



doi: 10.22363/2313-2337-2018-22-1-110-139

LE CONTENU DE LA FUTUR REGLEMENTATION JURIDIQUE DES RELATIONS GAZIERES ENTRE LA RUSSIE, L'UE ET SES PAYS MEMBRES

Aleksandr K. Volkov

“Sphera”, SARL

7, Finskyi per., Saint-Petersbourg, Russie, 195009

La réglementation juridique actuelle ne permet pas de satisfaire les nombreux intérêts de la Russie, l'UE et ces pays membres en matière de gaz. La solution pourrait être l'établissement d'un cadre juridique, incitant le développement des relations de participation directe des entreprises sur les marchés. Notamment la participation de Gazprom, et d'autres compagnies russes, au marché du transport, de la distribution et de la fourniture de gaz à l'UE et de la participation des entreprises européennes à la production du gaz en Russie. Les bases de la réglementation de ces relations pourront être fixées dans le nouvel accord international entre la Russie, l'UE et ses pays membres.

Le but de la réglementation serait l'établissement d'un marché partiel basé sur l'idée de l'accès garanti des entreprises russes au secteur de la fourniture européenne, dans la limite de certains quotas (volumes fixés). Les entités des pays de l'UE recevraient l'accès à la production de gaz en Russie dans la limite des mêmes volumes (selon le principe de réciprocité). En même temps, les relations basées sur des contrats à long terme seraient conservées pour garantir la sécurité énergétique de l'UE et la stabilité économique de Gazprom.

L'accord projeté contiendra des règles sur la concurrence, sur les investissements et le commerce dans le domaine de gaz naturel. La réglementation proposée permettrait de résoudre plusieurs problèmes. En matière d'investissements, elle créerait les conditions de leur attractivité dans le secteur de la production du gaz en Russie et de la fourniture et de la commercialisation dans l'UE. En matière de concurrence, le recours à l'arbitrage en cas d'abus ou en cas d'infraction aux règles du droit anti monopole par d'autres acteurs du marché, et les règles sur la coopération entre ces acteurs serviraient de base à la création du marché, à la multiplication des producteurs, des commerçants et des fournisseurs.

Mots-Clefs: le marché du gaz; la sécurité énergétique; l'approvisionnement en gaz; le droit international énergétique; les garanties des investissements en Russie; le droit de la concurrence en matière d'énergie; les traités internationaux sur l'énergie; le gaz naturel

THE CONTENT OF THE FUTURE LEGAL REGULATION OF THE GAS RELATIONS BETWEEN RUSSIA, EUROPEAN UNION AND EU MEMBER STATES

Aleksandr K. Volkov

«Sphera» Ltd

7, Finskyi per., Saint-Petersbourg, Russia, 195009

There are two types of relations between Russia and European countries in the sphere of gas cooperation. The first type is dominant; it includes long-term contractual relations of Gazprom with the European enterprises. The second type is just emerging and comprises opening up of the respective markets, that is, direct participation of the European companies on Russia's market and vice versa.

However, the actual legal regulation of gas relations does not permit to satisfy the numerous interests of Russia, EU and its members in the natural gas domain. For Russia it is the augmentation of the gas production, attraction of the investments in this sphere. The EU cannot guarantee the energy security, the diminution of the gas prices, the creation of the pan European market and of the conditions of the sustainable development, the reinforcement of the EU positions on the external markets etc.

The resolution of the problem could be the development of the relations of the direct participation of the companies on the markets: of Gazprom and other Russian companies on the market of transport, retail, distribution of gas of the EU and of the participation of the European enterprises in the production of gas on the territory of the Russia.

The basis of the legal regulation of this type of the relations could be fixed in the international treaties between Russia, EU and the member-states, which will contain the provisions on concurrence, investments and commerce in the gas sphere.

The regulation of gas relations between Russia, the EU and its members described could help to solve numerous problems. In terms of investments, it would create the necessary conditions for foreign companies' activity in Russia's gas production sector and in the EU retail market. This will be possible largely due to the proclamation of efficient dispute resolution and other guarantees. In terms of competition, the right to submit claims to arbitration, foreseen in the agreement, will play a key role in countering the abuse by antitrust authorities or antitrust violations by enterprises. The rules of cooperation of the treaty will serve as the foundation for the common market. They will also promote the increase in the number of producers, retailers and consumers. The derogations from the competition rules will be important for ensuring energy security and for the attraction of investment.

