-04 du 31 janvier 2003 portant Code de l'électricité au Niger, art. 8 ; cf. également l'article 4 du Code mauritanien de l'électricité.

51 Dans certains Etats, on a des Commissions de l'énergie et dans d'autres, des autorités de régulation. Les Commissions sont majoritaires dans les pays de tradition juridique anglo-saxonne et les autorités de régulation dans les pays à tradition juridique latine.

52 Au Cameroun par exemple, c'est l'entreprise EDC (Electricité du Cameroun) qui gère ce patrimoine pour ce qui est du sous-secteur électricité, la Société Nationale des Hydrocarbures pour les sous-secteurs pétrole et gaz.

B. Le renouvellement du contenu du droit de l'énergie en Afrique subsaharienne

L'analyse des différents codes relatifs au secteur de l'énergie met en exergue une convergence des contenus : service public de l'énergie (1), principe de préférence nationale (2) et protection des droits des investisseurs (3).

1. L'institution généralisée du service public de l'énergie

Les Etats africains, hors Afrique du Sud, n'ont généralement pas les moyens techniques et financiers pour optimiser l'exploitation directe de leurs ressources énergétiques. Ils se sont concentrés sur quelques fonctions souveraines de contrôle. A ce titre, ils ont imposé des obligations de service public⁵³ aux acteurs privés appelés à exploiter ces ressources. De la lecture des codes ou des textes adoptés après les années 2000 relatifs au secteur de l'énergie en Afrique subsaharienne, se dégage une tendance générale à l'organisation d'un véritable service public de l'énergie, particulièrement dans le domaine de l'énergie finale, notamment le sous-secteur de l'électricité. La majorité des codes de l'électricité disposent que « les contrats de concession, les licences et les autorisations prévus par la présente loi déterminent l'étendue des obligations de service public »⁵⁴.

Au titre de ces obligations de service public, on relève notamment l'obligation de :

- garantir un approvisionnement permanent et continu pour la sécurisation de la fourniture en énergie électrique dans les meilleures conditions de qualité et de prix ;
- assurer le respect des principes d'égalité de traitement et d'accès aux services de l'électricité sur l'ensemble du territoire ;
- assurer la desserte sur le territoire national selon l'adaptabilité et l'acceptabilité du service de l'électricité que l'intérêt général peut raisonnablement commander ;
- rationaliser la production, le transport et la distribution par la maîtrise de la demande d'énergie, la gestion optimale des ressources et des choix technologiques futurs, en accord avec les politiques de développement du secteur de l'énergie⁵⁵.

Ces obligations sont pratiquement reprises dans les codes d'électricité des autres Etats d'Afrique subsaharienne, ce qui est un marqueur significatif de l'harmonisation substantielle des visions législatives. C'est justement pour garantir l'accomplissement de ces missions de service public que les législateurs africains imposent aux acteurs économiques, candidats à une concession ou à une autorisation d'exploitation dans le secteur de l'énergie, d'avoir une certaine expérience. C'est ainsi que la quasi-totalité des codes pétrolier, gazier ou d'électricité exigent que les opérateurs admis à exploiter les ressources énergétiques disposent d'une solidité financière, technique et juridique certaine⁵⁶. L'intégration des acteurs locaux dans le circuit économique du secteur de l'énergie est également prise en compte.

2. Le recours aux principes de préférence nationale ou *local content*

Le 22 avril 2010, l'Afrique subsaharienne a connu un événement juridique d'importance majeure :

53 Le Code béninois appréhende la notion de secteur public en le définissant comme : « toute activité d'intérêt général exercée directement par l'Etat ou, par délégation, par une personne morale, publique ou privée et soumise aux exigences de conditions d'équité, de continuité, de permanence et d'égalité de traitement ».

54 Cf. par exemple la loi n° 2011/022 du 14 décembre 2011 régissant le secteur de l'électricité au Cameroun, art 6 ; cf. également l'article 5 de la loi n° 94 - 036 /AF portant Code de l'Electricité aux Comores.

55 Cf. notamment la loi n° 2003-04 du 31 janvier 2003 portant Code nigérien de l'électricité, art 5 ; cf. également les articles 5 à 7 du Code centrafricain de l'électricité.

56 Cf. notamment l'Ordonnance n°2012-369 du 18 avril 2012 portant nouveau Code pétrolier de Côte d'Ivoire, art 1^{er} (j) ; cf. également la loi tchadienne de 2007 relative aux hydrocarbures, art 4 al. 1^{er}. Le Décret d'application du Code pétrolier camerounais s'inscrit dans la même dynamique (cf. article 16) ainsi que l'article 34 du Code camerounais de l'électricité.

la promulgation du *Nigerian Oil and Gas Industry Content Development Act*, autrement dit la loi sur la préférence nationale ou le contenu local. Il s'agit de la première loi du genre sur le continent africain. Sans recourir au principe du bénéfice excessif⁵⁷, le Nigéria⁵⁸ a voulu réduire sa dépendance vis-à-vis des entreprises étrangères exerçant dans le secteur régalién qu'est l'énergie. Cette loi a produit des effets bénéfiques au Nigéria. Le *local content*, sacralisée par cette loi, est défini par le législateur nigérian⁵⁹ comme l'obligation des acteurs du secteur de l'énergie à travailler en partenariat significatif avec les acteurs locaux afin de leur transmettre l'expérience et le savoir-faire de pointe que requiert les activités du secteur de l'énergie.

Le législateur camerounais, qui a adhéré lui aussi au principe de préférence⁶⁰ nationale dans le secteur de l'énergie, définit le « contenu local » comme l'« ensemble d'activités axées sur le développement des capacités locales, l'utilisation des ressources humaines et matérielles locales, le transfert de technologies, l'utilisation de sociétés industrielles et de services locaux, et la création de valeurs additionnelles mesurables à l'économie locale »⁶¹. Le *local content* est donc la nouvelle trouvaille des législateurs africains du secteur de l'énergie en particulier ou plus généralement de l'activité économique. L'article 62 du Code gazier camerounais est très précis sur le périmètre de

cette notion : « La mise en valeur des ressources gazières nationales doit être accompagnée d'un volet « contenu local » qui précise les retombées des projets gaziers retenus sur le développement économique, social, industriel et technologique du Cameroun ». Ce principe est susceptible de recevoir des applications dans plusieurs secteurs de l'économie comme c'est déjà le cas au Nigéria et au Cameroun depuis la promulgation de la loi portant publication du code d'incitation aux investissements. Le nouveau code pétrolier gabonais en préparation semble également être en voie d'intégrer le principe du *local content* en droit pétrolier gabonais. Ainsi que le fait bien constater le Ministre gabonais du pétrole, « aujourd'hui, après plus de 60 ans de production pétrolière au Gabon, moins de 20 % des profits pétroliers restent au Gabon. Notre objectif est de faire en sorte que d'ici 5 ans, nous puissions atteindre 30 % et d'ici 20 ans, atteindre 35 à 45 % ». Il continue en faisant remarquer que la volonté du Gouvernement gabonais est de « renforcer la présence des nationaux au sein de l'industrie pétrolière »⁶².

En pratique, la règle du contenu local, qui constitue une contrainte pour les investisseurs étrangers, oblige l'entreprise qui désire investir à utiliser les ressources de la zone d'investissement (pour créer des emplois) en limitant le pourcentage de contenu étranger. Cette règle, qui est utilisée par les pays en développement pour obtenir des transferts de technologies⁶³, est à l'ordre du jour en Afrique subsaharienne et vise à garantir une participation croissante des nationaux dans les activités économiques mises en œuvre dans leur pays.

Le principe de la préférence nationale est donc appliqué explicitement au secteur énergétique qui conserve une spécificité indéniable dans le tissu économique des Etats d'Afrique subsaharienne. Comme l'a fort pertinemment remarqué un auteur, « l'énergie reste en toute hypothèse un secteur si stratégique et vital que l'Etat ne peut s'en désintéresser »⁶⁴. C'est ainsi que ce dernier

57 La théorie des bénéfices excessifs a été un instrument de luttes menées par les pays en voie de développement en vue d'établir leur indépendance économique. Historiquement, c'est à l'occasion de la nationalisation des industries du cuivre en 1971 que le gouvernement chilien, faisant application de cette théorie, ne voulut rien accorder à l'entreprise nationalisée. Pour une idée plus approfondie de la théorie des bénéfices excessifs, cf. R.G.D.I.P., chronique 1972, p. 822. Carreau, De la Rochèke, Flory, Juillard, chronique de droit international économique, A.F.D.I., 1972, p. 672.

58 Pays du golfe de guinée dans lequel les investisseurs du secteur pétrolier sont constamment accusés de percevoir des bénéfices trop souvent disproportionnés

59 Rappelons que l'Etat fédéral du Nigéria a adopté cette loi sur la pression des ONG et des acteurs de la société civile qui dénoncent sans discontinuer la pollution dont sont victimes les populations très pauvres de ce géant pays pétrolier du fait des entreprises du secteur de l'énergie. Le Gouvernement fédéral a même été condamné le 14 décembre 2012 par la Cour de Justice de la CEDEAO pour manquement consistant en son « incapacité à promulguer des lois efficaces » en matière de lutte contre la pollution et de détérioration de l'environnement. Cette décision a ordonné au Gouvernement nigérian d'exiger des compagnies pétrolières qu'elles rendent des comptes sur les pollutions successives qui touchent la région depuis plusieurs décennies.

60 Ce terme est utilisé par le Code gazier camerounais dans son article 66 : « Les sociétés gazières ainsi que leurs sous-traitants sont tenus d'accorder une préférence aux sociétés de droit camerounais pour les contrats de construction... ».

61 Cf. la loi n°2012-06 du 19 avril 2012 portant Code gazier camerounais, art 3.

62 [<http://www.rnw.nl/afrique/bulletin/le-gabon-veut-augmenter-sa-part-des-revenus-du-p%C3%A9trole>].

63 Cf. notamment le Protocole A/P4/1/03 du 31 Janvier 2003 de la CEDEAO sur l'énergie en Afrique de l'Ouest, art 8. L'Afrique subsaharienne ne fait qu'emboîter le pas aux économies sud-américaines ou asiatiques. Le Brésil, le Chili ou la Malaisie ont par exemple multiplié les expériences de local content ces cinq dernières années.

64 M. LAMOUREUX, « Le bien énergie », op. cit. p. 239.

associe également au principe du contenu local d'autres exigences primordiales : l'obligation de transparence⁶⁵ et de gestion des richesses en ressources naturelles au profit des citoyens⁶⁶, de la prise en compte des intérêts des générations futures⁶⁷ ainsi que de l'environnement. Les prémices du contenu local semblent donc perceptible dans presque tous les nouveaux codes de l'énergie adoptés en Afrique subsaharienne depuis le début des années 2000, ce qui ne signifie pour autant pas que les droits des acteurs économiques soient sacrifiés.

3. L'engagement à protéger les droits économiques des investisseurs

L'analyse substantielle des différents instruments juridiques relatifs au secteur énergétique en Afrique subsaharienne atteste de l'adhésion plus ou moins prononcée des législateurs à la protection des droits économiques des investisseurs dans le secteur de l'énergie. Avant les années 2000, la majorité des Etats d'Afrique subsaharienne offrait une exonération d'impôts souvent totale et qui portait sur les cinq premières années de l'investissement étranger⁶⁸. Avec le principe de préférence nationale qui est d'actualité aujourd'hui, cette pratique n'a pas substantiellement changé. Même s'il est largement admis que les Etats ont un droit de propriété et exercent leur souveraineté sur les ressources dont regorgent leurs sols et sous-sols⁶⁹, les droits acquis des opérateurs privés dans l'exploitation de ces ressources doivent également être protégés. La lecture des codes d'investissement (généraux et sectoriels) des Etats d'Afrique subsaharienne permet de relever un net attachement du législateur à protéger les investissements privés nationaux et étrangers. Les droits subjectifs tels que le droit de propriété

sur les biens⁷⁰ et avoirs ainsi que les contrats dont ils font l'objet sont protégés et aucune discrimination n'est possible entre l'investisseur national et l'étranger⁷¹. De même, il est expressément reconnu aux investisseurs, le droit de prétendre aux compensations pour pertes dues aux guerres civiles⁷² ou aux mouvements populaires⁷³.

Parce que dans le passé, certaines grandes compagnies transnationales avaient renoncé à leurs projets importants, ou les ont fortement revus à la baisse, faute de conditions institutionnelles suffisamment stables et prévisibles, et de protection suffisante de leurs droits de propriété, les Etats d'Afrique subsaharienne ont institué aujourd'hui des organes compétents, voués à l'accompagnement des investisseurs dans le secteur de l'énergie comme dans d'autres secteurs. De même, conscient des faiblesses du système judiciaire, le législateur reconnaît également le droit à l'investisseur de pouvoir choisir son mode de règlement des différends qui pourraient se poser dans le cadre de leurs activités⁷⁴.

Avec les garanties de stabilisation fiscale et contractuelle dans le sous-secteur pétrolier par exemple, le législateur laisse également la latitude aux parties aux contrats pétroliers de pouvoir négocier librement les « clauses de stabilisation des conditions économiques et fiscales relatives à la rentabilité des investissements »⁷⁵. L'intérêt économique de ces clauses peut être compris à la lumière d'un fait historique : en 1982, l'Etat du Cameroun avait adopté une loi, dite « loi

65 Ordonnance n°2012-369 du 18 avril 2012 portant nouveau Code pétrolier de Côte d'Ivoire, art. 82 et l'article le Protocole A/P4/1/03 du 31 Janvier 2003 de la CEDEAO sur l'énergie en Afrique de l'Ouest, art 20.

66 Pour assurer l'effectivité de ce principe, l'Association ITIE œuvre énergiquement afin d'accroître la transparence des paiements et revenus dans le secteur des industries extractives.

67 Cf. directive C/DIR.3/05/09 de la CEDEAO sur l'harmonisation des principes directeurs et des politiques dans le secteur minier.

68 Cf. les Codes du Burundi, Cameroun, Congo, Gabon, Haute-Volta, Mali, Rwanda, Somalie, Tchad, Zaïre (aujourd'hui RD Congo) et Egypte.

69 Cf. le Protocole A/P4/1/03 du 31 janvier 2003 de la CEDEAO sur l'énergie en Afrique de l'Ouest, art 18.

70 Cf. Code des investissements de Côte d'Ivoire, art 16 : « Aucun investisseur ne peut être privé de la propriété de ses investissements si ce n'est pour cause d'utilité publique et sous la condition d'une juste et préalable indemnisation ».

71 Cf. Protocole A/P4/1/03 du 31 janvier 2003 de la CEDEAO sur l'énergie en Afrique de l'Ouest, art 10.

72 Cf. Protocole A/P4/1/03 DU 31 janvier 2003 de la CEDEAO sur l'énergie en Afrique de l'Ouest, art 12.

73 Le législateur ivoirien définit cette notion dans son Code des investissements de 2012 comme les « mouvements de foules déchainés dans le cadre d'une crise politique et sociale grave ». Cf. article 1^{er} (l) de l'Ordonnance n° 2012 - 487 du 07 juin 2012 portant code des investissements en Côte d'Ivoire. Cf. également pour le mécanisme de prise en charge des pertes du fait des mouvements populaires, l'article 7 de ce Code.

