

## **La réglementation internationale du commerce de ressources énergétiques entre l’universel, le sectoriel et le régional**

Étude comparative du GATT et du Traité sur la Charte de l’Énergie

*Jenya Grigorova*<sup>1</sup>

### **Résumé**

En raison de l’importance exceptionnelle qu’a le secteur énergétique pour l’existence même des États<sup>2</sup>, le débat sur les règles encadrant les activités économiques dans ce secteur est toujours d’actualité. La réglementation internationale du commerce de ressources énergétiques peut se présenter comme un arsenal de normes disparates et peu articulées, ou, tout au contraire, comme un bloc monolithique de règles : le système commercial multilatéral (droit de l’Organisation mondiale du commerce).

Dans le cadre de son rôle d’harmonisation et de promotion du développement du droit international économique, la CNUDCI peut être appelée à jouer un rôle de premier rang dans d’élaboration de nouvelles règles concernant le commerce de ressources énergétiques. Celles-ci seront, par définition, de participation universelle. Leur contenu peut se fonder sur la sagesse de l’expérience. Pour cette raison, la présente contribution vise à comparer les règles encadrant le commerce de ressources énergétiques au niveau multilatéral et universel, d’un côté, et à un niveau régional et sectoriel, de l’autre côté. Le premier groupe de règles se caractérise par sa généralité : même si les accords de l’Organisation mondiale du commerce (OMC) n’ont pas été pensés avec le secteur énergétique en tête, force est de constater non seulement qu’elles s’y appliquent, mais également qu’elles sont de plus en plus sollicitées. Le deuxième type de règles se caractérise par sa spécificité, mais également par l’emprise géographiquement limitée du Traité sur la Charte de l’énergie.

---

<sup>1</sup> Jenya Grigorova, PhD (Paris 1 Panthéon Sorbonne, 2016, *summa cum laude*), LLM (NYU, 2017, *Dean’s award*) a soutenu sa thèse de doctorat sur « La réglementation internationale du commerce de matières premières : l’exemple des ressources énergétiques ». Elle poursuit actuellement une formation de LLM à *New York University*. Jenya peut être contactée à [jenya.grigorova@gmail.com](mailto:jenya.grigorova@gmail.com).

<sup>2</sup> CJCE, arrêt du 10 juillet 1984, *Campus Oil Limited et autres contre ministre pour l’Industrie et l’Energie et autres*, C-72/83, Rec. 1984, p. 02727, §34.

## INTRODUCTION

### *Une réglementation universelle et transversale : le droit de l'OMC*

L'applicabilité *de jure* des règles du GATT au secteur énergétique a été, pendant longtemps, remise en cause par une combinaison de facteurs qui ont conduit à son exclusion *de facto* du champ des négociations. Même s'il ne serait pas paradoxal d'envisager la possibilité que les Parties contractantes du GATT aient voulu exclure le secteur énergétique du champ de leur accord, et que ce choix ait survécu avec la création de l'OMC, une analyse de la pratique prouve qu'une telle exclusion n'a jamais existé.

Malgré les éventuelles critiques, de plus en plus rares, le commerce de ressources énergétiques relève clairement du champ d'application du droit de l'OMC. On peut, pourtant, se demander si ce droit est apte à réglementer de manière adéquate le commerce dans le secteur. La réponse à cette question ne peut pas être univoque. Elle est à la fois oui et non. De nombreuses dispositions du droit de l'OMC permettent une prise en compte des spécificités sectorielles, même si elle est rarement directe, en raison de la nature générale et transversale des règles. Mais d'autres règles n'encadrent que de manière très lacunaire s'agissant d'autres aspects fondamentaux du commerce de ressources énergétiques : le transit est encadré de manière très insuffisante par l'art. V du GATT, comportements des entreprises commerciales d'État, nombreuses dans le secteur énergétique, sont à peine réglementés... L'approche universelle et transversale présente ainsi d'importantes limites.

### *Une réglementation régionale et sectorielle : le Traité sur la Charte de l'énergie*

Le Traité sur la Charte de l'Énergie est le résultat d'une combinaison curieuse de circonstances historiques. Après le démantèlement du bloc de l'Est, le secteur énergétique était la terre promise du rapprochement. La Déclaration d'une Charte Européenne de l'Énergie a ainsi été signée en 1991. Il ne s'agissait pas d'un accord contraignant, mais plutôt d'un engagement politique de coopération dans le secteur, sur la base de principes communs. Sur sa base, en 1994 a été conclu le Traité sur la Charte de l'Énergie (TCE)<sup>3</sup>. A un moment où le GATT et la toute nouvelle OMC ne réunissaient qu'une partie, et non pas la plus importante, des principaux

---

<sup>3</sup> Il convient de souligner que même si la conclusion du TCE rend la Déclaration pratiquement désuète, celle-ci n'est pas sans intérêt, surtout en tant que contexte historique servant à éclairer l'interprétation du Traité, qui y fait expressément référence dans son Préambule. Voir en ce sens BAMBERGER, C. et WALDE, T., « The Energy Charter Treaty » dans ROGGENKAMP, M., REDGWELL, C., RONNE, A. et del GUAYO, I. (dir.), *Energy law in Europe : national, EU and international regulation*, Oxford University Press, 2e édition, 2007, 1616 p., pp. 145-194, p. 147.

acteurs sur la scène des relations énergétiques internationales, le principal apport du TCE résidait dans la promotion de la libre circulation de ressources énergétiques.

D'un point de vue substantiel, le TCE prévoit son applicabilité à une large gamme de « matières et produits énergétiques »<sup>4</sup>. Les dispositions sont le résultat de la diversité des Membres : importateurs ou exportateurs nets de ressources énergétiques, mais aussi pays de transit. Elles représentent une combinaison curieuse entre obligations de *hard law*, dont la force contraignante est garantie par un mécanisme obligatoire de règlement des différends, et recommandations relevant davantage de la *soft law*, en matière d'efficacité énergétique, de protection de l'environnement ou de promotion du transfert de technologies. A l'intérieur du premier groupe de règles, contraignantes, est établie une « alchimie élaborée »<sup>5</sup> entre deux volets, d'importance *a priori* égale, même si le second semble l'emporter sur le premier, aussi bien compte tenu de sa popularité qu'eu égard à l'intérêt qu'y porte la doctrine<sup>6</sup>. Ce second volet, qui apparente le TCE à un traité multilatéral de protection des investissements adapté au secteur énergétique, relève davantage d'une logique de complémentarité conceptuelle entre les règles du commerce et celles relatives à la promotion et à la protection des investissements. En ce sens, la Partie III du TCE (« Promotion et protection des investissements ») fera l'objet d'un examen plus approfondi sous cet angle.

\*\*\*

L'intérêt comparatif qui guide la présente analyse, porte essentiellement sur l'identification, au sein du cadre sectoriel, de règles du commerce international adaptées aux particularités du secteur énergétique, et susceptibles de combler les lacunes du cadre universel (I). Deux éléments s'ajoutent à cet élargissement des règles classiques du commerce international : en comparaison avec la nébulosité du GATT dans le domaine, le TCE propose des règles

---

<sup>4</sup> Voir Annexe EM.

<sup>5</sup> LAFFONT, P. et SIMMONET L., « La Charte de l'énergie et le transit des matières premières : trop loin ? Trop tôt ? », *AFDI*, 2005, vol. 51, pp. 524-541, p. 526.