Key words: gas market; energy security; gas supply; international energy law; concurrence in the energy law; international treaties on energy; natural gas

I. INTRODUCTION

Actuellement, entre les compagnies russes et européennes en matière de gaz, il existe deux groupes de relations. Le premier groupe dominant, celui des relations contractuelles de Gazprom avec des entreprises des pays de l'UE, basées sur les contrats à long terme. Pendant les 40 années d'utilisation de ce modèle, il n'y a pas eu d'interruptions dans l'approvisionnement. Le deuxième groupe de relations est celui de la participation directe des compagnies qui sont parties aux marchés. Il s'agit, de la participation de compagnies russes sur le marché européen et, réciproquement, d'entreprises européennes sur le marché russe. Ce sont des relations nouvelles qui sont en train de se mettre en place et elles sont devenues possibles grâce à l'ouverture des marchés de l'UE à la Russie. La réglementation de ces relations se fait par des accords entre les gouvernements des États et, au niveau local, elle est représentée par les législations nationales et les accords entre les entreprises.

Pendant, la réglementation juridique actuelle ne permet pas de satisfaire les nombreux intérêts des parties. Pour la Russie c'est la croissance de la production effective de gaz et l'attraction des investissements dans ce domaine qu'il s'agit d'assurer. L'UE, quant à elle actuellement, ne peut pas garantir sa sécurité d'approvisionnement, la baisse du prix du gaz, l'établissement du marché énergétique

pan-européen, le renforcement de sa position externe sur le marché énergétique, pas plus que la création des conditions du développement durable etc.

Ainsi, l'un des obstacles au développement des relations gazières entre la Russie, l'UE et ses pays membres est l'absence d'une réglementation juridique adéquate. Cette absence provient de l'inexistence d'un accord entre les parties sur l'évolution de ces relations. Ainsi, il convient de proposer quelques idées susceptibles de servir de modèle aux relations dans ce domaine et le cadre juridique correspondant.

En février 2011, la Commission UE et le gouvernement de la Russie ont décidé d'élaborer une feuille de route pour la coopération en matière d'énergie à long terme, basée sur l'évaluation de différents scénarios. Dans le cadre du dialogue énergétique, ce document a finalement été élaboré en mars 2013¹. Pour ce qui concerne le gaz, on trouve dans ce texte les listes des actions qui doivent être parachevées vers 2020, 2030 et 2050, et supervisées par le dialogue énergétique.

Vers 2020 on a prévu l'adoption des mesures d'approvisionnement stable en gaz en provenance de la Russie sur la base de contrats à long terme, la création d'une plateforme opérationnelle paneuropéenne du transport du gaz encourageant l'intégration des marchés, le fonctionnement de ladite infrastructure et la promotion des investissements russes dans le secteur gazier européen. L'utilisation d'une plateforme opérationnelle paneuropéenne du transport du gaz et le rapprochement de la régulation juridique des relations gazières doivent être accomplis vers 2030. Toutes les barrières entre les marchés et les infrastructures seront supprimées, le marché unique sera établi vers 2050.

Ainsi, le passage immédiat vers le marché intégré de l'énergie n'est pas possible. Les mesures annoncées ne permettront pas de surmonter les préoccupations des parties déjà annoncées: principalement les craintes du gouvernement russe de perdre le contrôle sur la production du gaz en Russie et les peurs de la Commission européenne que Gazprom monopolisera toute l'industrie gazière en Europe (Nies & Schülke, 2011:149.). Pour cette raison, le premier pas de l'intégration pourrait être l'établissement du marché partiel. L'accès des entreprises russes au secteur européen de la fourniture ne sera garanti que dans la limite de certains quotas (volumes fixés). En contrepartie, les compagnies des pays de l'UE auront accès à la production de gaz en Russie dans les mêmes limites de volumes (selon le principe de la réciprocité) que les entreprises russes sur le marché européen.