74 Pour plus de développements, cf. infra.

75 Cf. Code pétrolier camerounais, art. 12 ; cf. également l'article 18 (m) du Code pétrolier ivoirien et l'article 95 de la loi tchadienne de 2007 sur les hydrocarbures. Ce dernier texte dispose que : « durant la validité du contrat pétrolier, le titulaire du permis peut bénéficier de la stabilisation des régimes juridique et fiscal applicables au Contrat pétrolier ».

ultimatum », par laquelle il avait contraint les entreprises étrangères à accepter une modification du cadre contractuel, sous la menace d'une expropriation⁷⁶. Les opérateurs du secteur de l'énergie se prémunissent de tels facteurs d'insécurité par le biais d'instruments contractuels qui constituent en pratique la tête de pont de la mise en œuvre, heureuse et mutuellement bénéfique, du droit de l'énergie.

II. LES TECHNIQUES DE MISE EN ŒUVRE DU DROIT DE L'ÉNERGIE EN AFRIQUE SUBSAHARIENNE

Le droit de propriété des Etats sur leurs ressources naturelles énergétiques pouvait laisser penser qu'ils les exploiteraient eux-mêmes directement. En droit public économique, plusieurs modes de gestion des biens publics existent : la gestion directe (par le biais de la régie), la gestion déléguée (délégation de service public, l'affermage, la concession). Le choix du recours à l'un de ces modes dépend du statut, des capacités techniques et institutionnelles de la personne publique. Pour des raisons qui ont été relevées plus haut, en Afrique subsaharienne particulièrement, les Etats sont souvent obligés de faire appel à la technologie et à l'expertise des grandes firmes pour valoriser leurs énormes potentiels énergétiques. Les modes prisés de mise en œuvre du droit de l'énergie sont ainsi la contractualisation (A), l'Etat se borne simplement à mettre en place les instruments nécessaires pour en contrôler (B) la mise en œuvre.

A. La contractualisation : outil d'optimisation du potentiel énergétique subsaharien

La question de la contractualisation dans le secteur de l'énergie soulève de prime abord celle de la capacité de l'Etat à optimiser l'exécution des contrats publics dès le départ, dans la mesure où, en pratique, il est difficile de renégocier systématiquement les contrats à la phase d'exécution. Une telle attitude risquerait d'envoyer des signaux rouges à l'endroit des investisseurs, ce qui serait synonyme d'incertitude sur l'avenir desdits contrats, avec au final la perception d'un

risque trop élevé pour l'investissement⁷⁷, le secteur énergétique en Afrique étant déjà perçu comme un domaine d'investissement à risque⁷⁸.

Qu'ils soient bien négociés ou non, les contrats de mise en œuvre du droit de l'énergie en Afrique subsaharienne prennent généralement la forme des contrats de concession ou de partage de production.

1. Les contrats de concession et de partage de production : l'exemple du droit pétrolier

Certains domaines du droit de l'énergie ont eu la faveur du législateur africain, c'est le cas du droit pétrolier. Le pétrole représente une part importante du PIB des pays africains qui en produisent. Sur le continent, les réserves en pétrole sont estimées à environ 10 % de la production et 10% des réserves mondiales. Le continent africain continue donc d'être l'objet de toutes les convoitises⁷⁹, cette fois-ci en raison de la bonne qualité de son pétrole et de l'alternative qu'il constitue pour les marchés européen et américain, souhaitant réduire leur dépendance aux pays du Moyen Orient.

Cette importance géostratégique⁸⁰ du pétrole ne fait que mettre en exergue la nécessité pour les pays africains détenant ces ressources de se doter d'un cadre juridique approprié, afin d'éviter le bradage de leurs ressources et surtout, de permettre le développement économique du continent. Dans le cadre de cet article, qui n'est qu'une vue panoramique du droit de l'énergie en Afrique, il s'agira d'étudier les principaux instruments contractuels existants.

a. La définition du contrat de concession et du contrat de partage de production

Les contrats de concession de services publics

76 Cf. V.-R. PADILLA, *L'impact de la fiscalité sur l'effort d'exploration-production de pétrole*, Thèse, Institut d'Economie et de Politique de l'Energie, Université des sciences sociales, Grenoble II, 1990, p. 210.

77 Cf. Etude de l'Union africaine, *Vision du Régime Minier de l'Afrique, 2009*, accessible sur [http://www.africaminingvision.org/amv_resources/AMV/Africa%20Mining%20Vision%20french.pdf].

78 Voir IE Bercy n°30 – Mai 2013, La lettre d'information de l'Intelligence Economique des Ministères économiques et financiers, p. 10.

79 En 2003, les pays du golfe de Guinée représentaient environ 14,5 % des activités amont de Shell (l'activité de Shell était surtout basée au Nigeria), 30 % pour TotalFinaElf (en Angola et dans les États francophones) et 35 % pour ChevronTexaco (en Angola et au Nigeria), J.-P. Favennec et P. Copinschi, *idem*, p.133.

80 La carte géopolitique pétrolière du continent, la liste des pays disposant de ressources pétrolières est nombreuse et comporte des pays tels que le Nigeria, l'Algérie, la Libye, l'Angola, le Congo, le Gabon, la Guinée Equatoriale, le Cameroun, les deux Soudan, la Centrafrique, la Côte d'Ivoire et bien d'autres pays encore.

sont des contrats passés entre une autorité publique (Etat, collectivités territoriales selon les cas) et un opérateur privé, par lequel la première confie au second la gestion d'un service public (en l'occurrence service public de l'énergie) et la charge d'en assumer les investissements et les risques de gestion avec la possibilité de se rémunérer grâce au prix payé par l'utilisateur de ce service⁸¹. Selon la jurisprudence du droit comparé, une définition exacte de la concession doit permettre de faire référence à la notion de « risque opérationnel substantiel » qui est « la caractéristique principale d'une concession »⁸². En pratique, les contrats de concession impliquent toujours le transfert au concessionnaire d'un risque économique incluant la possibilité que celui-ci ne récupère pas tous ses investissements en raison des coûts liés à l'exploitation de l'ouvrage ou du service⁸³. Substantiellement, cette définition admise en droit comparé ne colle pas toujours avec le régime des concessions telles qu'elles se pratiquent en Afrique⁸⁴. En effet, la réalité révèle que les concessionnaires, notamment en matière d'électricité, évitent de prendre des risques et se focalisent à maximiser les pistes de profits au grand détriment des populations et des acteurs économiques.

Certains codes de l'électricité ne définissent pas la concession à l'instar de ceux du Sénégal et des Comores. L'article 5 du code camerounais de l'électricité définit cette notion comme étant une « convention conclue de manière exclusive entre l'Etat et un opérateur, lui permettant d'exploiter le domaine public dans des limites territoriales précises, en vue d'assurer la production, le transport et la distribution de l'énergie électrique sur la base d'un cahier des charges »⁸⁵. L'article 5 de la loi togolaise relative à l'électricité quant à lui définit la concession comme « une convention

entre l'Etat et une personne publique ou privée et visant à autoriser, sous le contrôle de l'Etat et de l'Autorité de Réglementation, cette dernière à exploiter une ou plusieurs activités réglementées et/ou à construire les installations destinées à l'exercice d'activités réglementées »⁸⁶. Ces types de contrats sont des outils permettant la participation du secteur privé à l'optimisation du secteur électrique national.

Le contrat de partage de production quant à lui admet des définitions plus ou moins élaborées dans les codes pétroliers de certains pays d'Afrique subsaharienne⁸⁷. De manière générale, ce contrat établit les règles de partage de la production pétrolière et de coopération (droits et obligations des parties) entre la compagnie ou le consortium bénéficiaire du titre minier permettant l'exploration et l'exploitation, et l'Etat hôte. L'article 2 de l'Ordonnance n°001/PR/2010 relative aux contrats de partage de production au Tchad le définit comme « le contrat pétrolier dans lequel le titulaire s'engage à effectuer les opérations pétrolières, à ses frais et risques, pour le compte de l'Etat, moyennant une part des hydrocarbures produits sur la zone contractuelle liée comme rémunération en cas d'exploitation »⁸⁸. Cette définition est l'une des plus élaborées d'Afrique subsaharienne, ce qui n'est pas le cas de celles retenues par les législateurs camerounais⁸⁹, sénégalais⁹⁰, ou encore ivoiriens⁹¹ dans leurs codes pétroliers respectifs. L'une des particularités de ces contrats *sui generis* est qu'ils ne peuvent être conclus qu'entre l'Etat et une entreprise pétrolière⁹².

Contrairement au contrat de concession, l'Etat reste propriétaire des ressources pétrolières et le plus souvent, impose une société nationale comme membre du consortium. Cette dernière

81 Revue Lamy Collectivités territoriales – 2011, n° 72, pp. 41-42.

82 CJCE, 10 sept. 2009, aff. C-206/08, JOUE 7 nov. 2009, n° C 267.

83 Selon l'article 9 du Code camerounais de l'électricité, « Les activités exercées dans le secteur de l'électricité nécessitant l'obtention d'une autorisation, d'une licence ou d'une concession sont à la charge de l'opérateur ». L'article 23 du Code pétrolier de la République centrafricaine quant à lui utilise le terme « à ses risques et dépens » pour caractériser le contrat de concession d'hydrocarbure.

84 L'article 8 de la loi tchadienne sur les hydrocarbures définit péremptoirement le contrat de concession comme le « contrat pétrolier de recherches et d'exploitation par lequel l'Etat ou la société nationale confère à une personne qui morale qualifiée, et assume tous les risques, l'exercice des droits exclusifs de recherches et d'exploitation des hydrocarbures à l'intérieur d'un périmètre défini ».

85 Cette définition est similaire à celle du Code Gazier camerounais du 19 avril 2012.

86 Loi n°2000-012 du 18 juillet 2000 relative au secteur de l'électricité au Togo.

87 Lalinéa 3 de l'article 34 du Code pétrolier de la République centrafricaine ne le définit pas expressément.

88 Cf. Ordonnance n°001/PR/2010 portant approbation du contrat type de partage de production régissant les activités de recherche et d'exploitation des hydrocarbures liquides ou gazeux en République du Tchad et modifiant et complétant les dispositions de la Loi n°006/PR/2007 du 02 mai 2007 relative aux hydrocarbures.

89 Cf. article 2 de ce Code définit le contrat de partage de production comme un « contrat pétrolier par lequel le titulaire reçoit une rémunération en nature en disposant d'une part de la production ».

90 Cf. Code pétrolier sénégalais, art 2 (i).

91 Cf. Ordonnance du 18 avril 2012 portant Code pétrolier ivoirien, art 1^{er} nouveau (c).

92 Cf. Ordonnance tchadienne précitée, art 4.

peut ainsi participer à la prise de décisions, ainsi qu'au calcul des coûts et du partage de la production. Le schéma est globalement le suivant : le consortium prend en charge le coût de toutes les opérations d'exploration, d'exploitation, et de développement de la production, et ce, à ses seuls risques. En contrepartie, une partie de la production appelée « *cost oil* » lui est affectée, la vente de cette dernière doit permettre le remboursement de toutes ses dépenses (investissements et coûts opératoires). Le reste de la production, appelé « *profit oil* », est ensuite partagé, suivant des proportions et des modalités variables selon les pays, avec l'État.

A côté de ces deux instruments juridiques, il existe deux autres instruments, qui sont cependant beaucoup moins utilisés en matière d'exploitation pétrolière. Il s'agit du contrat de services par lequel l'entreprise nationale rémunère une entreprise pétrolière étrangère en pétrole pour une activité précise, laquelle étant considérée comme un cocontractant. A la différence du contrat de concession, il n'y a pas là d'appropriation étrangère des ressources. Le contrat d'association ou joint-venture quant à lui, se caractérise par la création d'un consortium entre des entreprises étrangères et une entreprise nationale pour exploiter les ressources pétrolières. A l'analyse, il y a lieu de se demander si tous ces instruments sont efficaces.

b. Des instruments juridiques à l'efficacité relative

Le contrat de partage de production et le contrat de concession sont tous deux des contrats conclus en vue d'exploiter le pétrole ou, pour ce qui est du contrat de concession, pour l'exploitation de l'électricité et du gaz. Ils ont pour objet de définir avec précision le partage des risques associés à l'exploration, au développement et à l'exploitation pétrolière, et de fixer les rémunérations découlant de ces activités.⁹³ Cependant, il semblerait que le contrat de partage de production ait la préférence des gouvernements africains, comparativement au contrat de concession où l'État n'a plus la propriété des ressources à exploiter. La concession, souvent utilisée en Europe, est

perçue en Afrique comme étant le symbole du système colonial, et de la dépendance des pays du sud aux puissances occidentales. Ainsi, dès le début des indépendances et les années qui s'en suivent, on a assisté et assistons de plus en plus à une substitution des contrats de partage de production aux concessions, considérés comme étant plus avantageux pour les États et la population civile. Le contrat de partage de production permet en effet, du moins en théorie, au pays producteur d'assurer un contrôle plus approfondi de l'exploitation de ses ressources. A titre d'illustration, le Congo Brazzaville a adopté depuis 1992 le contrat de partage de production pour l'exploitation de ses ressources pétrolières au détriment du contrat de concession. La part des revenus de l'État congolais est ainsi passée de 17 % à 33 % par baril⁹⁴.

L'adoption d'un instrument juridique jugé plus efficace au profit d'un autre ne suffit pas à le rendre pour autant efficace. D'autres facteurs rentrent en jeu. Comme le fait remarquer à juste titre Jean Pierre Angelier, les termes des contrats pétroliers dépendent du rapport de force dans lequel l'État et la société pétrolière sont placés. Il estime de plus à juste titre que les éléments à prendre en compte dans ce rapport de force portent à la fois sur les ressources elles-mêmes (si elles sont en grand nombre ou non), les facteurs économiques (place de l'industrie dans l'économie du pays, c'est-à-dire la taille du marché), les facteurs politiques (stabilité du pays, régime politique). Les contrats pétroliers conclus sur le continent africain n'échappent pas à cette règle. Plusieurs observateurs⁹⁵ s'accordent à dire que la majorité des contrats pétroliers conclus au sein des pays africains sont inefficaces. Ils sont d'ailleurs le plus souvent le résultat de concertations (pas toujours guidées par l'intérêt général) entre quelques hommes à la tête de l'État et une ou plusieurs sociétés soigneusement choisies.

Par ailleurs, si l'on s'en tient aux chiffres, on constate un fort déséquilibre dans la conclusion

⁹³ J.-P. ANGELIER, « L'évolution des relations contractuelles dans le domaine pétrolier », *Liaison énergie francophonie*, n°80, troisième trimestre 2008, p.24.

⁹⁴ I. TAMBA et J.-C. TCHATCHOUNG, « L'Afrique Centrale, le paradoxe de la richesse : industries extractives, gouvernance et développement social dans les pays de la CEMAC », Presses Universitaires d'Afrique, 2007.