<sup>6</sup> Il convient de préciser que traditionnellement le Traité est vu comme contenant quatre piliers : la promotion des investissements dans le domaine de l'énergie, la liberté d'accès aux marchés de l'énergie, la liberté de transit et le règlement des différends (voir en ce sens *Ibid.*, p. 526). R. Leal-Arcas et A. Fillis y rajoutent un cinquième pilier, relatif à la protection de l'environnement (voir LEAL-ARCAS, R. et FILLIS, A., « The Energy Community and the Energy Charter Treaty: special legal regimes, their systemic relationship to the EU, and their dispute settlement arrangements », *OGEL*, 2014, vol. 12 (2), 42 p., p. 21). Toutefois, la présente analyse préférerait une présentation simplifiée, adoptant une approche plus large de la notion de « commerce » pour y inclure également les questions relatives à la liberté de transit. Quant au règlement des différends, il convient de le voir ici sous l'angle d'une approche substantielle du droit qui, de manière certainement simplificatrice, réduit l'organisation de procédures de règlement des différends à leur rôle initial qu'est la garantie judiciaire ou quasi-judiciaire du respect des règles substantielles. Suivant cette logique, les règles relatives au règlement des différends seront analysées dans le cadre plus général des règles du commerce et de la réglementation en matière d'investissements internationaux.

innovatrices en matière de transit (II), et combine commerce et investissements d'une manière désormais difficile à imaginer au niveau universel (III).

## I. LE SECTORIEL COMME PROLONGEMENT DE L'UNIVERSEL : LE TCE EN TANT QUE « GATT ÉNERGÉTIQUE »

### *Les liens entre le TCE et le GATT : le « GATT par référence »*

La coïncidence temporelle entre l'élaboration du TCE et la création de l'OMC n'est pas due au hasard. Ces deux avancées partagent des origines historiques communes, mais également une logique sophistiquée de complémentarité. Un des principaux apports du TCE, au moins dans sa phase initiale, était l'extension de l'application du GATT (et ensuite, du droit de l'OMC) aux Etats parties au TCE et non-parties au GATT (non-membres de l'OMC). Quand bien même cet élément aurait aujourd'hui un intérêt limité et essentiellement historique<sup>7</sup>, un examen rapide de l'articulation entre les deux corpus normatifs permet de mettre en évidence la logique de complémentarité irriguant l'ensemble des dispositions du TCE relatives au commerce de ressources énergétiques.

Un des principaux objectifs du TCE dans le domaine était précisément de faciliter la transition des Etats issus de l'éclatement du bloc de l'Est vers une économie de marché, une transition qui allait de pair avec leur accession à l'OMC, et avec leur éventuelle adhésion à l'Union européenne<sup>8</sup>. Pendant cette période de transition, le TCE permet l'application du GATT au commerce entre ces Etats et leurs partenaires commerciaux dans le secteur énergétique.

Le point de départ de l'articulation organisée par le TCE est son art. 29. L'approche, communément désignée sous le terme de « GATT par référence », permet une complémentarité des deux corpus juridiques, créant une synergie, et évitant les duplications. La continuité de la complémentarité par rapport aux éventuelles avancées du système commercial multilatéral est garantie par l'Amendement des dispositions commerciales du TCE du 16 avril 1998, qui applique la même logique au droit de l'OMC.

---

<sup>7</sup> La gamme des Etats parties au TCE et non-membres de l'OMC s'est progressivement réduit, et aujourd'hui ne comprend que huit Etats : l'Afghanistan, l'Azerbaïdjan, le Belarus, la Bosnie-Herzégovine, le Kazakhstan, le Kirghizistan, le Turkménistan et l'Ouzbékistan. L'adhésion de la Fédération de la Russie à l'OMC en 2012 et son retrait définitif du TCE en 2009 sont également un élément à prendre en compte dans ce calcul.

<sup>8</sup> KONOPLYANIK, A. et WALDE, T., « Energy Charter Treaty and its role in international energy », *Journal of Energy and Natural Resources Law*, 2006, vol. 24 (4), pp. 523-558, p. 542.

L'art. 29 et l'Amendement importent certaines règles pertinentes du droit de l'OMC dans le corpus normatif du TCE Au-delà de son automaticité, cette importation est, à bien des égards, très englobante. D'une part, elle est assortie d'une approche évolutive, prenant compte les dispositions du droit de l'OMC « telles qu'appliquées et pratiquées ». Référence est ainsi faite à l'interprétation de ces dispositions, proposée par les groupes spéciaux et l'Organe d'appel. D'autre part, le caractère inclusif de l'importation du droit de l'OMC transparaît dans la globalité de la référence, faite à l'ensemble du droit commercial multilatéral. Seules les dispositions expressément visées sont exclues de cette référence.

Si elle est automatique, l'importation n'est pas complète. L'Annexe W au TCE contient une liste d'exceptions. Alors que certaines obéissent à une logique de cohérence<sup>9</sup>, d'autres semblent refléter davantage des contradictions fondamentales entre les Etats parties au TCE. Ainsi, est exclue l'application du GATS, une omission qui peut s'avérer fondamentale dans certaines situations. Si un Membre de l'OMC assortit son engagement spécifique en matière d'accès aux marchés (par exemple, en matière d'accès aux infrastructures) de certaines limites compatibles avec l'art. XVI du GATS, il serait dans l'impossibilité d'invoquer ces limites dans le cadre du TCE pour limiter le jeu de l'obligation de traitement national<sup>10</sup>.

L'approche de « GATT par référence » n'est qu'une partie du TCE, certes fondamentale, mais tout de même limitée dans son application et vouée à devenir progressivement désuète. Le traité contient d'autres règles relatives au commerce de ressources énergétiques qui proposent une réglementation tantôt plus audacieuse, tantôt plus restrictive, du commerce dans le secteur énergétique.

#### *Les dispositions commerciales du TCE au-delà du « GATT par référence » : aperçu général*

On l'a vu, la logique sous-jacente à l'ensemble des dispositions commerciales du TCE est liée au souci d'assurer leur complémentarité avec le système commercial multilatéral et d'éviter toute discordance entre les deux corpus normatifs. L'art. 4 TCE est clair dans ce sens : « Aucune disposition du présent traité ne déroge, dans les relations entre parties contractantes qui sont parties au GATT, aux dispositions du GATT et des instruments connexes telles qu'elles sont appliquées entre ces parties contractantes ».

---

<sup>9</sup> Par exemple, sont exclues des règles spécifiques au fonctionnement de l'OMC, les accords plurilatéraux, ou l'Accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires, peu pertinent pour le commerce de ressources énergétiques.

<sup>10</sup> DEFILLA, S., « Energy trade under the ECT and accession to the WTO », *JENRL*, 2003, pp. 428-446, p. 444.

Eclairée par cette règle générale d'interprétation, la Partie II du TCE propose un corpus normatif qui se rapproche du droit de l'OMC, tout en s'en dissociant à certaines occasions. Parfois, les engagements au titre du TCE vont moins loin que ceux du GATT. Dans d'autres cas, le TCE semble aller au-delà du GATT, et imposer des obligations là où le GATT reste muet ou, tout au plus, obscur. Ainsi, contrairement aux incertitudes qui entourent les dispositions du GATT sur ce point, l'art. 29.3 TCE aligne le régime des droits à l'exportation à celui des droits à l'importation<sup>11</sup>. En outre, le TCE aspire à réglementer des domaines qui sont restés, pour des raisons historiques ou politiques, en dehors du champ du GATT, tels que le transfert de technologies ou le droit de la concurrence<sup>12</sup>.

*Un champ d'application à la fois plus étendu et plus restreint*

Même si l'impératif d'un rapprochement avec le GATT dicte l'interprétation des dispositions de la Partie II du TCE, le champ d'application de ces deux corpus normatifs diffère considérablement.

D'un côté, le champ d'application *ratione materiae* du TCE est logiquement plus restreint que celui du GATT, dans la mesure où il s'agit d'une réglementation sectorielle. Mais au-delà de cette évidence, le TCE est plus restreint que ne le laisse croire la référence générale au secteur énergétique. En effet, l'Annexe EM, auquel l'art. 1.4 délègue la détermination précise de la gamme de matières et produits énergétiques couverts, se réfère au Chapitre 27 du Système harmonisé établi par l'Organisation mondiale des douanes. L'Amendement des dispositions commerciales élargit cette liste en y ajoutant une liste d'« équipements liés à l'énergie ». Mais malgré cette extension, des pans entiers du secteur restent exclus : par exemple, aucun aspect du TCE ne s'applique aux sources d'énergie renouvelables. On peut certainement expliquer ce paradoxe par le fait qu'au début des années 1990, le sous-secteur de l'énergie renouvelable n'avait qu'un rôle secondaire. Il reste tout de même étonnant que les amendements subséquents n'aient pas réussi à combler cette lacune, ce qui démontre surtout l'absence d'une volonté politique en ce sens.