On voit déjà l'acceptabilité de cette approche au niveau des entreprises. Le 27 avril 2006, les dirigeants de Gazprom et de BASF sont parvenus à un accord d'échange d'actifs. Les Allemands ont rétrocédé aux Russes 15% des actions de la

¹ Feuille de route de la Coopération énergétique entre la Russie et l'UE vers 2050 de mars 2013. Accessible à: http://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/2013_03_eu_russia_roadmap_2050_signed.pdf. (Consulté le 11 mai 2017).

société commune Wingas² permettant à Gazprom d'obtenir la moitié des parts moins une action. Par contre, BASF a reçu en contrepartie approximativement 35% des actions d'Achmigaz (Dobrynkin, 2008:7), société de production de gaz du champ Yuzhno Russkoyé (Dasseleer, 2009:108.). En 2012, le rapprochement entre les deux entreprises a été amplifié: Gazprom a obtenu le contrôle à 100 % des fournisseurs Wingas (fournisseur de 20% du gaz en Allemagne), Wieh (qui opère en Belgique, au Danemark, en France, au Royaume-Uni, en Autriche, aux Pays-Bas et en République Tchèque), Wiece (qui approvisionne en gaz naturel les pays du Sud-Est de l'Europe, surtout la Roumanie et la Bulgarie). Wintershall (entreprise à 100% de BASF group) a, en revanche, accru sa part de participation dans la compagnie Amchigaz. Pourtant, au début cet accord n'a pas été approuvé par la Commission européenne.

Le développement de ce type de relations est intéressant pour les participants au marché du gaz. Mais, en même temps, l'UE, ses pays membres et la Russie préfèrent cultiver des relations basées sur des contrats à long terme.

Quelle que soit la forme choisie par la Russie, l'UE et ses pays membres pour encadrer leurs relations en matière d'énergie dans le domaine du gaz, l'accord éventuel contiendra nécessairement des stipulations sur les principes régissant la coopération entre les parties (II), les investissements (III), la concurrence (IV). Il comprendra également des stipulations sur les institutions et les organes chargés de coordonner la mise en œuvre des divers aspects qu'il régira (V).

II. LES PRINCIPES RÉGISSANT LA COOPÉRATION DANS LE DOMAINE ÉNERGÉTIQUE

Ces principes seront nécessairement puisés du texte du TCE, déjà accepté par plusieurs pays, de la proposition russe d'une nouvelle base juridique de coopération internationale dans la sphère énergétique, de l'Accord de partenariat et coopération, des législations européenne et russe, des résolutions de l'Assemblée générale de l'ONU sur l'énergie, des déclarations du G8, notamment le plan d'action sur la sécurité énergétique mondiale.

On peut distinguer trois groupes de principes susceptibles de figurer dans l'éventuel accord. Le premier comprend les principes généraux sur la coopération en matière d'énergie (ouverture progressive des marchés et création du marché unique, le développement de la concurrence, de la réciprocité, de la transparence). Le second comprend les principes sur les investissements. Le troisième comprend les principes relatifs à la sécurité énergétique.

² Cette entreprise, Wintershall Erdgas Handelshaus (WIEH), a été créée en 1990 en tant que joint venture entre Gazprom et Wintershall pour la fourniture du gaz russe en Allemagne de l'Est (Stern, 2005:111.)

2.1. Principes généraux

Parmi les principes généraux, le plus important est principe de l'ouverture progressive des marchés et de la création d'un marché unique. Il constitue le but même de la coopération, c'est-à-dire de la conclusion de l'accord. Il s'agit de confirmer la volonté de créer le marché unique et non seulement d'attirer des investissements.

Le deuxième principe est celui du développement de la concurrence, sans laquelle la création du marché n'est pas possible.