⁹⁵ E. NGODI, « Gestion des ressources pétrolières et développement en Afrique », 11^{ème} assemblée générale du CODESTRIA, décembre 2005, p. 7 [<http://www.codesria.org/IMG/pdf/ngodi.pdf>] ; J.-J. IKAMA « Comment partager la rente pétrolière ? Les enseignements d'une expérience africaine », éd. Technip, Paris, mai 2013.

des contrats pétroliers. Ainsi, dans les contrats de partage de production d'Afrique du Nord, la part attribuable à l'Etat se situe à environ 51 % pour l'Etat et 49 % pour les compagnies pétrolières (Algérie et Libye) alors que dans les pays d'Afrique subsaharienne, elle se situe entre 31 et 35 %⁹⁶.

En plus des considérations juridiques, les gouvernements africains doivent prendre en compte les considérations économiques afférentes aux contrats pétroliers, et notamment porter attention au suivi du partage de la production : montant des redevances, qui se négocie entre l'Etat et la compagnie pétrolière, manière dont sont récupérés les coûts (prévision du cours du baril...). Cette étude nécessite la maîtrise des règles comptables et fiscales. En matière comptable, le droit OHADA se veut un outil qu'il conviendrait d'utiliser et d'appliquer au sein des entreprises signataires de ce type de contrat. Certains codes pétroliers précisent d'ailleurs que les ressources pétrolières sont comptabilisées selon les référentiels de l'Acte uniforme OHADA relatif à la comptabilité⁹⁷.

Certains gouvernements africains avaient pris ou prennent conscience de cet état de fait comme en témoignent certaines dispositions des codes des hydrocarbures, destinées à mettre en place des conditions d'exploitation plus équilibrées et instaurer des gardes fous. Cependant, l'Etat ne conserve pas le même rôle quand il s'agit du contrat de partenariat public privé.

2. Les contrats de partenariat public-privé : un bilan en demi-teinte

Le partenariat public-privé (PPP) est aujourd'hui présenté comme une solution médiane entre une action exclusive de l'Etat et la privatisation où la responsabilité est transférée au partenaire privé. Ces partenariats ont été perçus comme permettant de combler les lacunes des Etats en matière d'infrastructures car comme le souligne Makhtar Diop⁹⁸, « actuellement, 5 % seulement des projets d'infrastructures en Afrique font appel à la formule du partenariat public-privé, ce qui constitue le plus faible niveau de toutes

les régions du monde ». D'un autre côté, parce qu'il permet la mise en commun du savoir-faire de l'entreprise privée et des services publics essentiels à la population civile, il nous semble que ce modèle vaut la peine d'être plus usité, avec un encadrement adéquat. Cependant, l'objectif affiché est de présenter un cadre permettant de nourrir les réflexions en matière de partenariats public-privé (a) et leur apport dans le domaine de l'électricité (b).

a. Un outil juridique complexe et difficile à mettre en œuvre

Il n'existe pas de définition juridique unanimement consacrée de ce terme. Néanmoins, les analystes s'accordent à dire que le contrat de partenariat désigne une forme de collaboration entre le secteur public et le secteur privé⁹⁹. Ce sont les contrats par lesquels les pouvoirs publics et des entreprises privées s'engagent à construire ou gérer ensemble des infrastructures ou d'autres services et où le partage des responsabilités, des droits et des risques entre l'institution publique et le secteur privé s'y trouvent répartis¹⁰⁰ ; leur présentation exhaustive supposerait une étude à elle seule¹⁰¹.

Malgré les avantages que semble constituer un tel outil, d'aucuns ne manquent pas de souligner les obstacles liés à ce type d'instrument juridique qui peuvent freiner l'initiative privée, tout comme le souligne une étude datant de 2008 sous l'égide du NEPAD et de l'OCDE¹⁰². Par ailleurs, cette même étude évoque (liste non exhaustive) le caractère sédentaire de l'infrastructure qui ne peut être ni réutilisée, ni déplacée, créant ainsi des risques contractuels et réglementaires élevés dans des pays à forte instabilité politique. Or, bon nombre de pays d'Afrique sont perçus comme

96 E. NGODI, *ibid.*

97 Code gazier camerounais, art 54.

98 Vice-président de la Banque Mondiale en charge de l'Afrique.

99 L'ordonnance du 17 juin 2004 portant régime des Partenariats publics privés en France s'essaie à une définition à la vérité un peu laborieuse, on en retiendra que les contrats de partenariat sont des « contrats globaux par lesquels une personne publique (ou une personne privée chargée d'une mission de service public) confie à un tiers la conception et la réalisation d'équipements d'intérêt public ainsi que la gestion de ceux-ci ; c'est le cocontractant qui finance l'ouvrage et son exploitation et il est rémunéré par un prix versé par l'administration contractante.

100 « Les partenariats public-privé en Afrique », *idem*, p.50.

101 « Promotion des partenariats public-privé africains auprès des investisseurs », Guide de préparation des projets, Banque mondiale, 2009.

102 C. KAUFFMANN, « La participation du secteur privé aux infrastructures en Afrique », initiative NEPAD-OCDE pour l'investissement en Afrique, 2008, p.5-6.

politiquement instables¹⁰³.

b. Les contrats de partenariat et les infrastructures électriques

Il a été relevé que les gouvernements africains se sont trouvés dans l'incapacité de faire face aux besoins en infrastructures dus à l'augmentation de la demande de la part de la population civile, en constante croissance. Les infrastructures énergétiques n'échappent pas à ce constat. Ainsi, à titre d'exemple, en matière d'électricité, Makhtar Diop fait remarquer qu'au total 30 pays d'Afrique connaissent des interruptions régulières de l'approvisionnement en électricité, ce qui oblige les entreprises privées à réaliser de coûteux investissements dans des générateurs.

Somme toute, les ressources énergétiques du continent ne sont pas exploitées de manière efficiente et parfois gaspillées. La même étude commandée par le NEPAD et l'OCDE¹⁰⁴ établit le même constat. Une formation sur les contrats et conventions dans le contexte de libéralisation du secteur énergétique¹⁰⁵ a été réalisée en 2004-2005 dans plusieurs pays d'Afrique subsaharienne. L'objectif principal était de former les cadres sur la mise en œuvre et la gestion du service de l'électricité que les gouvernements seront amenés à mettre en délégation, à la fois dans un environnement urbain et rural. De manière générale, l'on constate un processus de retrait des institutions publiques au profit des opérateurs privés, sans pour autant que ce processus soit efficient. Les raisons sont notamment l'absence d'entités crédibles chargées de réguler le secteur, l'absence de la concurrence loyale, l'existence de dispositions imprécises et ambiguës faisant fuir les investisseurs.

Les contrats de partenariat drainent peu de capitaux privés en Afrique mais le secteur de l'énergie, et plus particulièrement de l'énergie électrique, n'y échappe pas. Pour ceux qui sont conclus, on observe leur établissement tout aussi bien à l'échelle nationale que régionale, ce qui traduit une volonté de recourir à ce mode d'action dans la mise en œuvre d'une politique énergétique commune. Ainsi, à titre d'exemple,

en février 2013, le Président de la Commission de l'UEMOA¹⁰⁶ et le Président Directeur Général de la Société Africaine des Biocarburants et des Energies Renouvelables (SABER/ABREC), ont signé un accord-cadre de coopération et de partenariat dans le domaine des énergies renouvelables et de l'efficacité énergétique. Cet accord « permet à l'UEMOA de se doter d'un instrument pour l'accompagner dans la mise en œuvre de sa Politique Énergétique Commune (PEC), en bénéficiant de l'expertise technique de SABER/ABREC dans l'exécution de ses projets prioritaires ».

On constate dans ce cas de figure les écueils présentés plus en amont de cette étude. Relevons qu'à titre illustratif, l'électricité en Côte d'Ivoire est gérée par un contrat de partenariat¹⁰⁷. Ce contrat *sui generis* constitue à notre humble avis, un moyen non négligeable permettant aux pays africains d'exploiter de manière efficiente leurs ressources énergétiques.

B. Règlement des différends dans le secteur de l'énergie

1. La régulation du secteur de l'énergie

C'est un principe unanimement admis en droit international, l'Etat est le propriétaire de toutes les sources d'énergie sur son territoire et détient, comme le faisait remarquer Savatier, le « trousseau de clefs de l'énergie »¹⁰⁸. Mais puisque cette énergie a pour vocation première de servir le citoyen, son activité et le bien-être collectif de la société, elle est également appréhendée comme une marchandise¹⁰⁹. Sa gestion conduit à la contractualisation, à la marchandisation, voire à la « marchandisation »¹¹⁰. Dans cette triple

106 Union Economique et Monétaire Ouest Africaine.

107 Il s'agit d'un PPP entre l'Etat ivoirien et l'entreprise AZITO, le contrat a été conclu pour une durée de 24 ans.

108 R. SAVATIER, « Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridique des biens corporels », *RTD civ.* 1958. 1 s. spéc. n° 27.

109 La Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) qui a pu affirmer qu'il « n'est pas contesté en droit communautaire, ni d'ailleurs dans les droits nationaux, que l'électricité constitue une marchandise au sens de l'article 30 du Traité, cf. CJCE 27 avr. 1994, aff. C-393/92, Cne d'Almelo et autres, Rec. 1477 ; CJEG déc. 1994. 623, concl. DARMON, note FIQUET ; V. aussi, CJCE 15 juill. 1964, aff. 6/64, Costa c/ Enel, Rec. 1141.

110 Cf L. CADIET, « Ouverture, Actualités et perspectives de l'attractivité économique de l'espace OHADA », in L. CADIET, *Droit et attractivité économique : le cas de l'OHADA*, Acte du colloque organisé par AEDJ et l'IRJS du 20 juin 2013 à la Sorbonne, A paraître aux Editions IRJS en 2013.

103 Même si cette perception est de moins en moins vérifiée.

104 Cf. « La participation du secteur privé aux infrastructures en Afrique », *idem.* p.3.

105 Cf. « Partenariat public privé dans le secteur de l'électricité », *idem.*

dimension, l'énergie se voit appliquer le principe de la libre circulation des marchandises avec quelques adaptations, justifiées notamment par l'existence d'un service d'intérêt économique général. C'est pour garantir cette dernière exigence que l'unanimité s'est faite autour de l'idée que les activités des marchés de l'énergie doivent être encadrées par une autorité de régulation sectorielle qui peut avoir selon les cas une compétence administrative et juridictionnelle.

La régulation des activités du secteur de l'énergie peut prendre plusieurs formes et être effectuée à plusieurs échelles : nationale ou régionale, voir continentale. En Afrique subsaharienne, la charge de la régulation des sous-secteurs gaziers et pétroliers relève généralement de la compétence du ministre en charge de l'énergie¹¹¹. Le sous-secteur le plus emblématique et le plus propice à la régulation en matière d'énergie est l'électricité. Il est aisé de le comprendre, celle-ci incarne à elle seule l'énergie finale par excellence. Cette régulation peut porter et porte généralement sur les tarifs¹¹² car compte tenu de la fragilité institutionnelle, de l'inexpérience des entités institutionnelles qui interviennent dans ce secteur, il est apparu nécessaire de confier la charge de cette veille à un régulateur unique. La régulation a également pour ambition de garantir une concurrence équitable¹¹³, de veiller à ce que les opérateurs se conforment aux règles et normes d'exploitation, de contribuer au renforcement des capacités, à la mutualisation de l'expertise et à la diffusion des meilleures pratiques¹¹⁴.

Comme nous l'avons relevé ci-dessus, dans les pays d'Afrique subsaharienne, deux modes de régulation du secteur de l'énergie coexistent en pratique : la régulation au plan national et la régulation au plan régional. Sur le plan national, presque tous les pays ont une autorité

indépendante¹¹⁵ ou une commission de régulation de l'énergie (électrique pour la plupart). Les pratiques, et certainement les approches, varient d'un pays à l'autre : dans certains pays, ces régulateurs sont déjà opérationnels alors qu'ils n'en sont qu'à la phase de projet dans d'autres¹¹⁶.

Au niveau régional, existe comme modèle, l'autorité de régulation de l'énergie électrique en Afrique de l'Ouest (CEDEAO) qui semble dotée d'importantes prérogatives et moyens. Sa mission est de réguler les échanges transfrontaliers d'électricité en Afrique de l'Ouest¹¹⁷. Au niveau de l'Afrique centrale, la CEEAC¹¹⁸ n'a pas encore institué d'autorité régionale de régulation du marché transfrontalier de l'électricité. Il en est de même au niveau de l'Afrique australe, de l'Est et du Nord.

Au titre de règlement des litiges, cet organe a une compétence juridictionnelle. La tendance générale en Afrique consiste à doter les régulateurs du secteur de l'énergie d'une compétence juridictionnelle spéciale. Ainsi en matière d'hydrocarbures par exemple, le ministre en charge du pétrole et du gaz peut être saisi pour arbitrer les litiges entre opérateurs¹¹⁹. Dans le secteur de l'électricité, le régulateur est compétent pour « régler les différends entre opérateurs du secteur de l'énergie électrique, entre opérateurs et consommateurs dudit secteur, sur saisine des parties »¹²⁰ ou « des litiges portant sur la qualité des services »¹²¹. Certains législateurs vont même plus loin en érigeant certaines agences de régulation en centre d'arbitrage et de médiation des litiges pouvant survenir dans leur secteur d'activité¹²². Ces attributions spécifiques de compétence juridictionnelle ne doivent pas nous faire perdre de vue que le règlement des différends est une composante essentielle des critères de décision en matière d'investissement

111 Code gazier camerounais, art 7.

112 Actuellement, les Etats de la CEDEAO sont en train de travailler sur le projet de Règlement portant fixation des modalités de détermination et de paiement des redevances pour la régulation régionale des échanges transfrontaliers d'électricité.

113 Code mauritanien de l'électricité, art 35. Dans le domaine de l'électricité par exemple, les réseaux de transport présentent les caractéristiques de monopoles naturels, et constituent la colonne vertébrale du système électrique, alors que des marchés s'ouvrent à la concurrence. Seul un régulateur peut veiller à ce qu'il y ait une concurrence équitable entre ces acteurs.

114 Cf. I. THIAM, « *Quel mode de réglementation pour l'Afrique?* », Communication au 5^{ème} Forum mondial de la régulation de l'énergie - Quel mode de régulation pour l'Afrique?, Québec, 16 mai 2012.

115 Cf. par exemple, l'Ordonnance n° 99-044 du 26 octobre 1999 modifiée par la loi n° 2005-31 du 1^{er} décembre 2005 autorisant l'Autorité de régulation multisectorielle (ARM) à réguler les activités exercées sur le territoire de la République du Niger dans le secteur de l'énergie électrique.

116 Dans l'espace CEDEAO par exemple, en mai 2012, sur 14 pays, 9 organes de régulations étaient opérationnels alors que 5 autres sont encore en cours de projet.

117 Pour plus d'informations, cf. [<http://www.erera.arrec.org>].

118 Communauté économique des Etats de l'Afrique centrale.

119 Cameroun, Code gazier, art 8.

120 Niger, Code de l'électricité, art. 10.

121 Mauritanie, Code de l'électricité, art. 33.

122 Pour plus de détails, cf. Code camerounais de l'électricité, art. 85 et 86.

dans le secteur de l'énergie.