---

<sup>11</sup> Pour plus de commentaires, voir FRASL, I., « The trade rules of GATT and related instruments and the Energy Charter Treaty », dans WALDE, T. (dir.), *The Energy Charter Treaty: An East-West gateway for investment and trade*, Kluwer Law International, 1996, 700 p., pp. 459-499, p. 476.

<sup>12</sup> L'art. 6, sans organiser un régime commun dans ce domaine, oblige les Parties à œuvrer « en vue de lutter contre les distorsions de marché et les entraves à la concurrence dans les activités économiques du secteur de l'énergie », impose une obligation d'information et met en place un mécanisme de consultation quant à l'interprétation et l'application du droit national.

De l'autre côté, le champ du TCE peut s'avérer plus étendu que celui du GATT, essentiellement en ce qui concerne son application *ratione loci* et *ratione personae*. D'une part, contrairement au GATT et à l'Accord instituant l'OMC, qui restent discrets sur ce sujet, le TCE définit de manière (très) large l'assise territoriale de son application. Au sens de l'art. 1.10, le terme « zone », que le traité préfère à celui de « territoire », désigne « le territoire qui relève de sa souveraineté, étant entendu que ce territoire inclut les terres, les eaux intérieures et les eaux territoriales ». Il s'ensuit que, dans certaines circonstances et suivant l'interprétation donnée au terme de « souveraineté », plus particulièrement en ce qui concerne la possibilité d'une lecture subjective de ce concept, le TCE pourrait être applicable à des espaces géographiques contestés, tant qu'un Etat partie en revendique la souveraineté<sup>13</sup>.

D'autre part, l'applicabilité *ratione personae* du TCE est, elle aussi, plus étendue que celle du GATT. De manière comparable à un traité bilatéral de promotion et protection des investissements, le TCE confère à certains investisseurs le droit d'engager une procédure de règlement des différends en cas de violation de certains de leurs droits. En outre, l'art. 22, tout comme l'art. XVII du GATT, impose des obligations aux Etats qui maintiennent des entreprises commerciales d'Etat. Ces obligations vont au-delà de l'art. XVII du GATT, au point où il semble qu'à certains égards, l'art. 22 « *pushes the concept of state responsibility further than in traditional international law by formulating a concept of state responsibility for regulating private enterprises* »<sup>14</sup>. Les dispositions du TCE s'imposent aux collectivités locales, mais aussi aux entreprises publiques contrôlées par les Etats. C'est là l'une des particularités du TCE, justifiée par le « pouvoir de nuisance » que sont susceptibles d'avoir les entités sub-nationales sur l'efficacité du traité<sup>15</sup>.

### *Le commerce de ressources énergétiques sous le signe du principe de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles*

Poursuivant l'identification d'éléments supplémentaires de dissociation entre le GATT et la Partie III du TCE, attention particulière doit être portée à une des dispositions considérées comme fondamentales lors de la négociation du TCE. L'art. 18 exprime une des principales

---

<sup>13</sup> Un exemple, parmi d'autres, peut être la région de la Crimée

<sup>14</sup> BAMBERGER, C. et WALDE, T., « The Energy Charter Treaty » dans ROGGENKAMP, M., REDGWELL, C., RONNE, A. et del GUAYO, I. (dir.), *Energy law in Europe : national, EU and international regulation*, Oxford University Press, 2ème édition, 2007, 1616 p., pp. 145-194p. 190

<sup>15</sup> LAFFONT, P. et SIMONET, L., « La Charte de l'Energie et le transit des matières premières... », *op. cit.*, p. 526.

préoccupations des Etats riches en ressources énergétiques, liées au maintien maximal de leur pouvoir de régulation. Celle-ci se traduit par la garantie expresse du respect des droits souverains sur les ressources énergétiques. Au sens de l'art. 18, cette notion englobe la liberté dans la fixation du régime de propriété des ressources énergétiques (art. 18.2), « le droit de décider des secteurs géographiques (...) destinés à être mis à disposition pour l'exploration et l'exploitation de ses ressources énergétiques, de l'optimisation de leur récupération et du rythme auquel elles peuvent être extraites ou autrement exploitées, de déterminer et de percevoir les taxes, redevances ou autres paiements financiers qui sont payables au titre de cette exploration et de cette exploitation et de régir les aspects environnementaux et de sécurité de cette exploration, de cette exploitation et de cette mise en valeur dans sa zone, ainsi que de participer à cette exploration et cette exploitation » (art. 18.3).

Il est vrai, cette reconnaissance de la souveraineté sur les ressources énergétiques a surtout une valeur déclarative. Même en l'absence d'une déclaration semblable dans le GATT, on ne peut aucunement postuler que le principe de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles n'est pas présent, de manière sous-jacente, dans toute la réglementation commerciale multilatérale<sup>16</sup>. La déclaration de l'art. 18 a, tout de même, une importance pratique : la référence expresse à la souveraineté sur les ressources énergétiques dicterait, de manière nous semble-t-il plus irrésistible, l'interprétation donnée à l'ensemble des dispositions du TCE.

### *Exceptions*

Même si le TCE ne contient que peu de règles substantielles en matière de commerce de marchandises, en raison du renvoi susmentionné au GATT, son art. 24 dresse une liste d'exceptions légèrement différente de celle de l'art. XX GATT<sup>17</sup>.

Plus particulièrement, l'art. 24.2 (ii) propose une formule beaucoup plus élaborée en ce qui concerne les situations de pénurie. Le recours à cette exception est largement plus restreint que

---

<sup>16</sup> Pour une référence très claire, voir le Rapport du Groupe spécial du 5 juillet 2011, *Chine – Mesures relatives à l'exportation de diverses matières premières*, WT/DS394/R, WT/DS395/R, WT/DS398/R, §7.380. Voir aussi le Rapport du Groupe spécial du 26 mars 2014, *Chine – Mesures relatives à l'exportation de terres rares, de tungstène et de molybdène*, WT/DS431/R, WT/DS432/R, WT/DS433/ , §7.262-7.265.

<sup>17</sup> Cette approche ne peut que confirmer notre constatation d'une insuffisance de l'art. XX dans la quête d'une réglementation prenant compte des spécificités du secteur énergétique. En effet, les formules « *reflect a compromise between delegations wishing the GATT's exceptions to be essentially carried over into the ECT, and other delegations which felt that the GATT exceptions were inappropriate in regard to investment* » (BAMBERGER, C., « An overview of the Energy Charter Treaty », dans WALDE, Th. (dir.), *The Energy Charter Treaty...*, *op. cit.*, , pp. 1-33, p. 22).



dans le cadre de l'art. XX (j) GATT. D'une part, la notion vague de « mesures essentielles » est remplacée par la formule beaucoup plus stricte de « mesures indispensables ». Or, comme l'a précisé l'Organe d'appel<sup>18</sup>, cette notion est beaucoup plus restrictive que la nécessité (et probablement aussi le caractère essentiel). D'autre part, au sens de l'art. 24 TCE, la pénurie doit être due à des causes échappant au contrôle de l'Etat, une condition qui ne peut être que sous-entendue dans l'interprétation de l'art. XX (j).

En outre, l'art. 24.3 propose une adaptation du concept de sécurité nationale aux particularités du secteur énergétique. Les formules employées sont essentiellement identiques à celles de l'art. XXI GATT, en ce qui concerne la marge d'appréciation laissée aux Etats. L'adaptation consiste davantage dans la précision de la notion de sécurité énergétique.