La création du marché unique sera graduelle, progressive et basée sur le respect des intérêts des parties. Cette idée trouve sa matérialisation dans le principe de réciprocité. Il faut se rappeler que les juristes ont d'abord utilisé la réciprocité comme une explication générale du droit international (Decaux & Reuter, 1980:7). Kant reliait ce principe à la naissance même du droit (Decaux & Reuter, 1980:4). Ainsi, la réciprocité est un fondement essentiel du système commercial international. Ancré dans les accords de l'OMC, elle est aujourd'hui devenue incontournable dans les débats sur la politique commerciale³. La réalisation de ce principe peut être trouvée, premièrement dans l'ouverture réciproque des marchés, c'est-à-dire dans la fixation de quotas équivalents. On peut également utiliser ce principe dans les sphères des investissements et de la concurrence: les parties ouvriraient au même niveau leurs marchés respectifs à la concurrence et octroieraient les mêmes garanties aux investissements.

L'exigence d'une réciprocité est une condition de l'exécution des obligations (Decaux & Reuter, 1980:13). En cas de non-respect de l'accord, des décisions sur le marché du gaz prises au niveau de l'UE et de la Russie (par le Conseil Russie — UE sur la coopération en matière de gaz) et des décisions d'arbitrage l'autre partie sur la base du principe de la réciprocité peuvent introduire des contre-mesures. De plus, le respect du principe de réciprocité est la garantie de l'égalité des droits lors de l'interprétation. L'accord doit être interprété de manière égalitaire. Le juge doit se fonder sur l'idée que l'accord est basé sur le fondement de la réciprocité, de l'égalité et du respect mutuel (Decaux & Reuter, 1980:340).

La transparence de tous les segments des marchés gaziers (production, export, transport, distribution, commercialisation et fourniture) est un autre principe important.

La transparence est un trait fondamental de la culture européenne contemporaine. Elle est à la base de l'établissement de la confiance entre les parties (Bianchi, 2013:1).

La notion de transparence est en train de se mettre en place (Bianchi, 2013:6). Elle est associée à l'information, aux connaissances, à la légitimation, à la reddition, à la démocratie participative et à la bonne gouvernance (Bianchi, 2013:8). Selon l'avis de la Commission économique pour l'Asie et la région pacifique, la transparence est

³ Rapport de J.M. Delisle de mars 2013, Réciprocité et commerce international. Comment restaurer des conditions de concurrence loyale ? Chambre de commerce et l'industrie de Paris. 2012. P. 7.

l'information accessible pour ceux qui seront concernés par telle ou telle décision (Bianchi, 2013:8). Pour les objectifs du droit international des investissements, la transparence signifie "l'adéquation, la ponctualité et l'accessibilité de la connaissance, l'information sur la politique, les règles, les procédures, les activités, les opérations des organes centraux en matière d'investissements" (Maupin, 2013:149). Ainsi, la transparence est l'information relevant du domaine public (sur la législation, les procédures, les décisions administratives et les décisions judiciaires d'application générale, les gisements, le développement du marché, etc.) ou privé (sur les décisions d'arbitrage, les participants actuels et potentiels qui doivent avoir un accès à l'information générale concernant d'autres participants au marché, etc.).

Cependant, la transparence n'est pas toujours associée au droit international dans la mesure où la pratique de la diplomatie internationale (Bianchi, 2013:3) reste dans une grande mesure confidentielle. Donc, la transparence connaît des limites. Il faut qu'il y ait une place pour la confidentialité, surtout par rapport à l'information privée.

Le principe suivant, découlant du premier, est celui de la liberté de l'export du gaz. Les compagnies européennes, qui reçoivent des quotas, doivent avoir la possibilité d'exporter le gaz de la Russie (actuellement cela n'est pas possible à cause du monopole de Gazprom), sinon, leurs intérêts dans la participation aux quotas seraient illusoires. Ainsi, dans le futur Accord, il faut prévoir le droit d'exporter le gaz pour les compagnies qui le font en vertu des quotas. Cette norme peut aussi concerner les compagnies russes. Quant aux taxes à l'importation ou à l'exportation, on pourrait reprendre les dispositions du TCE, qui prévoient que chaque partie contractante s'efforce de ne pas augmenter les droits de douane ou autres taxes perçus, et que ces relations seront réglées par le GATT. Cependant, à l'article XX «g», on prévoit une dérogation qui permet d'introduire des taxes sur des produits énergétiques pour prévenir leur épuisement pour le cas où ces mesures seraient appliquées en même temps que la restriction de la consommation et de la production interne. De pareilles règles peuvent être introduites dans le futur Traité. Mais, dans tous les cas, si ces taxes ne sont pas appliquées de manière discriminatoire, elles ne constitueraient pas une entrave à la concurrence et à l'établissement du marché unique, et seront désavantageuses également pour les entreprises russes et européennes.