2. Les modes de règlement des différends dans le secteur de l'énergie en Afrique subsaharienne

Dans la majorité des Etats d'Afrique subsaharienne, la compétence des juridictions étatiques est le principe, mise à part quelques exceptions où l'arbitrage est rendu obligatoire (a), le recours à ce dernier est le plus souvent optionnel (b).

a. L'arbitrage obligatoire ou forcé

L'arbitrage est forcé lorsque la loi, exceptionnellement, impose aux parties d'y recourir. En matière d'électricité, le Bénin et le Togo, en raison de leurs frontières et intérêts communs en matière d'électricité, et convaincus qu'une politique commune permettrait un meilleur accès à l'électricité et à un meilleur coût, ont décidé d'adopter, en plus de leurs législations nationales, une législation commune relative au transport, à la distribution, à l'importation et à l'exportation de l'énergie électrique, ainsi que des activités y afférentes. C'est ainsi que le 27 juillet 1968 a été signé un accord instituant un code de l'électricité commun (le Code Daho-Togolais), lequel, compte tenu des nouvelles exigences dues au développement du secteur de l'énergie, a été révisé en 2003¹²³. L'article 7 prévoit qu'en cas de litige relatif à son interprétation ou à son application, les parties feront recours à un règlement à l'amiable et en cas d'échec, à la procédure arbitrale devant la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA (CCJA). Ce recours obligatoire à l'arbitrage est souvent privilégié, sinon quasi systématique, s'agissant de litiges internationaux, c'est-à-dire présentant des éléments d'extranéité, ce qui est le cas des litiges pouvant s'élever entre le Togo et le Bénin au sujet de l'énergie électrique.

Un autre texte prévoyant l'arbitrage obligatoire est la loi tchadienne de 2007 sur les hydrocarbures. En son article 104 alinéa 1^{er}, ce texte dispose que « les litiges opposant les parties au contrat pétrolier et relatifs à l'interprétation ou l'exécution dudit contrat qui n'ont pu être réglés à l'amiable seront soumis à l'arbitrage de la Chambre de commerce

international (CCI) de Paris »¹²⁴. De même, en Afrique du Nord, la loi algérienne relative aux hydrocarbures, dans son nouvel article 58, impose en cas de litige opposant l'Agence Nationale pour la revalorisation des ressources en hydrocarbures (ALNAFT) et les cocontractants, le règlement à l'amiable et, à défaut, le recours à l'arbitrage.

b. L'arbitrage optionnel

À l'exception de ces exemples emblématiques des législations prévoyant un arbitrage obligatoire en matière d'énergie, particulièrement en matière pétrolière, la majorité des codes relatifs à l'énergie en Afrique subsaharienne prévoit un régime d'arbitrage optionnel. En Côte d'Ivoire par exemple, le code pétrolier de 1996, dans ses dispositions non modifiées par l'ordonnance du 18 avril 2012, prévoit dans son article 85 la compétence de principe des tribunaux ivoiriens en cas de litiges relatifs aux contrats pétroliers. Ce code prévoit également dans cette même disposition la possibilité d'introduire dans le contrat pétrolier une clause de conciliation et d'arbitrage pour tout différend pouvant survenir entre l'Etat et son cocontractant. Le législateur camerounais est également sur la même voie : l'article 115 du Code pétrolier camerounais de 1999 prévoit un arbitrage optionnel. C'est également le choix du législateur centrafricain dans les dispositions de l'article 84 alinéa 2 de son code pétrolier. Au niveau régional, le règlement des litiges est une préoccupation, comme l'illustre l'adoption du protocole A/P4/1/03 sur l'énergie à Dakar, en date du 31 janvier 2003. Il est intéressant de constater que la situation diffère selon que le litige survient entre une partie contractante et un investisseur, ou entre deux parties contractantes (articles 26 et 27). A travers ce panorama, nous pouvons constater que le recours à l'arbitrage dans le secteur de l'énergie est mentionné dans la majorité des législations africaines relatives à l'énergie. Cependant, il est souvent mentionné de manière incomplète et/ou partielle, ou est tout simplement absent des dispositions, à l'instar des deux Congo, ce qui peut paraître surprenant eu égard à l'importance des ressources énergétiques des deux pays.

123 Code bénino-togolais, [<http://www.gouv.bj/sites/default/files/Accord-International-code-benino-togolais-electricite.pdf>].

124 L'article 66 alinéa 2 du Code pétrolier sénégalais prévoit également un arbitrage obligatoire.

CONCLUSION

Le droit de l'énergie mérite d'être mieux connu en Afrique. Les actes de mauvaise gouvernance nationale dans le secteur énergétique ont pu causer un grave préjudice à l'image de l'Afrique tout entière, mettant ainsi à mal les efforts continus accomplis par certains pays. Bien que le droit de l'énergie soit certes très important, un second constat consisterait à souligner le besoin d'une effectivité du droit à l'énergie¹²⁵. Ce droit d'accès à l'énergie¹²⁶ considéré en tant que droit créance pourrait et devrait être opposé par les citoyens à leurs gouvernements respectifs. L'Afrique, et plus précisément certains pays d'Afrique subsaharienne, disposent à travers l'OHADA d'indispensables outils juridiques d'intégration. L'observateur sera heureux de constater qu'en Afrique subsaharienne, en complément de l'harmonisation formelle spécifique au droit commun des affaires qui a été initiée dans le cadre de l'OHADA, il se dégage aujourd'hui des tendances à une harmonisation substantielle du contenu du droit de l'énergie.

125 Au Nigéria, premier producteur africain d'or noir, environ 60% des près de 175 millions d'habitants n'a pas accès à l'électricité.

126 Voir M. Trouyet, « Allocution d'ouverture », in L. CADIET (dir.), *Droit et attractivité économique*, (Actes du colloque organisé par l'AEDJ et l'IRJS le 20 juin 2013 sur le thème « Le système juridique de l'OHADA et l'attractivité économique des Etats parties 20 ans après : bilan et défis à relever »), IRJS Editions, 2013, à paraître.

RAMIN HARIRI, CORINNE CUENCA, ET LUDOVIC BERNET

Les partenariats public-privé sont-ils la meilleure solution pour le financement de projets d'infrastructures dans le secteur de l'énergie en Afrique francophone?



Avocat Associé
au cabinet
FIDAL



Avocat au
cabinet FIDAL



Avocat au
cabinet FIDAL

RÉSUMÉ

Cet article traite des différents montages contractuels et financiers existants basés sur un partenariat entre le secteur public et le secteur privé dans le cadre de projets d'infrastructures d'intérêt public, qui ont été consacrés par la pratique ainsi que par les lois de plusieurs pays africains francophones, dont l'efficacité est toutefois conditionnée par la mise en place de structures et de mécanismes de gestion et de contrôle adaptés.

INTRODUCTION

Les initiatives relatives à la mise en place de partenariats public-privé (PPP) se sont multipliées ces dernières années en Afrique, sous l'impulsion des bailleurs de fonds et organismes de développement internationaux, ainsi que de stratégies et programmes de développement gouvernementaux¹. En effet, ils apparaissent comme une solution à la crise du financement public des infrastructures et aux besoins croissants en infrastructures d'intérêt public².

Le déficit en infrastructures en Afrique constitue un frein au développement économique en ce qu'il conduit à une augmentation des coûts de production et des services³ ; aussi, il conduit à une baisse de la compétitivité des affaires et à un impact négatif sur le flux des investissements directs étrangers vers le continent. Ainsi, ce déficit peut restreindre la mise en œuvre de mégaprojets dans le secteur minier ou celui des hydrocarbures qui requièrent l'existence d'infrastructures énergétiques et de transport, en augmentant fortement le coût global de tels projets du fait de la nécessité de réaliser prioritairement les infrastructures requises.

Les grands projets d'infrastructures nécessitent des investissements considérables qui ne peuvent

1 On citera à cet égard le Programme de développement des infrastructures en Afrique (PIDA), qui a pris le relais du NEPAD (« *Medium to long-term strategic framework* » – « MLTSF »), sous l'égide de l'Union africaine, l'Agence du NEPAD et la Banque africaine de développement (BAD) (<http://www.afdb.org/fr/topics-and-sectors/initiatives-partnerships/programme-for-infrastructure-development-in-africa-pida/>). De même, on citera le Fonds de Conseil en Infrastructure Publique-Privée (PPIAF), administré par la Banque Mondiale et le Consortium pour les infrastructures en Afrique (ICA) qui réunit des bailleurs de fonds bilatéraux, des organismes multilatéraux et des institutions africaines (BAD, Banque Mondiale, Société financière internationale (SFI), Commission européenne (CE) et Banque européenne d'investissement (BEI) notamment) et dont les pays du G8 sont membres). Enfin, on notera le lancement en 2006 de l'Initiative NEPAD-OCDE pour l'Investissement en Afrique.

2 Voir par exemple le rapport thématique sur « Le développement de infrastructures comme agent catalyseur de la croissance économique en Afrique » de la Commission de l'Union africaine et l'Agence du NEPAD présenté lors du 17^e forum pour le Partenariat avec l'Afrique (FPA) organisé à Addis-Abeba le 16 novembre 2011.

3 Voir à cet égard le rapport intitulé « Infrastructures africaines : une transformation impérative » publié par l'Agence française de développement (AFD) et la Banque Mondiale en 2010. Dans son document intitulé « Au centre de la transformation de l'Afrique ; la Stratégie pour la période 2013-2022 », la BAD indique que « *L'insuffisance des infrastructures d'eau et d'assainissement coûte à l'Afrique l'équivalent de 5 % du PIB. Les coûts élevés du transport ajoutent 75 % au prix des marchandises africaines et près de 30 pays ont des pannes d'électricité chroniques. L'élimination de ces carences pourrait ajouter 2 points de pourcentage à la croissance annuelle du PIB de l'Afrique* » (page 14).

être réalisés par les seuls pouvoirs publics et appellent de ce fait l'intervention d'investisseurs (tels que les bailleurs de fonds institutionnels internationaux⁴) et de partenaires privés (promoteurs, prêteurs). En outre, l'investissement public en infrastructures est souvent considéré comme manquant d'efficacité, en raison d'un manque d'expérience en gestion de projet, d'une dotation excessive en personnel, d'une sous-perception des recettes et/ou d'un entretien inadéquat des installations.

La mise en œuvre de PPP, désignant schématiquement toute relation contractuelle sur le long terme par laquelle le secteur public transfère au secteur privé tout ou partie des risques de financement, construction, exploitation, gestion et/ou maintenance d'une infrastructure d'intérêt public, apparaît comme une solution alternative au financement public permettant d'augmenter le volume et la qualité des infrastructures, ainsi que l'efficacité des investissements y afférant.

Les différents montages contractuels et financiers de type PPP peuvent être efficaces (I) à condition que des structures et mécanismes de gestion et de contrôle adaptés soient mis en place (II).

I. L'efficacité des différents montages juridiques et financiers de type PPP

Afin de combler les besoins en infrastructures et de diversifier les sources de financement des projets, la pratique, relayée par des législations modernisant les modes de passation de la commande publique dans certains Etats, a consacré différents schémas contractuels et financiers basés sur un partenariat entre le secteur privé et le secteur public pour le financement, la construction et l'exploitation d'infrastructures d'intérêt public sur le long terme.

La terminologie utilisée pour chacun de ces montages de type PPP par la pratique comme par la loi n'est pas toujours adéquate, comme le montre l'utilisation du terme « concession » ou le

sigle « BOT » (*built, operate and transfer*) et elle varie en fonction (i) des objectifs des parties et (ii) de l'infrastructure concernée.

Ainsi, selon les objectifs des parties, il pourra être préféré au modèle de « BOT », un schéma de « BLT » (*build, lease and transfer*) si l'opérateur construit puis loue l'infrastructure à un exploitant, ou de « BTO » (*build, transfer and operate*) si l'opérateur exploite l'infrastructure après l'avoir construite et en avoir transféré la propriété à l'Etat. De même, la concession est généralement utilisée pour des ports et des routes à péage alors que le modèle de BOT est classiquement utilisé pour les projets de production d'électricité.

La notion de PPP regroupe ainsi différents montages contractuels et financiers, dans lesquels (i) l'opérateur ou la société de projet spécialement créée à cet effet (« SPV » pour « *special purpose vehicle* »), est essentiellement rémunéré soit par l'usager de l'infrastructure (ex : routes à péages), soit par la puissance publique ou une participation aux gains de l'exploitation (ex : centrales électriques) et (ii) l'Etat, y compris les collectivités locales, établissements publics et sociétés à participation publique majoritaire, est plus ou moins associé aux risques d'exploitation de l'infrastructure concernée.

La participation de l'Etat varie selon le montage contractuel et financier choisi. En effet, il peut intervenir dans le cadre d'une « participation minimale » en tant que pouvoir régalién délivrant les autorisations, percevant les redevances de concession ainsi que les impôts et taxes et récupérant l'infrastructure à la fin du contrat de PPP. L'Etat peut également contribuer au titre d'une « participation effective », en tant qu'actionnaire de la SPV qui finance, construit et exploite une infrastructure donnée pendant la durée du contrat de PPP, impliquant de ce fait un véritable partage des risques et des bénéfices de l'exploitation (comme dans un schéma de BOT avec une société commune, « JV »).

Ainsi, dans le cadre de concessions (régies le plus souvent par la réglementation des marchés publics), l'Etat transfère le risque de financement et d'exploitation technique et commerciale d'une infrastructure d'intérêt public à un

⁴ Voir à cet égard la Stratégie pour la période 2013-2022 de la BAD susvisée ; pour l'énergie, voir le rapport thématique sur « Les priorités énergétiques de l'Afrique dans le Programme de développement des infrastructures en Afrique (PIDA), et le Plan d'action pour les infrastructures des BMD » établi par la Commission de l'Union africaine et l'Agence de planification et de coordination du NEPAD pour la 18^{ème} réunion du Forum pour le partenariat avec l'Afrique (FPA) tenu à Addis-Abeba en janvier 2012.

opérateur privé (le concessionnaire) pendant une période suffisamment longue pour permettre le recouvrement des investissements, des coûts de maintenance et des frais d'exploitation ainsi que la réalisation d'un profit raisonnable par le concessionnaire.

Celui-ci conçoit, finance, exploite, entretient et développe l'infrastructure à ses risques et périls dès lors qu'il est essentiellement rémunéré par une redevance payée par les usagers de l'infrastructure, des subventions pouvant lui être octroyées par l'Etat. Ce dernier perçoit des revenus sous forme de taxes et de redevances de concession et la propriété des infrastructures lui est transférée à la fin de la concession, d'une durée de 25 à 30 ans généralement. La majorité des PPP mis en place à ce jour sont de type concessif, où l'opérateur prend tous les risques et où la participation de l'Etat est minimale.

La pratique a également développé des PPP sous forme de « BOT » (régis par le seul contrat et, le cas échéant, par des lois spécifiques comme au Sénégal) pour le financement de projets d'infrastructures nouvelles et relativement indépendantes et tout particulièrement de centrales électriques (ou projets de production indépendante d'électricité, « IPP »).