Un aspect qui distingue substantiellement le TCE du GATT en relation avec les exceptions est l'attention toute particulière portée, dans le cadre du TCE, à la protection de l'environnement. En effet, dans le cadre du GATT sauf quelques déclarations générales, le souci environnemental est essentiellement adressé par les « exceptions environnementales » de l'art. XX. Le TCE semble palier les insuffisances de l'art. XX par l'intégration positive de dispositions en matière de protection de l'environnement. Celles-ci sont contenues, d'une part, à l'art. 19 TCE, et d'autre part, dans un document séparé – le Protocole sur l'efficacité énergétique et les aspects environnementaux connexes, annexé à l'Acte final de la Conférence sur la Charte Européenne de l'Energie. Premièrement, l'art. 19 codifie des principes fondamentaux du droit de l'environnement, tel le principe de précaution (« Dans ses politiques et ses actions, chaque partie contractante s'efforce de prendre des mesures préventives pour empêcher ou réduire à un minimum les dommages à l'environnement ») et le principe du pollueur payeur (« Les parties contractantes conviennent que le pollueur opérant dans leurs zones devrait, en principe, supporter le coût de cette pollution, y compris la pollution transfrontalière...»). Plus qu'une exception permettant de justifier l'incompatibilité d'une mesure nécessaire à la protection de l'environnement avec les règles commerciales, l'art. 19 impose une obligation positive aux Membres de s'efforcer de « réduire à un minimum, d'une manière économiquement efficace, tout impact nuisible à l'environnement, produit à l'intérieur ou à l'extérieur de sa zone par toutes les opérations du cycle énergétique menées dans cette zone, en veillant au respect des normes de sécurité ». Une formule étoffée dresse une liste d'actions qui clarifient cette obligation générale. Parmi celles-ci, l'attention est attirée par le paragraphe (d) qui véhicule une

---

<sup>18</sup> Rapport de l'Organe d'appel du 11 décembre 2000, *Corée – Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée*, WT/DS161/AB/R et WT/DS169/AB/R, §161

claire préférence pour les sources d'énergie renouvelables, ce qui pourrait se traduire par une invitation aux Etats de promouvoir certaines ressources énergétiques au détriment d'autres, en d'autres termes d'accorder un traitement différent<sup>19</sup>.

Les dispositions de l'art. 19 sont étendues et concrétisées par des précisions contenues dans le Protocole sur l'efficacité énergétique et les aspects environnementaux connexes qui constitue ainsi surtout un « *menu of good practices and a forum in which to share experiences and policy advice on energy efficiency issues* »<sup>20</sup>.

## II. Le sectoriel comme laboratoire – les règles du TCE en matière de transit

### *Les insuffisances du GATT*

La sécurité et la fluidité du commerce de ressources énergétiques dépendent de la stabilité et de la fiabilité du transit de ces ressources du point d'extraction jusqu'à leur marché de destination. Et inversement, une entrave au transit peut rapidement remettre en cause le libre-échange, même en l'absence d'autres obstacles au commerce.

Aux yeux des rédacteurs du GATT, ce risque devrait être mitigé par le jeu de l'art. V. Le texte pose le principe de la liberté de transit sur le territoire des Membres de l'OMC, et régleme l'utilisation par ces Membres de charges, de réglementations et de formalités qui peuvent limiter cette liberté. La disposition n'a été invoquée qu'à l'occasion d'une poignée de différends<sup>21</sup>, dont notamment un seul lié au transit de ressources énergétiques<sup>22</sup>.

Il est vrai que l'art. V propose « *some basic disciplines for energy transport and transit* »<sup>23</sup>. Cependant, les obligations substantielles paraissent incomplètes et les lacunes de leur rédaction rendent le texte insuffisant pour assurer, dans le secteur énergétique, l'objectif qui est le sien.

---

<sup>19</sup> Voir en ce sens DEFILLA, S., « Energy trade under the ECT and accession to the WTO », *Journal of Energy and Natural Resources Law*, 2003, vol. 21(4), pp. 428-446

<sup>20</sup> KONOPLYANIK, A. et WALDE, T., « Energy Charter Treaty and its role in international energy », *op. cit.*, p. 544.

<sup>21</sup> Selon M. Cossy, « *(t)he importance of GATT Article V in international trade is inversely proportional to the interest the provision has attracted among WTO members and scholars so far* » (COSSY, M., « Energy transit and transport in the WTO », dans PAUWELYN, J. (dir.), *Global challenges at the intersection of trade, energy and the environment*, *op. cit.*, pp. 113-121, p. 114).

<sup>22</sup> En 2002 la Slovénie a informé le Conseil du commerce de marchandises d'une mesure adoptée par le gouvernement croate imposant une interdiction de transit routier sur son territoire pour le pétrole et les produits pétroliers. Le gouvernement de la Slovénie estimait que cette mesure constituait une violation directe de l'article V (voir OMC, Conseil du commerce de marchandises, *Interdiction de transit routier appliquée par la Croatie au pétrole brut et aux produits pétroliers*, Communication de la République de Slovénie, G/C/W/346, 5 février 2002). Le différend a finalement été réglé par la voie diplomatique.

<sup>23</sup> COSSY, M., « Energy transit and transport in the WTO », *op. cit.*, p. 120.

L'art. V se prête difficilement à une interprétation respectueuse des spécificités du commerce des ressources énergétiques. Il témoigne dès lors de l'insuffisance du GATT en tant que cadre de réglementation du commerce dans le secteur.

#### *L'art. 7 TCE et le transit de ressources énergétiques – aperçu*

« Élément central de l'édifice du TCE »<sup>24</sup>, son art. 7 est novateur à bien des égards, même si la pratique semble avoir quelque peu démenti les éloges initiaux, démontrant les limites de cette disposition. L'art. 7 TCE propose « *the Treaty's most unusual provisions, imposing unprecedented rights and obligations* »<sup>25</sup>. Ce texte est fondé (et il ne pouvait pas en être autrement) sur la même idée de départ que l'art. V du GATT : assurer la liberté, la sécurité et la fluidité des opérations de transit. Cependant, il développe ce principe de libre transit, en le déclinant en plusieurs obligations beaucoup plus détaillées et, naturellement, plus adaptées aux spécificités sectorielles susmentionnées<sup>26</sup>. En amont, l'art. 7 détermine de manière plus précise son champ d'application, clarifiant plusieurs points qui étaient, dans le cadre de l'art. V, plutôt litigieux.

#### *Une définition du « transit » adaptée aux complexités des opérations dans le secteur énergétique*

La définition du terme « transit », proposée par le dixième paragraphe de l'art. 7, se réfère de manière expresse aux opérations de transport de produits et matières énergétiques à travers la zone d'un Etat partie au TCE, « pour autant que l'autre Etat (Etat d'origine) ou le troisième Etat (Etat de destination) soit une partie contractante ». De plus, de manière logique, les obligations prévues à l'ensemble de l'art. 7 concernent le moyen de transport le plus classique du secteur, que sont les infrastructures fixes. Le terme employé est moins générique, se référant aux

---

<sup>24</sup> LAFFONT, P. et SIMONET, L., « La Charte de l'Energie et le transit des matières premières... », *op. cit.*, p. 526.

<sup>25</sup> BAMBERGER, C., LINEHAN, J. et WALDE, T., « The Energy Charter Treaty in 2000 : in a new phase », *JENRL*, 2000, vol. 18 (4), pp. 331-352, p. 339.

<sup>26</sup> En ce sens, certains auteurs y voient une disposition du type « GATT- plus », dans la mesure où sont créées de nouvelles formes de droits et obligations, ainsi qu'une obligation de comportement positif dans la facilitation du transit. Cette qualification est pourtant contestée: pour certains, l'art. 7 n'est qu'une reprise des principes de l'art. V, appliqués au secteur énergétiques (pour des développements sur ce point voir AZARIA, D., « Energy transit under the Energy Charter Treaty and the General Agreement on Tariffs and Trade », *JENRL*, 2009, vol. 27 (4), pp. 559-596, p. 560), alors que selon d'autres, ce texte impose même des obligations moins importantes que l'art. V GATT, parce qu'il n'oblige pas les parties à maintenir la liberté de transit (ROGGENKAMP, M., « Transit of network-bound energy : the European experience », dans WALDE, T. (dir.), *The Energy Charter Treaty...*, *op. cit.*, pp. 499-520, p. 508).