Le dernier principe important, est celui de la responsabilité de l'Etat pour les actes ou les négligences des administrations publiques, autorités régionales (locales) et entités contrôlées. Si la responsabilité de l'Etat pour les actes et négligences des administrations publiques et des autorités régionales (locales) est claire, sa responsabilité pour les actes et négligences des entités contrôlées n'est pas évidente.

Cette question revêt une grande importance dans le domaine énergétique qui est caractérisé par la participation des compagnies publiques, c'est-à-dire contrôlées par l'Etat. L'article 22 du TCE reconnaît que l'Etat peut être responsable pour les entités contrôlées (Griogoriadis, 2008:45–64). On trouve une stipulation similaire dans certains TBI (Poulain, 2006:136). Cette règle est issue du droit international coutumier (Nouvel, 2006:25–53).

Dans la jurisprudence, à la suite des sentences *Salini c. Maroc* et *Matfezzini c. Espagne*, les sentences rendues dans les affaires *Eureko B.V. c. Republic of Poland*, *UPS c. Canada*, *Tradex c. Albania* ont fait référence de manière appuyée aux travaux du Professeur Crawford pour lequel la responsabilité de l'État peut être engagée, non seulement pour la conduite de ses organes, mais également pour la conduite d'une personne ou d'une entité qui n'est pas un organe étatique mais qui est investie par la loi de cet Etat du pouvoir d'exercer une part de l'autorité gouvernementale (Crawford, 2003:119). Cette extension du domaine de la responsabilité des États est notamment justifiée par la prise en compte des situations dans lesquelles d'anciennes entreprises d'État ont été privatisées mais restent encore investies de fonctions publiques ou réglementaires (Poulain, 2006:133).

2.2. Principes relatifs aux investissements

Le bloc des principes sur les investissements est représenté par le principe de la souveraineté de l'État sur ses propres ressources naturelles. Il s'agit des résolutions de l'Assemblée Générale des Nations Unies n° 1803 du 14 décembre 1962⁴, n° 3201 du 1 mai 1974⁵ et n° 3281 du 12 décembre 1974⁶, qui prévoient successivement le droit souverain des États sur leurs ressources naturelles. Les États sont libres de fixer les règles applicables à la propriété des ressources énergétiques, leur exploration et l'exploitation. Chaque Etat conserve le droit de décider des secteurs géographiques de sa zone qui sont 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. Chaque Etat détermine et perçoit les taxes, impôts et redevances et règlemente les aspects environnementaux et de sécurité de l'exploration (art. 18 du TCE).

Ainsi, ce principe permet la mise en œuvre d'un contrôle strict de l'accès des investissements étrangers et de justifier les mesures d'expropriation ou de nationalisation. Cependant, selon le nouvel Accord, la décision sur l'accès des investissements étrangers pourra être prise, non seulement au niveau de l'État, mais aussi au niveau de la Russie et de l'UE par le Conseil Russie — UE sur la coopération en matière de gaz.

⁴ Résolution 1803 (XVII) de l'Assemblée générale "Souveraineté permanente sur les ressources naturelles" du 14 Décembre 1962. Accessible à: <http://www.ohchr.org/FR/ProfessionalInterest/Pages/NaturalResources.aspx> (Consulté le 11 mai 2017).

⁵ Résolution 3201 (s-vi) de l'Assemblée générale "Déclaration concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international" du 1 mai 1974. Accessible à: http://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga_3201/ga_3201_ph_f.pdf. (Consulté le 11 mai 2017).

⁶ Résolution 3281 de l'Assemblée générale "Charte des droits et devoirs économiques des États" du 12 Décembre 1974. Accessible à: [http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/3281\(XXIX\)&Lang=F](http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/3281(XXIX)&Lang=F). (Consulté le 11 mai 2017).