Dans ce cadre, la SPV finance, construit et exploite une nouvelle infrastructure pendant la durée du contrat et en transfère la propriété à l'Etat à l'arrivée de son terme. Elle souscrit les emprunts nécessaires à l'opération auprès de banques principalement (avec un recours limité aux promoteurs du projet) et conclut les contrats de construction (dits « EPC ») et d'exploitation et maintenance (dits « O&M ») de l'infrastructure. Elle est rémunérée par l'Etat, sous forme de « loyers » ou « redevances », ou par l'utilisateur, qui est généralement une entité publique ou une société nationale (dite « *offtake purchaser* ») via l'achat de la production réalisée. Dans les « IPP », la SPV est rémunérée via la vente de l'électricité produite, dans le cadre d'un contrat d'achat d'électricité conclu avec la société nationale qui la distribuera aux consommateurs et utilisateurs finaux.

La participation de l'Etat dans ce type de projets d'infrastructures se limite généralement

à l'exercice de ses pouvoirs régaliens, à la signature d'un contrat pour la construction de la centrale électrique et à l'octroi de garanties visant à sécuriser le montage contractuel et le financement consenti à la SPV, lequel sera remboursé par les flux de trésorerie du projet en phase d'exploitation.

Dans ce contexte, il peut être préférable pour l'Etat d'intervenir en tant qu'actionnaire de la SPV afin d'accroître ses revenus (ses revenus indirects (taxes, impôts, redevance) étant complétés par des revenus directs (dividendes) tirés de l'exploitation de l'infrastructure), de participer aux décisions de gestion et d'exploitation de la SPV et de contrôler ainsi tout risque de mise en œuvre des garanties données. Cela lui permet aussi de bénéficier d'un partage d'expérience et de savoir-faire afin d'être en mesure de reprendre l'exploitation de l'infrastructure au moment du transfert et de former à cette fin les acteurs publics impliqués dans le projet.

De multiples initiatives visent à promouvoir en Afrique de véritables partenariats instituant un partage des risques entre le secteur public et le secteur privé, dans lesquels l'Etat, directement ou via une société nationale créée à cet effet, accepte d'être un actionnaire et partenaire commercial de la SPV chargée de financer, construire et exploiter une infrastructure.

Or, dans ce cas, l'Etat doit toutefois disposer des capacités de gestion suffisantes ainsi que des moyens financiers pour participer au financement du projet au prorata de sa participation au capital de la SPV. Il devra en outre offrir une stabilité institutionnelle et économique de nature à rassurer sur l'efficacité des garanties qu'il sera généralement appelé à fournir aux prêteurs de la SPV.

II. La nécessité de structures et de mécanismes de gestion et contrôle adaptés pour l'efficacité des différents montages de type PPP

Si des projets d'infrastructures mis en œuvre ces dernières années sous forme de PPP en Afrique ont été de véritables succès, le développement des infrastructures d'intérêt public dans le cadre de PPP s'avère en pratique limité, que ce soit tant au regard du nombre de projets ou du volume

d'investissements privés, que du rôle de l'État dans ce type de partenariat, lequel se limite le plus souvent à celui de concédant.

En effet, ce développement requiert tout d'abord un climat des affaires propice aux investissements privés nationaux et étrangers (stabilité politique, solidité à long terme de l'économie, existence d'une réglementation favorable aux investissements).

Ensuite, ce développement requiert la mise en place d'un cadre juridique et institutionnel adapté⁵. En effet, la mise en place d'un cadre juridique général régissant les différentes formes de PPP dans le développement des infrastructures (i) qui offre une bonne visibilité concernant la procédure de passation et de mise en œuvre des PPP et (ii) permet aux parties d'assurer le suivi de l'exécution et d'imposer le respect des obligations contractuelles, est nécessaire. A titre d'exemple, des pays comme le Cameroun⁶, le Sénégal⁷ ou encore la Côte d'Ivoire⁸ ont mis en place un cadre légal et réglementaire fixant les conditions de participation du secteur privé à la réalisation et exploitation d'infrastructures et équipements publics, qui étaient auparavant traitées au cas par cas, ce qui ne garantissait pas aux opérateurs privés la transparence des procédures et l'égalité d'accès et de traitement.

En parallèle, les États doivent mettre en place un cadre institutionnel et méthodologique adapté afin de disposer des moyens humains et des outils nécessaires à la mise en place et au suivi des projets d'infrastructures sous forme de PPP⁹.

Des institutions étatiques (« autorité », « unité », etc.) doivent être mises en place afin notamment de promouvoir les investissements ainsi que le recours au PPP, pour assurer le suivi des contrats relatifs à des projets d'infrastructures et contrôler le respect des procédures de passation et l'exécution de ces contrats. Les États doivent également mettre en place une « équipe projet » qui participe à chacune des étapes de la préparation et de la mise en œuvre du projet, avec l'appui de conseillers internes ou externes juridiques et fiscaux, notamment dans le cadre de la rédaction et la négociation du contrat conforme aux meilleures pratiques internationales ainsi que du suivi du projet.

De nombreux États africains ont mis en place un cadre légal et réglementaire spécifique aux différentes formes contractuelles de type PPP, complété par un cadre institutionnel qui crée des organismes apportant une assistance aux acteurs publics impliqués dans un PPP (tels que le Conseil d'Appui à la Réalisation des Contrats de Partenariat (CARPA) au Cameroun¹⁰, l'Agence Nationale chargée de la Promotion de l'Investissement des Grands Travaux (APIX) et le Comité de Pilotage des Grands Travaux au Sénégal ou encore le Comité National du Processus de Promotion et du Renforcement des Partenariats Public-Privé en Côte d'Ivoire¹¹).

S'agissant de la méthodologie, ceci implique, entre autres, de définir un processus de sélection des projets, par exemple en suivant les recommandations de la Banque Mondiale¹², et d'adopter une démarche structurée permettant d'identifier précisément les besoins, les investissements requis et les parties concernées, de définir leur rôle dans la maîtrise du projet ainsi que de déterminer les coûts, leur financement et l'allocation des risques et responsabilités entre les parties.

Les parties au projet, (l'État comme l'opérateur privé), doivent elles-mêmes analyser précisément

5 Voir à cet égard les Principes de l'OCDE pour la participation du secteur privé aux infrastructures approuvés par le Conseil de l'OCDE en mars 2007 et destinés à aider les gouvernements à trouver de nouveaux moyens de financer l'investissement de projets d'infrastructure.

6 Loi n° 2006/012 du 29 Décembre 2006 fixant le Régime Général des Contrats de Partenariat, au Cameroun, complétée par des lois, décrets et arrêtés postérieurs.

7 Voir la « Loi B.O.T. » au Sénégal, à savoir la loi n° 2004-13 du 1^{er} mars 2004 relative aux contrats de construction exploitation transfert d'infrastructures (CET), modifiée par la loi n° 2009-21 du 4 mai 2009.

8 Adoption de deux décrets en Conseil des Ministres en Côte d'Ivoire en décembre 2012, sur les contrats de PPP et sur l'organisation et le fonctionnement du cadre institutionnel de pilotage des PPP (http://www.gouv.ci/conseil_print_1.php?recordID=150).

9 Voir à titre d'exemple les 15 principes directeurs de la stratégie des PPP du Comité National des PPP en Côte d'Ivoire ; <http://www.ppp.ci/>

10 <http://www.ppp-cameroun.cm/index.php?page=organisation>

11 <http://www.ppp.ci/>

12 Voir le guide « Promotion des partenariats public-privé africains auprès des investisseurs ; Guide de préparation de projets », établi par le secrétariat de l'ICA avec l'appui du PPIAF et de la Banque Mondiale en 2009, ainsi que le guide « Partenariats public-privé dans le secteur des infrastructures ; Guide pratique à l'intention des décideurs publics » de Jeffrey Delmon avec l'appui du PPIAF et de la Banque Mondiale en 2010.

et modéliser les différents paramètres de chaque projet (montant des investissements, nature de l'infrastructure, rentabilité financière, rentabilité économique tenant compte des externalités positives, rémunération des investisseurs, inclusion ou non dans un projet plus global ou « intégré », etc.) avant la définition et la mise en place du schéma contractuel le plus adapté à un projet donné, afin d'éviter par exemple les dérives de coûts de construction et d'exploitation.

La formation des gestionnaires publics constitue un préalable et un impératif qui peut être mis en œuvre dans le cadre d'un programme de renforcement des capacités locales avec l'appui d'organismes de développement, afin de leur permettre de maîtriser les différentes étapes (analyse préalable du projet, détermination du schéma contractuel le plus adapté, mise en place de procédures de suivi, etc.) et les enjeux de la mise en place d'un PPP et principalement la maîtrise et l'allocation des risques entre les parties dans le cadre de la construction, de l'exploitation mais aussi de la maintenance de l'infrastructure concernée.

Ainsi, la Facilité africaine de soutien juridique (ALSF) a apporté son appui à l'organisation d'un séminaire de formation sur les PPP à l'intention des acteurs publics impliqués dans le processus de la commande publique au Sénégal en avril 2013 pour renforcer leur capacité à négocier et gérer des PPP. Ces derniers, ne connaissant pas le mécanisme des PPP, préfèrent généralement recourir aux formes traditionnelles de passation des marchés lorsqu'ils sont appelés à initier et à mettre en œuvre les projets de l'État.

Enfin, et afin de faire face aux contraintes de financement des projets d'infrastructures de type PPP, lesquelles ont été renforcées notamment par les exigences de Bâle III imposées aux banques, l'État doit veiller à la mise en place de financements mixtes (ressources nationales, bailleurs de fonds institutionnels, financements privés de promoteurs et prêteurs) impliquant une plus grande participation de sa part, par exemple en accordant des garanties, en réalisant des apports et/ou en assumant une partie des risques d'exploitation. Il pourrait également être envisagé de transférer la dette bancaire contractée auprès de banques étrangères pour

le financement de la phase de construction à des bailleurs internationaux ou à des fonds souverains qui auraient vocation à rester en tant qu'investisseurs à plus long-terme.

Malgré l'existence de différents montages contractuels et financiers de type PPP, force est de constater que ceux connaissant le plus de succès en Afrique à ce jour sont ceux impliquant une participation minimale de l'État. Il convient de promouvoir ceux impliquant au contraire une participation maximale de l'État, dans lesquels celui-ci participerait non seulement au financement mais aussi au management opérationnel d'une infrastructure donnée, bénéficiant ainsi d'un transfert progressif de savoir-faire qui augmenterait les capacités de ses agents, en vue de la reprise de ladite infrastructure au terme du contrat.

YOHAN LE PEUCH AND DR. RICHARD AUSTEN-BAKER

Thrones and Dominations: Stabilization Clauses and National Sovereignty



Student of Law
at Lancaster University



Senior Lecturer at Lancaster
University Law School
Barrister of Gray's Inn in London

ABSTRACT

Scholarly literature (and political discussion) of stabilization clauses tends to assume that the aim of these clauses is to place limits on the exercise of sovereign power by States who are contracting parties. It is then argued either that this works to evil, in restraining due development of ethical, environmental and human rights standards in the countries concerned or else that they are ineffective, since sovereignty cannot be contractually limited, and are therefore useless. This article argues that neither of these positions is correct; rather, the clauses provide for financial adjustment between contracting parties when legal changes are made by the State co-party, thus facilitating risk management on the part of the non-State co-party. The greater certainty thereby engendered permits the non-State party to agree to the contract at a cost more favourable to the State party than might otherwise be the case.

INTRODUCTION

Managing and allocating risk has always been one of the main purposes of contracts, whatever the nature of the risk might be. However, when a private entity contracts with a State the importance of political risk drastically increases and contractors must find a way to bridge the gap between the post-contractual positions of the contractors (emanating from the sovereign State's potential use of its prerogative powers). The duration of the contract, sometimes spanning decades, further increases political unpredictability and compounds the associated risks. Contracts falling under these categories, such as long-term energy contracts between an investor and a Sovereign state, therefore necessitate political risk management mechanisms. Indeed, the need is greater in energy contracts due to the fact that they are "long-term, capital intensive and highly dependent on the exercise of government's regulatory powers"¹. To fulfil that need, contractors often choose to

make use of stabilization clauses in an attempt to rebalance the bargaining powers of the parties.

However, as this article will demonstrate, the power of the State is not limited, and certainly not diminished by stabilization clauses. Contrary to what the majority of literature seems to suggest, the State's sovereign power is not so easily removed. Nevertheless, stabilization clauses still serve a purpose, yet this purpose is achieved not through their overriding nature, but rather through their rectifying mechanisms. This new perspective will allow us better to appreciate the real difference between the various types of stabilization clauses, and help to understand their use and application.

I. STABILIZATION CLAUSES

At this point, it might be helpful to outline the various types of stabilization clauses, and their respective purposes. Simply put, the aim of a stabilization clause is to contractually set out the stability of a contract's legislative, regulatory

¹ T. Walde and A. Kolo, « Environmental Regulation, Investment Protection and « Regulatory Taking » in International Law », 50 Intl. Comp. L.Q. 811, 819, 2001.

and fiscal environment. For instance, a drastic increase in taxes, a change in the regulatory system of the industry, and even nationalization can be imposed on the private contractor, and any one of these events may have disastrous effects for the company's project. It is submitted that stabilization clauses may be categorised as (A) 'intangibility clauses', (B) 'freezing clauses' and (C) 'economic equilibrium clauses'. Hybrids are fairly common, and more than one type of stabilization clause may co-exist in any given contract.

A. Intangibility Clauses

The purpose of an intangibility clause is to provide that the contractual terms of the contract will not be changed unilaterally, since it is usually a State's right to do so. This is the case in Mozambique's model production sharing contract, which provides that:

« The Government will not revoke or amend the Authorisation granted to ENH to explore and produce Petroleum from the Contract Area without taking effective measures to ensure that such revocation or amendment does not affect the rights granted to the Contractor hereunder.² »

At first glance, it would indeed appear that these intangibility clauses are meant to limit the State's sovereign powers, but we shall see below why that is not entirely true.

B. Freezing Clauses

Generally speaking, freezing clauses attempt to 'freeze' the legislative and regulatory environment at the moment the contract was signed, and seek to prevent any changes from applying to them. This is done either by providing that no new legislation may be passed, or that any new legislation will not apply to the contract. An example of a freezing clause would be Syria's model production contract, which states that:

« Contractor and Operating Company shall be subject to all laws and regulations of local application in force in the S.A.R. provided that no laws, regulations or modifications thereof

shall be contrary to or inconsistent with the provisions of this Contract.³ »

Once again, it would appear that the clause limits the State's sovereign powers, since it would theoretically strip the State of its power to enforce the law within its own borders.

C. Economic Equilibrium Clauses

The final type of stabilization clause that is outlined in conventional classification is the economic equilibrium clause, which provides for renegotiation or arbitration in order to return both parties to economic equilibrium and to their prior contractual positions if any aspect of the law is changed. An example of this would be contained in Russia's model production sharing contract, which has a clause providing that:

« If at any time after the Effective Date there is a change in the Legal Measures which adversely affects the economic position of the Investor hereunder, the terms and conditions of the Agreement shall be changed so as to restore the Investor to the same overall economic position as that which prevailed under the Legal Measures applicable on the Effective Date.⁴ »

However, due to their similarity with simple renegotiation clauses, economic equilibrium clauses do not appear to be an attack on the sovereignty and prerogative powers of the State. Yet, for reasons that will become clear, they still fall within the category of stabilization clauses.