« équipements de transport d'énergie » (art. 7:10 a) TCE)<sup>27</sup>. Il désigne, tout de même, les principaux moyens de transport dont l'exclusion du jeu de l'art. V du GATT a été occasionnellement soutenue<sup>28</sup>.

### *Une notion de « liberté de transit » plus détaillée*

L'art. 7 est basé sur la même idée de départ qui est à l'origine de l'art. V du GATT : le libre transit. En s'y référant expressément, tout comme l'art. V du GATT, l'art. 7 :1 y attache le même principe – l'interdiction de toute discrimination. Mais, au-delà de cette idée générale, d'autres paragraphes développent des obligations spécifiques qui donnent de la chair à la notion de libre transit.

Premièrement, l'art. 7 :2 oblige les parties à encourager « les instances compétentes » à coopérer à la modernisation, au développement et au fonctionnement des équipements de transport, aux mesures visant à compenser les effets des interruptions de l'approvisionnement en matières et produits énergétiques et à la facilitation de l'interconnexion des équipements de transport d'énergie. Même si la densité de cette obligation peut faire l'objet de débats, il est clair que ce type de dispositions propose une lecture du principe de liberté du transit délibérément adaptée aux spécificités du secteur énergétique<sup>29</sup>.

Deuxièmement, la notion de liberté de transit au sens de l'art. 7 est affranchie de la limite de l'art. V du GATT, relative aux « voies les plus commodes ». Il est vrai, cette limite a peu de pertinence dans le cadre du transit de ressources énergétiques, dans la mesure où plus souvent que non il n'y a qu'une voie disponible, qu'elle soit plus ou moins commode. Toutefois, le concept de la voie la plus commode est intimement lié à la disponibilité des infrastructures et à leur capacité de servir pour le transit de marchandises. Dans le secteur énergétique, cette préoccupation se traduit par le problème de la capacité limitée des infrastructures<sup>30</sup>, pour lequel l'art. V ne prévoit aucune solution réaliste. Or, sans de telles précisions, « *the term 'freedom of transit' will be hollow and will create transit-related risks and not manage them* »<sup>31</sup>. L'art. 7

---

<sup>27</sup> Voir sur ce point, par exemple, LIESEN, R., « Transit under the 1994 Energy Charter Treaty », *Journal of energy and natural resources law*, 1999, vol. 17, n°1, pp. 56-73 p. 63.

<sup>28</sup> Voir sur ce point AZARIA, D., « Energy transit under the ECT and the GATT », *op. cit.*, p. 361.

<sup>29</sup> ROGGENKAMP, M., « Transit of network-bound energy : the European experience », *op. cit.*, p. 512.

<sup>30</sup> Selon M. Cossy, « *the concept of 'most convenient' routes may have to go beyond more geographical considerations in order to take into account the problem of limited available pipeline capacity* » (COSSY, M., « Energy trade and WTO rules... », *op. cit.*, p. 297).

<sup>31</sup> KONOPLYANIK, A., « Gas transit in Eurasia : transit issues between Russia and the European Union and the role of the Energy Charter », *JENRL*, 2009, vol. 27 (3), pp. 445-486, p. 473.

TCE affronte les cas « où les équipements de transport d'énergie ne permettent pas un transit de matières et produits énergétiques à des conditions commerciales ». Dans de telles situations, les Etats s'obligent à ne pas créer d'obstacles à l'établissement de nouvelles capacités (art. 7:4) sauf si « la sécurité ou l'efficacité de ses systèmes énergétiques, y compris (leur) sécurité d'approvisionnement, seraient ainsi mises en péril » (art. 7:5). Il peut être débattu si à l'expresse interdiction faite aux Etats de ne pas créer d'obstacles s'associe une obligation positive, au cas où la demande en termes de transit ne peut pas être satisfaite par les installations existantes. S'il est difficile de déduire de la formule de l'art. 7 :4 une obligation d'assurer la construction d'infrastructures supplémentaires<sup>32</sup>, il peut être soutenu que ce texte implique une obligation positive moins dense, relative à la facilitation de la construction de telles infrastructures supplémentaires<sup>33</sup>, même si les Etats de transit gardent un pouvoir discrétionnaire dans le choix du type d'infrastructures dont la construction serait permise (art. 7 :9 TCE).

Finalement, l'art. 7:6, considéré par certains comme une des dispositions fondamentales du TCE<sup>34</sup>, ajoute un dernier aspect à l'obligation de garantir le libre transit de ressources énergétiques, en prohibant toute interruption ou réduction des flux en cas de différend portant sur une question quelconque soulevée par le transit.

#### *Une obligation de non-discrimination plus précise*

Comme cela vient d'être mentionné, l'art. 7 du TCE, tout comme l'art. V du GATT, interdit la discrimination « quant à l'origine, la destination ou la propriété de ces matières et produits énergétiques, ni (...) quant à une formation des prix faite sur la base de telles distinctions » mais y rajoute également une obligation de ne pas imposer « de retards, de restrictions ou de taxes déraisonnables ». Cette obligation est précisée et développée à l'art. 7:3. Contrairement à l'art. V du GATT qui n'exige pas un traitement identique des marchandises en transit sur le territoire d'un Membre de l'OMC et des marchandises en destination du marché intérieur de ce Membre, et n'impose qu'une obligation limitée de traitement national, au titre de l'art. 7 :3 TCE, chaque Partie contractante s'engage « à ce que ses dispositions relatives au transport des matières et produits énergétiques et l'utilisation des équipements de transport d'énergie traitent les matières et produits énergétiques en transit d'une manière non moins favorable que les

---

<sup>32</sup> Pour une lecture en ce sens voir AZARIA, D., « Energy transit under the ECT and the GATT », *op. cit.*, p. 580.

<sup>33</sup> WALDE, T. et GUNST, A. « International energy trade and access to energy networks », *Journal of World Trade*, 2002, vol. 36 (2), pp. 191-218, p. 213.

<sup>34</sup> LIESEN, R., « Transit under the 1994 Energy Charter Treaty », *op. cit.*, p. 65.

matières et produits originaires de sa propre zone ou destinés à celle-ci, à moins qu'un accord international existant n'en dispose autrement ». Même si le texte ne mentionne pas de manière expresse une obligation de traitement de la nation la plus favorisée, celle-ci peut être facilement déduite de son contexte, en particulier de l'interdiction générale faite aux Parties contractantes de discriminer entre leurs partenaires<sup>35</sup>. Quant à l'obligation de traitement national, les différentes interprétations possibles de l'art. 7 :3 ont donné lieu à un débat quant à l'étendue de cette obligation. Les opinions divergent sur le sens à donner au mot « ou » dans la formule « matières et produits originaires de sa propre zone ou destinés à celle-ci ». Alors que certains y voient reflétée une idée de disjonction, d'autres y attachent une approche plutôt inclusive qui obligerait les Etats à traiter les ressources énergétiques transitant sur leur territoire de manière non moins favorable que les produits circulant à l'intérieur de ce territoire. Si cette lecture de l'art. 7:3 est préférée, et qu'elle est combinée avec le champ d'application particulièrement étendu de ce texte (l'obligation couvre les tarifs de transport, et l'utilisation de la capacité totale des infrastructures), le constat s'impose que « *the negotiators of the ECT intended to give Article 7 more 'teeth' than Article V of the GATT is believed to have* »<sup>36</sup>. Il reste, pourtant, un point sur lequel l'art. 7 est aussi muet que l'art. V du GATT: la question de l'accès des tiers aux infrastructures<sup>37</sup>.