II. DO STABILIZATION CLAUSES AFFECT SOVEREIGN RIGHTS?

A great number of authors writing about stabilization clauses propose that they restrict "the host State from exercising its sovereign right to unilaterally change its laws"⁵ or even that they have the result of "neutralising the effect of prerogatives of the host State which allow it to unilaterally modify the legal environment of

² Article 30.7(d), Mozambique's Model Production Sharing contract, 2000.

³ Article 18.1, Syria's model production sharing contract from the late 1980s.

⁴ Article 31, Russia's model production sharing contract from the mid-1990s.

⁵ A.T. Martin « Dispute Resolution in the International Energy Sector: an Overview », (2011) 4 Journal of World Energy Law and Business, pp. 332 - 353.

such agreements⁶. Even when the writers do not explicitly claim that the stabilization clauses have the effect of limiting the sovereign power of the State, or words to that effect, limiting the sovereign power of the State is often propounded as the purpose of stabilization clauses, and it is suggested that they are “designed to put the terms of investment agreements beyond the reach of the government”⁷. The present authors submit that this is an exaggeration of the efficacy of stabilization clauses and that their effects do not come close to limiting the power of the State nor of putting investment agreements beyond the reach of government.

Furthermore, the majority of the objections to stabilization clauses stem from the fact that they appear to override the authority and sovereignty of the State, and that they therefore allow companies to contract out of evolving obligations in areas such as human rights law, environmental law, and regulatory regimes. Indeed, a study was even published by the International Finance Corporation on *Stabilization Clauses and Human Rights*⁸, which concluded that the clauses may “negatively impact the host state’s implementation of its human rights obligations”⁹. The existence and effect of stabilization clauses was brought into the media spotlight during a BP cross-border pipeline construction in 2003¹⁰ (the Baku-Tbilisi-Ceyhan pipeline crossing Azerbaijan, Georgia, and Turkey), in which key contracts were brought to attention containing stabilization clauses, leading to an uproar from human rights and environmental groups¹¹. This misconception originates from the idea that a stabilization clause removes the sovereign and

prerogative powers of the State. If that were the case, it would indeed be justifiable to be under the impression that the State is left defenceless against the contractor, who would then bargain to avoid complying with any new laws that do not suit it.

By their very nature States are sovereign, and as such have limitless sovereign power¹². As established through arbitration decisions, even a stabilization clause will not take that away. Indeed, according the tribunal in the *Aminoil*¹³ case, even the principle of *pacta sunt servanda* (the binding nature of contracts) will not prevail over the sovereign’s acquired powers¹⁴. This means that the State is still free to do whatever it pleases within the confines of its own borders, and this is exactly what they do since “it is a principle of public international law that States may not renounce sovereign prerogatives”¹⁵. As such, in most of the arbitral awards relating to stabilization clauses (which happened to relate to the nationalization of petroleum industries in different countries), States were still free to nationalise and retained the right to do so, despite a contractually binding clause in which the State agreed not to exercise that power. Specific performance was only awarded once, in the case of *Texaco*¹⁶. In this case, the Libyan government had entered into a concession agreement containing a stabilization clause with the Texaco Overseas Petroleum Company and the California Asiatic Oil Company in the mid 1950s, yet the State decided to nationalise the petroleum industries in 1973. The sole arbitrator ruled in favour of the foreign investors and granted specific performance, however this award was unenforceable (due to the State’s sovereignty) and this path has not been attempted since.¹⁷ Therefore, the effect of a stabilization

6 B. Montembault, « La Stabilisation des Contrats d’Etat à Travers l’Exemple des Contrats Pétroliers - Le Retour des Dieux sur l’Olympe? », (2003), 6, RDAI/IBLJ, pp. 593 - 599.

7 A. A. Chekol, « Stabilization Clauses in Petroleum Development Agreements: Examining their Adequacy and Efficacy » The Centre for Energy, Petroleum and Mineral Law and Policy (CEPMLP) Annual Review, pp. 1 - 11, 2008.

8 A. Shemberg « Stabilization Clauses and Human Rights – A research project conducted for IFC and the United Nations Special Representative of the Secretary-General on Business and Human Rights », International Finance Corporation, May 27 2009.

9 Ibid. n.8, above, p. 37.

10 Ibid. n.1, above.

11 See for example the Amnesty International report on the BTC pipeline, « Human Rights on the Line: The Baku-Tbilisi-Ceyhan Pipeline Project », Amnesty International, 2003, available at: www.amnesty.org.uk/business. See also the Amnesty International report on the Chad-Cameroon pipeline project, « Contracting out of Human Rights, the Chad-Cameroon pipeline project », 2005, POL 34/12/2005, available at www.amnesty.org.uk/business.

12 AIPN Host Government Contract Handbook (for the International Petroleum Industry Vol.2, section 13: Contract Stabilization and Hardship, p. 3, 2006.

13 The Government of the State of Kuwait v The American Independent Oil Company, 21 I.L.M., p. 976, 1982.

14 S.K.B. Asante, « International Law and Foreign Investment: A Reappraisal », 37 International and Comparative Law Quarterly, pp. 558 - 615, 1988.

15 P. Bernardini, « Stabilization and Adaptation in Oil and Gas Investments » 1 Journal of World Energy Law and Business, pp. 98 - 101, 2008.

16 Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company v. The Government of the Libyan Arab Republic, 17 I.L.M., p. 1, 1978.

17 L. Cotula, « Reconciling Regulatory Stability and Evolution of Environmental Standards in Investment Contracts: towards a rethink of Stabilization clauses », 1 Journal of

clause is not actually to freeze anything in place, but to open up the State to a claim for damages. In fact, if we take once again the example of nationalization, the contractors would already have been compensated for nationalization, but the stabilization clause allowed for a further claim for damages for breach of contract¹⁸, as was the case in the arbitral awards of *Liamco*¹⁹ and *AGIP*²⁰. The first of these cases concerns concession agreements (containing stabilization clauses) granted by the Libyan state to the Libyan American Oil Company (hereinafter *Liamco*) in the mid 1950s. During the same wave of nationalizations as in the *Texaco* case, *Liamco* was nationalised in 1973 and they therefore claimed for compensation in front of an arbitral tribunal. The arbitrator allowed the compensation for the nationalization as well as compensation for breach of contract. In the second case, *AGIP* Company was operating in the Congo in the petroleum industry from 1965, but the Congolese government nationalised *AGIP*'s operations over the following decade, in breach of a stabilization clause. The arbitral tribunal once again ruled in favour of the foreign investor, allowing financial compensation.

As such, the use of stabilization clauses in a contract does not override the other factors that might exist and which cause so much concern, whether they are changes in environmental law or human rights laws. A State is still free to enforce these new laws and regulations, and a contractor will still have to comply, or be faced with civil and criminal penalties. The same can be said for whatever other changes the stabilization clause was set up to prevent. For instance, a stabilization clause attempting to freeze the applicable law on taxes will not be able to prevent a State from enforcing this new law and increasing the taxes for the company. This does not mean, however, that the stabilization clause will have no effect, despite the fact that limiting the sovereign power of the State is impossible to achieve in practice.²¹

Indeed, stabilization clauses are not included to lull the contractor into a "false sense of security"²² or to act as "little more than a psychological comfort"²³, since stabilization clauses actually change the contractual position of the parties. In the case of freezing clauses as well as intangibility clauses, the contractor will, as established above, still have to comply with the new laws, regulations or changes in the contract, but will be in a position to claim against the State for breach of contract and gain some compensation for the State's actions. Thus, stabilization clauses represent a compensation mechanism that gives the non-State entity better footing in out-of-court settlements, and in forming claims for breach of contract, whether through the national courts or through arbitration.

Economic equilibrium clauses, however, are less reliable when seen in this light. For even in the most carefully drafted clause of this type, there will always be a certain amount of doubt as to whether the State is in breach of the contractual provisions. This is because it will be difficult to ascertain whether the event corresponds with the trigger event set out in the clause, which would usually automatically lead to a renegotiation of the contractual terms. For example, in the economic equilibrium clause used as an example above²⁴, the private contractor would need to prove that the changes "adversely affect"²⁵ their economic position in order to request the renegotiation and rebalancing of the contractual terms. Furthermore, a private contractor unsatisfied with the result of the renegotiation with this clause would have to go through the trouble of either proving that the renegotiation was done in bad faith, or proving that the renegotiation did not lead to a return of the same "overall economic position"²⁶, as was provided for in the clause.

CONCLUSION

As we have seen, a stabilization clause, regardless of its type, will not *per se*, prevent a State from

World Energy Law and Business, pp. 158 - 166, 2008. The arbitrator's use of specific performance has been criticised by academics. See for example R.C.A. White, « Expropriation of the Libyan Oil Concessions - Two Conflicting International Arbitrations », 30 International and Comparative Law Quarterly, p. 1, 1981.

18 Ibid., n.17, above, at p. 165.

19 *Libyan American Oil Company v The Government of the Libyan Arab Republic* 20 I.L.M. , p.1, 1981.

20 *AGIP Company v Popular Republic of the Congo* 21 I.L.M., p. 726, 1982.

21 P.D. Cameron, « Stabilization in Investment Contracts and Changes

of Rules in Host Countries: Tools for Oil & Gas Investors », Association of International Petroleum Negotiators, Final Report, pp. 1 - 49, 2006.

22 J. Nwaokoro, « Enforcing Stabilization of international energy contracts » 3 Journal of World Energy Law and Business 103, p. 103, 2010.

23 Ibid. at p. 103.

24 See above, n.4.

25 Ibid.

26 Ibid.

exercising its sovereign power to change the contract's environment²⁷. Rather, such a clause will provide a contractual mechanism for assisting the contractor should a State change the contract's environment. This assistance may take the form of a settlement, arbitration, judgment or renegotiation, depending upon the type of stabilization clause, and this remedy represents the true value of inserting such a clause into a long-term energy contract. In fact, economic equilibrium clauses should still be considered stabilization clauses, since they provide mechanisms to compensate a contractor for the State's use of its sovereign powers. Indeed, it would seem incorrect to define stabilization clauses around the notion that they limit a State's sovereignty, as many authors have done²⁸.

Despite the supposed failure of stabilization clauses to restrain the State's sovereign power and lower the State's contractual position to that of their co-contractor, we have seen that stabilization clauses still fulfil a purpose, and especially in the aftermath of a State's use of its sovereign power. As such, and contrary to what certain authors have stated, a stabilization clause's purpose is not to "tie the hands of the State"²⁹ and, therefore, a failure to serve this purpose should not make them "useless"³⁰. Montebault adopted in his article³¹ a metaphor originally used by Rigaux, who had compared States' alleged restriction of their own sovereign rights by agreeing to stabilization clauses, to gods stepping down from Olympus³². Montebault further suggested that recent developments in stabilization clauses indicated that the host States were "returning to Olympus"³³. The present authors, however, submit that the host States have never truly stepped down from Olympus at all, but have instead given their contracting counterparties the means to strike them in their thrones.

As we have also seen, on the basis that freezing clauses and intangibility clauses will not prevent a State from exercising its power, the only difference between these clauses and economic equilibrium ones is the mechanism for rectifying the use of sovereign power. They are all in fact contractual tools aiming to mitigate the impact of political risk, not prevent it, and allow for a new range of remedies to be available to the contractor for use against the State. The private contractor will nevertheless not be the only one to benefit from the inclusion of a stabilization clause in the contract. Indeed, the political risk provided for in the stabilization clause will not need to be reflected in other facets of the contract, and as such the State may gain a more favourable price, or a better balance in said contract. For a State that was not planning on breaching a stabilization clause, this can as such represent a significant boon and create a more profitable long-term project for the State contractor.

27 A.F.M. MANIRUZZAMAN, « Damages for Breach of Stabilization Clauses in International Investment Law: Where Do We Stand Today? », 11/12 *IELTR*, pp. 246 - 250, 2007.

28 See for example n.5 to n.7, above, and text thereat.

29 A.F.M. MANIRUZZAMAN, « Drafting Stabilization Clauses in International Energy Contracts: Some Pitfalls for the Unwary », 2 *IELTR* 23, p. 23, 2007.

30 *Ibid.*, at p. 23.

31 See n.6, above.

32 François RIGAUX, « Des dieux et des héros - Réflexions sur une sentence arbitrale », *RCDIP*, p. 435, 1978.

33 *Ibid.*, n.6, above, at p. 612.

ÉCOLE DE DROIT

ELISE GOEBEL

CONFÉRENCE DE L'ÉCOLE DE DROIT
LE FINANCEMENT DES PME ET SES PROBLÉMATIQUES JURIDIQUES



Étudiante à l'École de
Droit de Sciences Po

RÉSUMÉ

Le mardi 9 avril à 19 heures dans l'Amphithéâtre Eugène d'Eichtal de Sciences Po., L'Association des Juristes a organisé une conférence sur le thème du financement des PME et ses problématiques juridiques.

Sous la forme d'un débat dirigé par Maître Richard Marty, avocat *counsel* au sein du cabinet Dentons, la conférence a réuni Maître Pascal Chadenet, avocat associé au sein du cabinet Dentons, Monsieur Jean-Marc Durand, directeur adjoint du pôle exploitation d'Oséo, banque publique spécialisée dans le financement des entreprises, Maître Laurent Jourdan, avocat associé au sein du cabinet Racine et Monsieur Marc Sénéchal, Mandataire judiciaire et Président du Conseil National des Administrateurs Judiciaires et des Mandataires Judiciaires (CNAJMJ).

Après une introduction de Monsieur Victor Charpiat, étudiant du master Droit Economique et membre de la Revue des Juristes de Sciences Po., les intervenants ont eu l'occasion d'explorer certaines des problématiques juridiques et financières rencontrées par les Petites et Moyennes Entreprises lors de leur recherche de financements.

INTRODUCTION

La loi du 4 août 2008 pour la Modernisation de l'Economie a établi une distinction à fins statistiques entre les Très Petites Entreprises (TPE), les Petites et Moyennes Entreprises (PME), les Entreprises de Taille Intermédiaire (ETI) et les Grandes Entreprises (GE)¹. Le décret d'application du 18 décembre 2008 offre une définition économique des PME, structures de moins de 250 personnes dont le chiffre d'affaires annuel n'excède pas 50 millions d'euros et dont le total de bilan est inférieur à 43 millions d'euros².

S'élevant en 2012 au nombre de 131 000³, les PME constituent aujourd'hui l'essentiel du tissu entrepreneurial français et concentrent à elles seules plus de la moitié des emplois salariés. A la fois trop volumineuses pour se passer d'apports conséquents mais souvent trop modestes pour en assurer les garanties suffisantes, ces entreprises sont soumises à de réelles pressions financières les rendant particulièrement vulnérables. Ces difficultés sont renforcées par un contexte économique peu propice au crédit, dont les conditions d'octroi restent strictes, en particulier suite à la rechute de l'économie en

1 Loi de modernisation de l'économie, 4 août 2008, n° 2008-776, art. 51.

2 Décret relatif aux critères permettant de déterminer la catégorie d'appartenance d'une entreprise pour les besoins de l'analyse statistique et économique, 18 décembre 2008, n° 2008-1354.

3 Observatoire national des PME, *Rapport 2012 sur l'évolution des PME*, publications d'OSEO, 2012.

2011. En conséquence, les dirigeants se voient fréquemment contraints de limiter leurs dépenses plutôt que d'investir, mettant directement un frein au développement de leur infrastructure.