#### *Une procédure de règlement des différends plus adaptée*

L'ultime objectif d'assurer la fluidité des opérations de transit est intimement lié à la nécessité d'éviter tout type d'obstacle résultant en un ralentissement du transport des ressources énergétiques. En ce sens, la mise en place d'un mécanisme rapide et flexible de règlement des différends dans le domaine et sa combinaison avec l'interdiction susmentionnée d'interrompre le transit en cas de différend, sont le gage de l'impossibilité d'une instrumentalisation des procédures contentieuses dans l'objectif de ralentir les opérations de transit. L'art. 7:7 du TCE prévoit un tel mécanisme spécial pour le règlement des différends relatifs au transit. Même si certains aspects de ce mécanisme, qui s'apparente davantage à une procédure de conciliation par un expert (conciliateur) désigné par le Secrétaire Général, peuvent être critiqués<sup>38</sup>, son

---

<sup>35</sup> AZARIA, D., « Energy transit under the ECT and the GATT », *op. cit.*, p. 581.

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 87.

<sup>37</sup> Voir *supra*, §194.

<sup>38</sup> Voir, par exemple, LIESEN, R., « Transit under the 1994 Energy Charter Treaty », *op. cit.*, pp. 69-70, ou encore BELYI, A. et KLAUS, U., « Russia's gas exports and transit dispute resolution under the Energy Charter Treaty: missed opportunities for Gazprom or false hopes in Europe », *JENRL*, 2007, vol. 25 (3), pp. 205-225, pp. 219.

originalité est indéniable. Le souci de mitiger les effets négatifs qu'un différend peut avoir sur les opérations de transit est à l'origine d'une série de règles spécifiques, telle la possibilité pour le conciliateur de décider des tarifs douaniers provisoires et d'autres conditions et modalités devant être respectées pour le transit jusqu'au règlement définitif du différend<sup>39</sup>. De l'autre côté, d'autres règles spécifiques semblent difficilement justifiables, telle la nature subsidiaire de toute la procédure, subordonnée à l'épuisement des moyens contractuels de règlement du différend. Cette contradiction intrinsèque rend le mécanisme de l'art. 7 quelque peu difficile à gérer, ce qui peut expliquer le paradoxe que, malgré les nombreux conflits en matière de transit qui ont vu le jour ces dernières années, la procédure n'a jamais été testée et son utilité peut être discutée<sup>40</sup>. Il n'en reste pas moins que l'art. 7 propose un mécanisme original qui vise davantage à dissuader les Etats d'arriver au stade d'un tel différend: « *the ECT is not so much about resolution of transit disputes as it is about prevention, as the parties may be more willing to reach a settlement before the conciliation procedure is invoked* »<sup>41</sup>.

### III. Le sectoriel et l'élargissement du mandat (investissements)

Global dans sa conception, le TCE touche à bien d'autres domaines que le commerce. En effet, c'est surtout à travers son volet « promotion, protection et traitement des investissements » qu'il a acquis sa notoriété. Nombreux sont les travaux doctrinaux analysant différents aspects de ce régime organisé par la Partie III du TCE<sup>42</sup>. Sous l'angle de la présente

---

<sup>39</sup> Pour un commentaire de cet aspect procédural, voir LAFFONT, P. et SIMONET, L., « La Charte de l'Energie et le transit des matières premières... », *op. cit.*, p. 526.

<sup>40</sup> L'occasion s'est présentée aussi bien lors de la crise Russo-Ukrainienne de l'hiver 2005-2006, que lors d'une crise similaire opposant la Russie à la Biélorussie en 2006-2007. Dans les deux cas, les parties ont trouvé un arrangement et la procédure n'a jamais été activée.

<sup>41</sup> YAFIMAVA, K., « Transit : the EU energy acquis and the Energy Charter Treaty », dans TALUS, K. (dir.), *Research handbook on international energy law*, *op. cit.*, pp. 593-623, p. 617.

<sup>42</sup> Voir entre autres GAILLARD, Em., « Investments and investors covered by the Energy Charter Treaty », dans RIBEIRO, Cl. (éd.), *Investment arbitration and the Energy Charter Treaty*, JurisNet, 2006, 684 p., pp. 54-73; GAILLARD, Em. et McNEIL, M., « The Energy Charter Treaty », dans YANNACA-SMALL, K. (éd.), *Arbitration under international investment agreements: a guide to the key issues*, Oxford University Press, 2010, 790 p., pp. 37-62. GAZZINI, T., « Energy Charter Treaty : achievements, challenges and perspectives », dans De BRABANDERE, Er. et GAZZINI, T. (éd.), *Foreign investment in the energy sector: balancing private and public interests*, Brill / Nijhoff, 2014, 286 p., pp. 106-129; HOBER, K., « Investment arbitration and the Energy Charter Treaty », *Journal of International Dispute Settlement*, 2010, vol. 1 (1), pp. 153-190 ; KONOPLYANIK, Andr., « Multilateral and bilateral energy investment treaties: do we need a global solution? The Energy Charter Treaty as an objective result of the evolution of international energy markets and instruments of investment protection and stimulation », dans TALUS, K., *Research handbook on international energy law*, 2014, Edward Elgar, 704 p., pp. 79-123; RIBEIRO, Cl. (éd.), *Investment arbitration and the Energy Charter Treaty*, JurisNet, 2006, 684 p. ; WALDE, Th., « International investment under the 1994 Energy Charter Treaty : legal, negotiating and policy

analyse, le TCE mérite une attention toute particulière non pas autant en raison de son caractère multilatéral<sup>43</sup> qu'à cause de nombre d'éléments y contenus qui reflètent la prise en considération des spécificités sectorielles dans le développement de certaines disciplines.

*Un régime de protection activé par l'existence d'un investissement: l'élasticité de la notion d'investissement énergétique*

Comme dans le cas d'un Traité bilatéral d'investissements (TBI), le jeu de la protection garantie par la Partie III du TCE est conditionné par l'identification préalable d'une opération d'investissement. Mais si cette notion est décrite de manière générale et transversale dans les TBI, l'art. 1 TCE en propose une définition plus précise et adaptée aux complexités des opérations dans le secteur énergétique. Le caractère inclusif et ouvert de cette définition, souvent remarqué et apprécié par les commentateurs<sup>44</sup>, reflète de près les complexités des opérations d'investissement dans le secteur énergétique. Tout d'abord, l'énumération des différentes activités englobées par la notion d'investissement propose un cadre de lecture particulièrement large qui a permis aux tribunaux arbitraux d'y voir incluses « *investments that*

---

implications for international investors within Western and Commonwealth of Independent States / Eastern European countries », *Journal of World Trade*, 1995, vol. 29, pp. 5-72 et autres.

<sup>43</sup> Les atouts du multilatéralisme par rapport au bilatéralisme, si courant dans le domaine de la promotion et de la protection des investissements internationaux, ont été fréquemment soulignés. Pour le domaine qui nous intéresse voir par exemple WALDE, T., « International investment under the 1994 Energy Charter Treaty : legal, negotiating and policy implications for international investors within Western and Commonwealth of Independent States / Eastern European countries », *Journal of World Trade*, 1995, vol. 29, pp. 5-72, p. 14: « *the Treaty is the equivalent, and replaces the need for around two thousand BITs in the energy sector* »; ou encore KONOPLYANIK, Andr., « Multilateral and bilateral energy investment treaties: do we need a global solution? The Energy Charter Treaty as an objective result of the evolution of international energy markets and instruments of investment protection and stimulation », dans TALUS, K., *Research handbook on international energy law*, 2014, Edward Elgar, 704 p., pp. 79-123, p. 95 : « *the major comparative benefit of multilateral instruments against bilateral ones is that one multilateral instrument has a consolidated strength / power of a number of bilateral ones, thus saving time, money and negotiating efforts for their preparation. On the other hand, multilateral instruments provide a common denominator - a minimum standard (if agreed as such) of applicable rules which is quite difficult to achieve through a multitude of bilateral instruments* »