Les chances de survie des entreprises sont pourtant largement corrélées au montant de leur apport de départ, déterminant leur capacité à affronter les aléas, puis fonction des différents investissements qu'elles mettent en place. Une enquête de l'INSEE avance ainsi que « *les entreprises créées avec au moins 80 000 euros d'investissement sont, toutes choses égales par ailleurs, 2,1 fois plus souvent actives en 2009 que celles créées avec moins de 2 000 euros.* »⁴. Créées avec de trop faibles apports, ne parvenant pas à maintenir leur trésorerie et manquant de sources de financement extérieur, les PME restent parmi les premières entreprises touchées par les procédures collectives. En 2012, le nombre de défaillances s'est maintenu à un niveau élevé, à plus de 61 000 défaillances comptabilisées, contre 59 700 pour l'ensemble de l'année 2011⁵.

Simultanément enjeu pour la croissance, l'innovation et l'emploi, la question du financement des PME occupe une place de premier plan dans l'agenda politique. Afin de favoriser la création de nouvelles entreprises ainsi que le développement des infrastructures existantes, le législateur est intervenu à de nombreuses reprises pour tenter à la fois de favoriser l'octroi du crédit et de trouver des alternatives viables à la frilosité des banques. Les réformes se sont succédées, transposant dans le langage juridique une nécessité de politique économique.

Première direction explorée lors de la conférence, la manière dont le législateur a arbitré entre la protection de l'entreprise et de l'emploi et la protection du prêteur facilitant l'octroi du crédit ressort clairement de certaines évolutions législatives récentes, particulièrement au niveau du droit des sûretés et des procédures collectives (I). Dans un second temps ont été évoquées les problématiques juridiques liées à la pratique du LBO et leurs implications pour les PME (II),

tandis que la dernière partie a été l'occasion de dresser un tableau des aides mises en place par l'Etat, notamment via la création de la nouvelle Banque Publique d'Investissement (III).

I. FAVORISER L'OCTROI DE CRÉDIT PAR LE DROIT, QUAND LA RÉFORME EN CHASSE UNE AUTRE

L'octroi de crédit ou plus largement la mise à disposition de moyens de financement est principalement lié à la confiance que le créancier place en son débiteur. C'est précisément ce qu'a rappelé Marc Sénéchal, en exposant les principales raisons pour lesquelles les entreprises de taille modeste peinent à se voir octroyer des prêts. Elles présentent en effet des défauts structurels qui les rendent souvent particulièrement vulnérables au risque de défaillance. Leur manque de fonds propres, leur faible trésorerie ou encore leur incapacité à fournir des sûretés suffisantes pour garantir les prêts contractés suffit fréquemment à expliquer la réticence des banques. Manquant parfois également de compétences pour évaluer les projets innovants qui leur sont soumis, ces dernières préfèrent se tourner vers des activités de détail à rentabilité immédiate plus élevée ou des niches particulières comme l'immobilier, ou l'offshore.

Le principe même de la créance est qu'elle a vocation à être réglée et la valeur de l'engagement du débiteur est essentielle. Lorsque ce dernier fait défaut, explique Marc Sénéchal, les moyens à la disposition du créancier sont restreints, se limitant à l'octroi d'un titre exécutoire ou à la mise en œuvre des sûretés qu'il s'est ménagé lors de la signature. Ces protections du créancier se révèlent toutefois fragiles lorsqu'il doit faire face à l'insolvabilité de son débiteur et à la procédure collective. L'enjeu majeur pour les créanciers reste donc de se prémunir contre le risque de défaillance de l'entreprise, les incitant, dans la perspective d'un défaut futur, à s'entourer d'un nombre croissant de sûretés.

La question est « idéologique autant que juridique ». Il s'agit en effet de déterminer l'intérêt protégé par la nouvelle législation, entre la protection du créancier ou celle du débiteur. Il semble exister à cet égard une dichotomie des buts poursuivis entre les réformes successives des

4 INSEE, *Enquête de 2009 : la génération 2006 trois ans après*, Créations et créateurs d'entreprises, Résultats N° 51 Economie, février 2011.

5 Observatoire national des PME, *Rapport 2012 sur l'évolution des PME*, publications d'OSEO, 2012.

procédures collectives et celles relatives au droit des sûretés. Nul besoin de rappeler les chances qu'a le créancier chirographaire de voir sa dette remboursée lorsque une procédure collective est lancée à l'égard de son débiteur. Lors de la procédure collective, la position du créancier se réduit à un droit sur une universalité de fait regroupant l'intégralité des biens saisissables du débiteur, ensemble considéré au même titre par l'ensemble des créanciers. Le droit positif français des procédures collectives s'est progressivement orienté vers un soutien grandissant des entreprises notamment dans un but de protection de l'emploi. La rigueur à laquelle sont soumis les créanciers eu égard au respect des délais relatifs à l'obligation de déclaration de leur créance témoigne de cette évolution. Elle a été particulièrement visible lors de la Loi de sauvegarde de 2005⁶, impliquant l'intégration dans la discipline collective de tous les créanciers du débiteur concerné à l'occasion du plan de sauvegarde.

A l'inverse, les réformes successives du droit des sûretés depuis la loi du 10 juin 1994⁷ sont allées dans le sens d'une plus grande protection du créancier, et plus particulièrement des établissements de crédit, qui en sont les principaux bénéficiaires. A ce titre, l'ordonnance de 2006⁸ a eu un impact important, renforçant l'efficacité des sûretés réelles face à la procédure collective et en simplifiant les possibilités d'octroi. En introduisant l'article 2111 du Code civil permettant la création de patrimoines fiduciaires, la loi du 19 février 2007 a également participé à ce mouvement, permettant la soustraction au mécanisme de procédure collective des biens du débiteur séparés de son patrimoine propre⁹. Enfin, la consécration d'un droit de rétention fictif généralisé, y compris sur les stocks, par la loi du 4 août 2008, facilite l'octroi pratique de sûretés réelles.

Pour Marc Sénéchal, ces possibilités nouvelles et simplifiées de création de sûretés ont l'avantage incontestable de faciliter et encourager l'ouverture de crédit mais présentent toutefois deux écueils. En premier lieu, elles tendent à

favoriser spécifiquement un type de créanciers, à savoir les établissements de crédit, et ce au détriment des autres comme par exemple les fournisseurs. En second lieu, elles viennent ébranler l'efficacité des mécanismes prévus par le droit des procédures collectives, l'octroi de sûretés efficaces dénaturant les hiérarchies mises en place. En réponse, les établissements de crédit se prémunissent par des garanties prises directement sur le patrimoine du débiteur via des sûretés réelles ou externalisent leur créance vers un patrimoine tiers, par exemple en créant une sûreté spéciale ou un patrimoine fiduciaire accueillant l'actif le temps de l'emprunt. Ces mécanismes apparaissent comme autant de techniques juridiques permettant d'exclure les actifs des hiérarchies originelles prévues par le législateur. De la même manière, l'intérêt de l'article L. 650-1 du Code de Commerce introduit par la loi de 2005 et ayant fait l'objet d'une jurisprudence abondante pourrait être considéré comme une limitation institutionnalisée de la responsabilité des établissements de crédit pour soutien abusif¹⁰ et appelle à discussion.

II. LE LBO, UNE ALTERNATIVE AUX TECHNIQUES CLASSIQUES DE FINANCEMENT

Parallèlement aux systèmes classiques de financement, un autre modèle mérite d'être mis en avant. Il s'agit de la technique dite du « *LBO* », *Leveraged Buy Out*, dont Maître Pascal Chadenet est habitué à manipuler les aspects juridiques. Egalement nommé financement par la dette, Maître Chadenet rappelle que le LBO consiste dans le rachat d'une entreprise par une société holding *ad hoc*, créée généralement spécialement à cet effet et dont l'endettement sera financé par les bénéfices de l'entreprise rachetée via les dividendes qu'elle lui reverse. Les montages financiers LBO présentent l'avantage de s'appuyer sur un fort effet de levier, permettant à la société holding de ne disposer que de fonds propres limités par rapport à un fort endettement.

Un rapport récent publié par la Banque de France relève que le LBO est particulièrement utilisé dans le cadre de financement de TPE,

6 Loi de sauvegarde des entreprises, 26 juillet 2005, n° 2005-845.

7 Loi relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises, 10 juin 1994, n° 94-475.

8 Ordonnance relative aux sûretés, 23 mars 2006, n° 2006-346.

9 Loi du 19 février 2007, n°2007-211, JORF 21 février 2007, art. 1.

10 Sur ce sujet voir notamment : Cass. com. 27 mars 2012, n° 10-20077, *Affaire BTP Banque* ; Cass. com. 19 juin 2012, n° 11-18940 ; Cass. com. 27 mars 2012, n° 11-13536, *Affaire CIC Iberbanco* ; Cass. com. 2 octobre 2012, n° 11-23213 ; Cass. com. 16 octobre 2012, n° 11-22993.

PME et ETI. Ainsi, l'essentiel des montages de l'année 2012 ont porté sur des entreprises réalisant moins de 30 millions d'euros de chiffre d'affaires¹¹. Cependant, leur nombre reste réduit comparé à celui des entreprises qui pourraient en bénéficier. Ainsi, « une différence nette est visible entre la pratique des LBO secondaires et tertiaires à outrance, monnaie courante en 2007, et celle trop prudente depuis la crise » explique Maître Chadenet. Le nombre de LBO a chuté en 2012 à quelques 152 montages réalisés¹² « mais ce chiffre reste encourageant, il montre que les entreprises sont encore prêtes à investir et révèle une croissance plus saine ».

Les établissements de crédit restent toutefois «averses»aurisque représentépardetelsmontages, qui ne peuvent être mis en place sans envisager l'hypothèse du défaut. Investisseurs et banquiers semblent toutefois devenus particulièrement récalcitrants à s'engager. Conséquence de la crise, des multiples changements fiscaux ou de la rigidité du système juridique français par rapport à ses voisins européens, la pratique du LBO glisse progressivement vers les entreprises de taille intermédiaire, présentant un risque plus faible pour les investisseurs. Maître Chadenet déplore ce manque d'enthousiasme alors que le pays possède des ressources indéniables qui devraient attirer les capitaux, telles qu'une grande qualité d'infrastructures préexistantes, un faible cout d'électricité et un haut niveau de formation. TPE et PME se voient donc obligées de trouver de nouvelles alternatives de financement en se tournant vers d'autres véhicules. Le récent développement des plateformes de financement participatives où se rencontrent entreprises et investisseurs en vue de lever des fonds en est une illustration. Dans tous les cas, ces nouveaux modes de financement ne peuvent être négligés et seront certainement amenés à prendre de l'ampleur dans les années futures.

III. L'Etat, acteur essentiel du financement des PME

Il est difficile de parler du financement des PME sans évoquer les mesures mises en place par l'Etat pour faciliter leur octroi, et plus particulièrement des possibilités offertes par Oséo ces dernières années. Etablissement public ayant pour mission de soutenir l'innovation et la croissance durable des PME, Oséo a participé au financement de près de 84 000 entreprises en 2012¹³. Jean-Marc Durand dresse un tableau enthousiaste de l'activité de l'organisme, partenaire des établissements bancaires offrant de réelles possibilités de financement bien que malheureusement peu connues des entreprises.

Depuis le 12 juillet 2013 l'organisme de soutien aux entreprises a été intégré dans une nouvelle structure, celle de BPI France, la nouvelle Banque Publique d'Investissement. Existante juridiquement depuis la loi du 31 décembre 2012¹⁴, la BPI n'est effective que depuis le premier semestre 2013-2014. Détenu à moitié par l'Etat et à moitié par la Caisse des Dépôts et Consignations, elle regroupe les différentes structures de soutien aux PME déjà mises en place par l'Etat tout en augmentant leur efficacité et leurs moyens d'action. Elle intègre ainsi la structure d'OSEO avec ses fonds propres et son réseau développé en région ainsi que la CDC Entreprises et le Fonds stratégique d'investissement (FSI et FSI région). L'aspect international est également conservé via l'encouragement du développement des entreprises à l'étranger.

Dotée de 10 milliard de fonds propres et de 42 Milliards d'encours déjà partiellement constitués au sein d'OSEO, la BPI se fixe pour objectif de relancer la compétitivité des entreprises en France et de créer des emplois locaux particulièrement par le soutien aux PME et entreprises innovantes. Elle devra ainsi favoriser le financement des entreprises via des interventions en fonds propres, des aides à l'innovation (subventions, avances remboursables et prêts à taux quasi nuls) ou encore l'octroi de garanties facilitant l'accès au crédit.

11 S. SOUSSI, « Les caractéristiques des montages LBO en France : de fortes spécificités liées à la taille de la cible », *Bulletin de la Banque de France*, n°191, 1^{er} trimestre 2013.

12 Sur ce sujet, voir : « Le LBO français a chuté de 19% en 2012 », *Les échos*, n°21349, 8 janvier 2013.

13 Rapport d'activité de la BPI, juillet 2013.

14 *Loi relative à la création de la Banque publique d'investissement*, 31 décembre 2012, n° 2012-1559.

CONCLUSION

De nombreux mécanismes existent déjà pour faciliter l'accès des TPE et PME aux financements dont elles manquent cruellement. Ces possibilités ne peuvent cependant être envisagées sans tenir compte du risque de défaillance du débiteur. Ainsi, les prêteurs, établissements bancaires ou particuliers, doivent-ils être particulièrement vigilants lors de l'octroi du financement à ce que ce dernier soit bien calibré, de manière à permettre le développement effectif de l'entreprise nécessaire au remboursement, sans que l'emprunt ne vienne excéder ses capacités ou l'asphyxier sous le poids de la dette.

En conclusion, Maître Laurent Jourdain a insisté sur la nécessité pour les prêteurs et emprunteurs de réagir avant que la procédure collective ne devienne inévitable et de se tourner vers des solutions existantes avant que l'entreprise en rupture immédiate de crédit ne puisse plus rembourser sa dette à terme. La médiation constitue souvent une alternative efficace permettant d'éviter les mécanismes des tribunaux de commerce, mandataires ad hoc ou conciliateur ayant force d'immixtion dans l'entreprise. ■

Actualités de l'École de Droit

◆ Ecole de Droit

30 août 2013

183 nouveaux élèves ont fait leur rentrée en première année à l'École de Droit. Ce chiffre est stable par rapport à l'année 2012 qui avait vu l'intégration de 190 étudiants. Sur ces élèves, 153 ont choisi le master Droit économique tandis que 30 ont opté pour le master Carrières judiciaires et juridiques. Au sein de cette nouvelle promotion, les femmes restent majoritaires (59%) et les étudiants étrangers représentent 40% de l'effectif.

30 août 2013

Une nouvelle filière « **Droit Public Economique** » a ouvert ses portes. Destinée aux étudiants ayant terminé leur première année à l'École de Droit en master Droit économique ainsi qu'aux étudiants diplômés du master Affaires Publiques, elle vise à former des juristes de haut niveau susceptibles d'intégrer les départements de droit public des cabinets d'avocats ainsi que les services juridiques des grandes entreprises ou de collectivités locales.