<sup>44</sup> Voir entre autres GAILLARD, Em., « Investments and investors covered by the Energy Charter Treaty », dans RIBEIRO, Cl. (éd.), *Investment arbitration and the Energy Charter Treaty*, JurisNet, 2006, 684 p., pp. 54-73; ou De BRABANDERE, Er., « The settlement of investment disputes in the energy sector », dans De BRABANDERE, Er. et GAZZINI, T. (éd.), *Foreign investment in the energy sector: balancing private and public interests*, Brill / Nijhoff, 2014, 286 p., pp.130-168, p. 147. Th. Wälde trouve l'explication de cette ouverture dans la conjoncture historique entourant l'élaboration de la Charte: « *The Treaty assigns the widest possible meaning to the term "investment", basically encompassing any legal right of financial value. It is probably the widest such definition ever found and presumably reflects: Western pressure to obtain the widest and deepest protection available from transition economies, both in an inchoate and volatile legal situation; and, at the time of the Treaty negotiations, the negotiators' willingness to accommodate Western demands for far-ranging investment protection* » (WALDE, Th., « International investment under the 1994 Energy Charter Treaty : legal, negotiating and policy implications for international investors within Western and Commonwealth of Independent States / Eastern European countries », *Journal of World Trade*, 1995, vol. 29, pp. 5-72, p. 24)



*are not only directly owned, but also investments that are indirectly owned or controlled* »<sup>45</sup>. Ensuite, c'est justement le caractère large et inclusif de cette liste qui a servi de base pour le refus par certains tribunaux arbitraux de prendre en considération des critères supplémentaires d'identification des investissements proposés par les parties. A cet égard intérêt peut être porté à la sentence *Anatolie and Gabriel Stati*<sup>46</sup>, où le tribunal arbitral s'est basé sur l'exhaustivité de l'art. 1.6 pour exclure le jeu de ce que la doctrine a pris l'habitude de dénommer le « test Salini »<sup>47</sup>.

Finalement, au sens de l'art. 1.6 TCE le rattachement de l'opération d'investissement au secteur énergétique n'a pas besoin d'être direct. Outre une certaine volonté d'attirer le plus grand nombre de situations dans le champ d'application du Traité, cette particularité reflète également un souci de prise en considération des complexités des investissements énergétiques qui souvent impliquent une multitude d'opérations économiques entourant l'investissement sans qu'elles soient à elles seules spécifiques au secteur énergétique. C'est pour cela que le texte se réfère aux investissements « associés » à une activité économique dans le secteur énergétique. Le caractère élastique du concept d'association a fait l'objet de plusieurs commentaires appréciant de nouveau l'ouverture de l'art. 1.6<sup>48</sup>. Cependant, certains arbitres se sont montrés moins libéraux qu'attendu. Par exemple, en se basant sur l'objet et le but du TCE, le tribunal dans l'affaire *Amto* a employé un critère fonctionnel, exigeant une certaine durée et réalité de l'association<sup>49</sup>.

### *Un positionnement des disciplines de protection des investissements dans un cadre général de gouvernance économique sectorielle*

---

<sup>45</sup> *Anatolie and Gabriel Stati c. Kazakhstan*, affaire Chambre de Commerce de Stockholm no 116/2010, sentence arbitrale, 19 décembre 2013, §811. Voir dans ce même sens la remarque faite par les arbitres dans la sentence *Yukos Universal Limited (Isle of Man) c. Fédération de Russie*, affaire Cour Permanente d'arbitrage no AA 227, sentence sur la juridiction et la recevabilité, 30 novembre 2009, §430

<sup>46</sup> *Anatolie and Gabriel Stati c. Kazakhstan*, affaire Chambre de Commerce de Stockholm no 116/2010, sentence arbitrale, 19 décembre 2013

<sup>47</sup> *Ibid.*, §806.

<sup>48</sup> Voir BAMBERGER, Cr. et WÄLDE, Th., « The Energy Charter Treaty » dans ROGGENKAMP, M., REDGWELL, C., RONNE, An. et del GUAYO, In., *Energy law in Europe : national, EU and international regulation*, Oxford University Press, 2e édition, 2007, 1616 p., pp. 145-194, § 3.16; GAILLARD, Em., « Investments and investors covered by the Energy Charter Treaty », dans RIBEIRO, Cl. (éd.), *Investment arbitration and the Energy Charter Treaty*, JurisNet, 2006, 684 p., pp. 54-73 ou De BRABANDERE, Er., « The settlement of investment disputes in the energy sector », dans De BRABANDERE, Er. et GAZZINI, T. (éd.), *Foreign investment in the energy sector: balancing private and public interests*, Brill / Nijhoff, 2014, 286 p., pp.130-168, p. 150

<sup>49</sup> *Amto (Limited Liability Company Amto) c. Ukraine*, affaire Chambre de Commerce de Stockholm no 080/2005, sentence arbitrale, 26 mars 2008

La nature sectorielle de la TCE, combinée avec la volonté initiale d'élaborer un texte encadrant un maximum d'entraves aux activités économiques dans le secteur énergétique, permet de situer les règles relatives à la protection des investissements dans un cadre plus général, qui incarne un « *regulatory approach to investment relations, embedding them in a broader governance framework of economic, environmental and social governance* »<sup>50</sup>. Contrairement à un TBI classique, cette approche réglementaire ne voit pas la protection des investissements uniquement sous le prisme du règlement des différends entre investisseurs et Etats hôtes, mais en tant qu'un aspect, parmi d'autres, permettant une totale libéralisation des activités économiques au niveau international. Cette particularité a une forte implication pratique. Le regroupement de règles de protection des investissements et d'autres disciplines internationales dans le même traité ouvre des multiples « portes » textuelles pour l'inclusion dans le raisonnement d'éléments de « *non-investment-related international law* » et pour un rééquilibrage des droits des investisseurs, sans qu'il soit nécessaire pour les arbitres d'avoir recours à des techniques interprétatives complexes, telles que le principe d'intégration systémique<sup>51</sup>.

#### *Une tentative d'encadrement de la phase pré-investissement*

Rares sont les cas où les TBI imposent des obligations substantielles aux Etats hôtes en ce qui concerne la phase précédant la réalisation de l'investissement. Et pour cause: les Etats hôtes ont toujours été réticents à entreprendre de tels engagements, ils demeurent « *keen to retain*

---

<sup>50</sup> SCHILL, St., « Concluding observations: foreign investment in the energy sector : lessons for international investment law », dans De BRABANDERE, Er. et GAZZINI, T. (éd.), *Foreign investment in the energy sector: balancing private and public interests*, Brill / Nijhoff, 2014, 286 p., pp. 259-282, p. 261

<sup>51</sup> Voir en ce sens SCHILL, St., « Concluding observations: foreign investment in the energy sector : lessons for international investment law », dans De BRABANDERE, Er. et GAZZINI, T. (éd.), *Foreign investment in the energy sector: balancing private and public interests*, Brill / Nijhoff, 2014, 286 p., pp. 259-282, pp. 276-277. Il sied toutefois de remarquer que cette amalgame, bien que conceptuellement justifiée, porte en creux des risques de dilution des disciplines. Ces risques se sont visiblement réalisés au moment de l'élaboration du TCE. En effet, le caractère flou de certaines disciplines, ainsi que leur rassemblement au sein essentiellement d'un seul texte (art. 10 TCE) ont fait l'objet d'importantes critiques, aussi bien dans la doctrine (Voir entre autres WALDE, Th., « International investment under the 1994 Energy Charter Treaty : legal, negotiating and policy implications for international investors within Western and Commonwealth of Independent States / Eastern European countries », *Journal of World Trade*, 1995, vol. 29, pp. 5-72), que par certains tribunaux arbitraux (voir par exemple *Amto (Limited Liability Company Amto) c. Ukraine*, affaire Chambre de Commerce de Stockholm no 080/2005, sentence arbitrale, 26 mars 2008, §73: « *Article 10(1) is a complex provision of five sentences. It opens with an expansive obligation to 'encourage and create, stable, equitable, favourable and transparent conditions for Investors...to make Investments...'. The four subsequent sentences refer to various other obligations, some of which are well known in investment treaty law. Some obligations relate to 'Investments' and some to 'Investors'. Some are explicitly unlimited in time ('commitment... at all times'; 'the most constant protection'), but the temporal application of the opening sentence is ambiguous and has been the subject of conflicting interpretations by the Parties in this arbitration. The final sentence is an 'umbrella clause' requiring the State to observe any obligations it has entered into with an Investor or an Investment of an Investor.*»

*sovereign rights in terms of whom they allow to enter and under which kind of conditions, as far as possible* »<sup>52</sup>. A première vue cette volonté de conserver la mainmise sur l'acceptation des investisseurs, surtout dans un secteur aussi central pour l'économie nationale, a eu le dessus au moment de la rédaction du TCE. En effet, le texte ne contient que des obligations traditionnellement qualifiées de *soft law*<sup>53</sup>, éludant la question épineuse de l'élaboration de disciplines pour la phase pré-investissement. L'adoption de telles disciplines est reportée à un moment ultérieur. L'art. 10.4 prévoit la conclusion d'un traité complémentaire qui obligerait les Etats à accorder aux investisseurs, pour la réalisation d'investissements, un traitement similaire à celui accordé postérieurement à la réalisation de l'investissement. Bien que le TCE prévoie comme date limite de signature de ce traité complémentaire 1998<sup>54</sup>, aujourd'hui encore sa conclusion n'est pas chose faite, et les négociations sont en suspens depuis 2002.