◆ Les conférences académiques

20 mars 2013

A l'occasion de son premier anniversaire, la **Clinique de l'École de Droit** a organisé une conférence portant sur le thème : « *Social Justice in the Age of Economic Globalization : The Role of Law Clinics in Human Rights Advocacy* ». Sont intervenus au cours de la conférence : Pr. Daniel Bonilla (**University of Los Andes**), Pr. Stéphanie Hennette-Vauchez (**Université Paris Ouest Nanterre La Défense**), Pr. Jim Silk (**Yale Law School**), Pr. Louise Trubek (**University of Wisconsin Law School**), Pr. Lucie White (**Harvard Law School**). Les échanges ont été modérés par Pr. Jeremy Perelman (**Ecole de Droit de Sciences Po**).

4 avril 2013

L'École de Droit a eu le plaisir d'accueillir Justice Stephen G. Breyer, juge à la Cour suprême des Etats-Unis pour une conférence portant sur la plus haute juridiction américaine. Lors de son intervention, Justice Breyer est revenu sur sa vision de la Constitution et la méthode d'interprétation qu'il avait présentée dans son ouvrage *Active Liberty : Interpreting Our Democratic Constitution*, publié en 2005.

12 avril 2013

Conférence organisée par Sciences Pi et l'École de Droit avec la participation de Dr. Paulin Edou Edou, Directeur général de l'**Organisation africaine de la propriété intellectuelle**, portant sur le thème : « *Propriété intellectuelle et développement – Etat des lieux et perspectives* ».

15 mai 2013

Conférence organisée par l'Association des Etudiants et Anciens Etudiants Latino-américains en Droit International, en partenariat avec le PILAGG portant sur le thème : « *L'Argentine à l'épreuve des fonds vauvours : un défi pour le droit international* ».

7 juin 2013

Colloque organisé par l'École de Droit et le Conseil de Diplomatie Publique de Catalogne portant sur le thème : « *La Loi au service des peuples : le droit de décider de la Catalogne* ».

3 octobre 2013

Conférence organisée par l'École de Droit et l'AJSP sur le thème « *La Déontologie de l'Avocat face aux Nouvelles Technologies* ». Après une introduction de Mme la Bâtonnière Christiane Feral-Schuhl et du Directeur de l'École de Droit, Christophe Jamin, M^e Marc Diemunsch et M^e Alexandre Moustardier (**Huglo Lepage**) sont revenus sur les bouleversements que la révolution

numérique a entraînés pour la profession d'avocat. Si la mise en place d'outils tels que le RPVA a permis une meilleure administration de la justice, le développement de pratiques telles que « *le coaching judiciaire* » ou les « *consultations low cost* » n'est pas sans susciter des interrogations. Le débat était modéré par Dany Cohen, Professeur des Universités à l'École de Droit.

◆ L'AJSP

19 mars 2013

Les étudiants de l'École de Droit ont eu le plaisir d'accueillir pour un petit déjeuner M^e Thomas Heintz (**Fleury Mares Delvolve Rouche**), quatrième secrétaire de la Conférence du Stage 2010. M^e Thomas Heintz est revenu sur son expérience de jeune avocat pénaliste.

3 avril 2013

Autour d'un petit déjeuner, les étudiants de l'École de Droit ont pu échanger avec M^e Fabien Ganivet (**August et Debouzy**) sur son riche parcours, du parquet à la robe en passant par le Palais Bourbon et la place Vendôme.

9 avril 2013

Conférence - Débat portant sur le thème : « *Les problématiques juridiques liées au financement des PME* » animée par M^e Richard Marty (**Dentons**) et avec la participation de M^e Pascal Chadenet (**Dentons**), M. Jean-Marc Durand, Directeur adjoint du pôle exploitation d'**Oséo**, M^e Laurent Jourdan (**Racine**), M. Marc Sénéchal, mandataire judiciaire et Président du **CNAJMJ**. Le débat a été introduit par Victor Charpiat, étudiant en première année du master Droit économique.

17 septembre 2013

Les élèves de l'École de Droit ont eu l'opportunité d'échanger avec Grégoire Kopp autour d'un petit-déjeuner. Ancien du master, Grégoire Kopp a travaillé comme juriste auprès de l'association UFC Que Choisir avant de rejoindre en mai 2012 le cabinet du Ministre des relations avec le Parlement.

2 octobre 2013

M^e Benoit Marpeau, a accueilli dans les bureaux du cabinet **Cotty, Vivant Marchisio & Lauzeral** une vingtaine d'élèves de l'École de Droit. Autour d'un petit déjeuner, M^e Benoit Marpeau est revenu sur sa pratique du M&A ainsi que son expérience d'avocat expatrié à Tokyo.

◆ Les cabinets d'avocats

21 mars 2013

Le cabinet **Clifford Chance** a reçu dans ses bureaux les élèves de l'École de Droit à l'occasion de la cinquième rencontre **Sciences Po - Clifford Chance**. Après un cocktail déjeunatoire, les étudiants ont pu échanger avec le Dr. Raymond Atuguba sur les évolutions récentes du cadre constitutionnel législatif et réglementaire du Ghana, « *Etoile montante* » de l'Afrique de l'Ouest. La rencontre était animée par le Professeur Jeremy Perelman, professeur permanent de l'École de Droit, ainsi que par M^e Nikolaï Eatwell et M^e Russell Wells, associés du cabinet **Clifford Chance**.

26 mars 2013

A l'occasion de la quatrième édition de l'évènement annuel **CMS Bureau Francis Lefebvre - AJSP**, s'est tenu à Sciences Po un débat sur le thème « *Existe-t-il un système fiscal optimal ?* », auquel ont participé M^e Stéphane Austry (**CMS Bureau Francis Lefebvre**) et Frédéric Bonnevey (**Anthera Partners**). A l'issue de ce débat, les étudiants de l'École de Droit se sont vus remettre les pulls de promotion 2013, offerts par le cabinet **CMS Bureau Francis Lefebvre**.

3 avril 2013

Dans le cadre de son nouveau partenariat avec l'École de Droit, **Hogan Lovells** a organisé dans ses bureaux une rencontre avec les juristes de la rue Saint-Guillaume. Après une présentation du cabinet par M^e Marie-Aimée de Dampierre et une joute oratoire entre M^e Laurent Gouiffès et M^e Thomas Rouhette autour du thème « *Contentieux ou Arbitrage, quel meilleur mode de règlement des différends ?* », les étudiants ont pu échanger avec les associés autour d'un cocktail dinatoire.

◆ **Alumni****18 mars 2013**

Conférence organisée par le Cercle des Administrateurs Sciences Po portant sur le thème : « *Les actionnaires ne sont pas propriétaires de l'entreprise, le nier est la cause de la crise actuelle* » avec la participation de M^e Jean-Philippe Robé (**Gibson, Dunn & Crutcher**).

22 avril 2013

Conférence organisée par le Groupe Professions Juridiques Libérales et de Conseil avec M^e Patrick Michaud (**Michaud**) et le commissaire aux comptes Alain-Philippe Etlin (**ACOFI**) portant sur le thème : « *Quelle fiscalité pour restaurer la compétitivité de la France ?* »

17 juin 2013

Conférence organisée par le Groupe Professions Juridiques Libérales et de Conseil avec le Professeur Jean-Emmanuel Ray sur le thème : « *Peut-on réformer le droit du travail en France ?* »

◆ **Autres****22 mars 2013**

La troupe des Drôles de juristes de l'École de Droit, composée : de Sarah Aït Benali, Cyril Avella, Adrien Bonnet, Marine Bonnaire, Marion Bruère, Arthur Debourdeaux, Octave Hocher, Pauline Marteau et Angélique Owczarzak, a présenté son nouveau spectacle « *Promotion Canapé* ». La prestation très réussie confirme le dynamisme et l'humour pétillant de la troupe.

30 mai 2013

La finale du concours d'Arbitrage International de Paris organisé dans le cadre du partenariat de l'École de Droit avec le cabinet Clifford Chance, s'est tenue au 27 rue Saint Guillaume. Le thème concernait un conflit entre les actionnaires d'une société exploitant et commercialisant des ressources minérales, dont l'or et le platine. C'est l'équipe de Turin qui a gagné le premier prix d'un montant de 8.000 euros.

L'exigence de transparence

Depuis le début des années 2000, la transparence s'impose progressivement comme l'une des valeurs cardinales des États de droit.

Si elle peut s'analyser comme une réponse à la révolution numérique, la crise financière de 2008 ou l'évolution de l'opinion publique, l'exigence d'un renforcement de la transparence ne saurait s'y limiter. Cette dernière est en effet animée par un discours idéologique plus large, allant jusqu'à lier la notion de transparence à celle de progrès économique et politique ou encore à celle de droit fondamental.

En droit, cette exigence a structuré nombre de réformes de normes étatiques et supranationales, et a façonné l'évolution des pratiques juridiques des personnes physiques et morales. Général, le renforcement de la transparence s'est fait particulièrement prégnant dans quatre champs du droit, à savoir le droit des affaires, le droit pénal ainsi que le droit international public comme privé. En témoignent par exemple, l'évolution de la régulation européenne des marchés financiers depuis les *directives MIF et OPA* de 2004, la création du Contrôleur général des lieux de privation de liberté en 2008 ou encore les nouvelles *Règles de transparence* de la CNUDCI relatives aux arbitrages État-investisseur.

Souvent à juste raison célébrée, la transparence ne se heurte pas moins régulièrement à des pratiques, une confidentialité ou des droits fondamentaux qui questionnent dans un certain nombre de situations sa pertinence voire même son bien fondé. Les débats actuels autour du *projet de loi organique relatif à la transparence de la vie publique* ou de la mise en place d'échanges automatisés de données fiscales entre États, rappellent combien la transparence est une notion complexe, un choix politique ne pouvant se faire sans contrepartie.

Dans une perspective transversale, le comité de rédaction de la Revue des Juristes de Sciences Po a décidé d'orienter le dossier thématique de son prochain numéro sur l'exigence de transparence et son impact sur les évolutions du droit des affaires, du droit pénal et du droit international ainsi que de leurs pratiques.

Pourront être entre autres abordés :

- Les initiatives internationales et nationales visant à lutter contre l'évasion et la fraude fiscale ;
- Les récentes évolutions nationales et internationales en droit de la régulation des marchés financiers et en droit bancaire ;
- La réforme de la gouvernance et des programmes de « compliance » dans les entreprises ;
- Les débats actuels relatifs au droit du numérique, notamment les problématiques liées à l'échange des données personnelles et à la protection des droits d'auteurs ;
- La transparence en droit des pratiques commerciales et de la consommation ;
- La transparence de la vie publique ;
- Les manifestations de l'exigence de transparence en droit pénal et en procédure pénale ;
- Les efforts déployés pour combattre la corruption, notamment dans le cadre des contrats d'investissement dans les pays émergents ;
- Le développement de la transparence dans l'arbitrage international ;
- La transparence et les institutions environnementales internationales ;
- Les revendications d'un droit à l'information et d'un droit à la transparence.

Cette liste non exhaustive ne présente que quelques pistes de recherche. N'hésitez donc pas à nous proposer des thèmes de contribution différents, toutes les idées étant les bienvenues. Si vous souhaitez participer à ce numéro, vous pouvez nous contacter à l'adresse suivante :

revue.ajsp@gmail.com

Les propositions de contributions doivent être envoyées avant le 30 novembre 2013.

Les articles dans leur version finale devront être envoyés avant le 31 janvier 2014.

Nous nous tenons à votre disposition pour toute information complémentaire et attendons avec impatience vos contributions.

Le Comité de Rédaction de la Revue des Juristes de Sciences Po

The Push for Transparency

Since the dawn of the new millennium, transparency has gradually established itself as a core value in rule-of-law States. Whether due to the digital revolution, the global financial crisis or to the evolution in public opinion, there has been a clear push towards transparency at all levels – a trend representative of broader economic, political and ideological debates on fundamental rights.

In the field of law, the push for enhanced transparency has involved numerous national and international reforms that have fundamentally changed the treatment of natural and legal persons throughout the world. For instance, in France, a *Contrôleur général des lieux de privation de liberté* has been established as an independent watchdog in charge of supervising the conditions in which persons are detained; in the European space, the MiFID and the Takeover Directive have established stronger norms for reporting and regulation in the financial sector; and internationally, the creation of the UNCITRAL Rules on Transparency have ushered in a new era of investor-State arbitration.

Notwithstanding these developments, the push for transparency has met resistance in the face of significant privacy and confidentiality concerns. At times, the very need or purpose of transparency norms has been challenged. In fact, recent French debates concerning the *Projet de loi organique relatif à la transparence de la vie publique*, or concerning the advent of automated State-to-State information sharing systems, have served as potent reminders that transparency remains a complex and controversial subject.

Yet, the effects of increased transparency are now clear, and they have been particularly strongly felt in four specific areas of law: companies law, criminal law, private international law and public international law. Accordingly, the ninth issue of the Sciences Po Law Review will focus on The Push for Transparency, and its effects in these fields of law.

Submissions providing an analytical viewpoint on the following key issues will be received with interest:

- National and international initiatives designed to mitigate tax evasion and tax fraud.
- Recent developments in national and international rules governing the financial markets and the banking sector.
- Governance and compliance reforms applicable to private companies.
- Ongoing debates over the regulation of the Internet, including issues related to the transfer of personal data and to the protection of copyrights.
- Transparency laws governing consumer and business practices.
- Transparency in public life.
- The development of transparency in substantive and procedural criminal law.
- Efforts geared at combatting corruption, particularly in the context of emerging economies.
- The development of transparency in international dispute resolution.
- Transparency and international environmental institutions.
- Claims of a human right to information and/or to transparency.

Please note that the foregoing is not intended to be an exhaustive list, and that articles on similar topics may also be considered. To obtain further information on the article submission and review process, please contact the editorial board via email:

revue.ajsp@gmail.com

Proposals with detailed outlines should be submitted by 30 November 2013.

Articles must be submitted in their final version by 31 January 2014.

Le Comité de Rédaction de la Revue des Juristes de Sciences Po

LA REVUE DES JURISTES DE SCIENCES PO

REVUE ÉDITÉE PAR L'ASSOCIATION DES ÉLÈVES ET DIPLÔMÉS
JURISTES DE SCIENCES PO (AJSP)

ISSN 2111 - 4293

27, RUE SAINT-GUILLAUME - 75007 PARIS

EMAIL : REVUE.AJSP@GMAIL.COM

SITE : [HTTP://AJSP.FR](http://ajsp.fr)

- SUPERVISION SCIENTIFIQUE DU DOSSIER :

STÉPHANE BRABANT

SILKE GOLDBERG

- RÉDACTEUR EN CHEF :

ANTOINE DELACARTE

- RÉDACTEUR EN CHEF ADJOINT :

AUDREY LHEMANN

- COMITÉ DE RÉDACTION :

PIERRE-AXEL ABERG, THOMAS CHANZY, VICTOR CHARPIAT,

ALICE DE JUVIGNY, BAPTISTE GACHET, MATTHEW MORANTZ

LA REVUE DOIT ÊTRE CITÉE DE LA MANIÈRE SUIVANTE :

RDJscpo, n°8, Automne 2013, p. x