Néanmoins, le TCE contient plusieurs références à des obligations pesant sur les Etats hôtes pendant la phase précédant la réalisation d'un investissement. Par exemple, au sens de l'art. 10.6, les parties peuvent déclarer volontairement à tout moment à la Conférence leur intention de ne pas introduire de nouvelles exceptions au traitement accordé aux investisseurs dans la phase pré-investissement. En outre, l'art. 11 oblige les Etats hôtes d'examiner de bonne foi les demandes formulées par le personnel de base envoyé par les investisseurs pour préparer un éventuel investissement. Finalement, même si cette référence a été soigneusement exclue de la Partie III (et dès lors du champ des procédures de règlement des différends entre investisseurs et Etats), l'art. 18.4 impose aux parties une obligation de faciliter l'accès aux ressources énergétiques. Bien que ces obligations soient fragmentaires, et qu'il ne s'agisse clairement pas d'une discipline à proprement parler, l'existence de tels éléments démontre le souci d'accommoder deux spécificités des investissements dans le secteur énergétique: d'une part, la complexité des opérations d'investissement, nécessitant souvent une période très longue d'exploration du climat économique dans l'Etat hôte et l'engagement d'importantes négociations avec les pouvoirs publics<sup>55</sup>, et d'autre part, la difficulté d'identifier dans ce long parcours le moment de réalisation des premières étapes d'un investissement.

---

<sup>52</sup> WALDE, Th., « International investment under the 1994 Energy Charter Treaty : legal, negotiating and policy implications for international investors within Western and Commonwealth of Independent States / Eastern European countries », *Journal of World Trade*, 1995, vol. 29, pp. 5-72, p. 30

<sup>53</sup> *Ibid.*, p. 30. Voir BAMBERGER, Cr. et WÄLDE, Th., « The Energy Charter Treaty » dans ROGGENKAMP, M., REDGWELL, C., RONNE, An. et del GUAYO, In., *Energy law in Europe : national, EU and international regulation*, Oxford University Press, 2e édition, 2007, 1616 p., pp. 145-194, p. 151, note infrapaginale 17)

<sup>54</sup> une version de travail a été élaborée à ce moment - elle est disponible sur [http://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECST\\_Text\\_en.pdf](http://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECST_Text_en.pdf)

<sup>55</sup> Sur ce point Th. Wälde précise: « companies, for example in energy exploration and development, will carry out desk studies, in situ investigations, preliminary drilling, intensive drilling, appraisal and, finally, move to

### *Des standards de traitement (des fois) adaptés aux spécificités sectorielles*

Les règles du TCE relatives au traitement des investissements et des investisseurs étrangers dans le secteur énergétique se rapprochent substantiellement aux disciplines générales contenues dans un TBI classique. Toutefois, quelques précisions, mêmes si elles demeurent minimales, permettent de repérer les traces de ce même souci d'accommodation des spécificités sectorielles qui dicte l'élasticité de la définition du terme d'investissement et la volonté d'élaboration de règles en matière de traitement pré-investissement. Par exemple, l'art. 10.1 spécifie de manière très claire le minimum du standard de traitement juste et équitable accordé aux investisseurs: « en aucun cas, ces investissements ne peuvent être traités d'une manière moins favorable que celle requise par le droit international, y compris les obligations conventionnelles ». En outre, l'art. 10.1 introduit une « clause parapluie » assez large. Au sens de ce texte, « chaque partie contractante respecte les obligations qu'elle a contractées vis-à-vis d'un investisseur ou à l'égard des investissements d'un investisseur d'une autre partie contractante »<sup>56</sup>. L'existence, l'étendue et les limites d'une telle clause sont d'importance particulière dans un secteur où les investissements consistent en des projets de grande envergure, impliquant de complexes toiles de relations contractuelles entre l'Etat et l'opérateur privé<sup>57</sup>. Même si « *the precise scope of this so-called “umbrella clause” - in particular whether it encompasses purely commercial conduct of, for instance, government authority - remains to be determined by tribunals applying the ECT* »<sup>58</sup>, il peut être argué que le texte se prête à un interprétation plutôt extensive qui résulterait en un élargissement considérable des obligations de l'Etat hôte<sup>59</sup>

---

feasibility studies and erection of plant, testing and producing from it. Each stage involves an investment, i.e. a risky, long-term oriented commitment of money which is done, as the investment increases, with increasing need of confidence in the legal stability of the operation » (WALDE, Th., « International investment under the 1994 Energy Charter Treaty : legal, negotiating and policy implications for international investors within Western and Commonwealth of Independent States / Eastern European countries », *Journal of World Trade*, 1995, vol. 29, pp. 5-72, p. 33). Voir également AMUNDSEN, Er. Schr., *Théorie des ressources épuisables et rente pétrolière*, Paris, Economica, 1992, 243 p. ; p. 23: « Si le coût de démarrage est important dans le secteur minier, il est encore plus important dans la production pétrolière, notamment dans la production pétrolière off-shore. Ici, les investissements initiaux sont considérables, avec un haut degré d'irréversibilité et un long laps de temps entre le moment où on prend la décision d'investir, et celui où la production est opérationnelle ».

<sup>56</sup> Pour un commentaire voir HOBBER, K., « Investment arbitration and the Energy Charter Treaty », *Journal of International Dispute Settlement*, 2010, vol. 1 (1), pp. 153-190, pp. 159-160

<sup>57</sup> KRAJEWSKI, M., « The impact of international investment agreements on energy regulation », *European Yearbook of International Economic Law*, 2011, pp. 343-369, p. 362

<sup>58</sup> HOBBER, K., « Investment arbitration and the Energy Charter Treaty », *Journal of International Dispute Settlement*, 2010, vol. 1 (1), pp. 153-190, p. 159

<sup>59</sup> Voir dans ce sens *Ibid.*, p. 159 ou encore WALDE, Th., « International investment under the 1994 Energy Charter Treaty : legal, negotiating and policy implications for international investors within Western and Commonwealth of Independent States / Eastern European countries », *Journal of World Trade*, 1995, vol. 29, pp.

## **Conclusion**

A la lumière d'une analyse comparative de l'approche transversale (droit de l'OMC) et de l'approche sectorielle (TCE) de réglementation, la présente contribution a tenté d'identifier un certain nombre d'éléments qui pourraient servir de points de repère dans un futur projet d'élaboration de règles qui viendraient encadrer le commerce de ressources énergétiques. Chacune de ces approches présente des atouts et des inconvénients, ce qui nous amène à la conclusion qu'un futur cadre juridique dans le domaine devrait combiner les deux.

---

5-72, p. 49: « The most realistic interpretation of the intention underlying the last sentence of Article 10(1) is that the drafters, in view of this debate, wanted the Treaty to weigh in on the side of the advocates of "sanctity of contract" versus "permanent sovereignty", and channel such disputes to the Article 26 arbitration method ».