Quant aux mesures de nationalisation, il faut indiquer qu'elles doivent être justifiées et réalisées selon le droit international.

Le droit souverain des Etats sur leurs propres ressources ne sera pas limité par le droit à l'énergie (à l'approvisionnement) d'autres Etats, ce qui fait débat actuellement. Cependant, les investisseurs seront protégés par les principes de l'accès non-discriminatoire aux marchés, de la non-discrimination et de la protection des investissements, du régime national des investissements.

Les autres principes relatifs aux investissements ne sont pas de moindre importance. Il s'agit de l'encouragement de l'échange mutuel des actifs dans le domaine énergétique, de la non-discrimination dans l'accès aux technologies de l'énergie et de la participation à des transferts de technologie, de l'assistance dans la mise en œuvre des projets infrastructurels ayant une certaine importance pour le développement du marché unique et de la simplification des procédures administratives.

2.3. Principes relatifs à la sécurité énergétique

La doctrine de la sécurité énergétique n'a pas jusqu'à ce jour un caractère juridique précis. Le professeur S.S. Zankovskii l'explique par le fait que cette notion est le produit de l'interaction entre la politique, le droit et l'économie (Zankovskii, 2006:64.). En même temps, on peut constater l'importance de l'élaboration de la notion uniforme de sécurité énergétique par la science juridique (Sapir, 2006). C'est surtout cela qui est essentiel pour atteindre les objectifs du futur Accord entre la Russie et l'UE.

Pour élaborer la notion de sécurité énergétique, en évitant des contradictions, il faut analyser la réglementation existante aux niveaux national et international.

En Russie la définition de la notion de sécurité énergétique se trouve dans la nouvelle Stratégie énergétique, adoptée en novembre 2009. La sécurité énergétique est définie comme la situation dans laquelle l'Etat, les citoyens, la société et l'économie sont protégés de la menace de ne pas être approvisionnés en combustibles et en énergie.

La sécurité énergétique est considérée comme la priorité de la politique énergétique et une composante importante de la sécurité nationale.

Selon le titre 2 de la Stratégie, la notion de sécurité énergétique représente une base suffisante de ressources énergétiques qui sont accessibles économiquement, écologiquement et techniquement (possibilité d'extraction et de consommation des ressources selon le niveau de développement des technologies et des limites écologiques). La stratégie énergétique de 2003 prévoyait la même liste d'éléments à l'exception de la nécessité de sécuriser la demande externe en ressources énergétiques. Ainsi, la stratégie de 2003 était orientée vers l'export.

Dans l'UE il y a eu une discussion autour de la notion de sécurité énergétique pendant une dizaine d'années. Le concept de la sécurité d'approvisionnement énergétique recouvre de multiples facettes, depuis la simple livraison d'une énergie de qualité jusqu'à la défense d'intérêts stratégiques majeurs, de court ou long terme.

La doctrine définit généralement cette notion comme étant la garantie durable d'une fourniture sûre et adéquate à un prix raisonnable sur le court comme sur le long terme (Doumbé-Billé, 2011:104).

De facto, dans la pratique juridique européenne on utilise deux notions qui ont la même signification : la sécurité énergétique et la sécurité de l'approvisionnement énergétique. La première est appliquée par plusieurs organisations et certains experts, la deuxième figure dans le texte du Traité de Lisbonne (art. 194) et dans d'autres instruments juridiques et politiques. Cependant, les traités constitutifs ne contiennent pas de définition de la sécurité de l'approvisionnement énergétique. Dans le livre vert "[v]ers la stratégie européenne de la sécurité de l'approvisionnement" de 2000, on trouve une indication sur les buts de cette politique: l'accessibilité aux produits énergétiques sur le marché selon des prix raisonnables pour les consommateurs (privés et industriels), en respectant les intérêts de l'écologie et le but du développement durable⁷. Ainsi, on peut identifier deux éléments: technique (l'accessibilité aux ressources) et commercial (l'approvisionnement en ressources énergétiques à des prix raisonnables)⁸. Par conséquent, l'approche des législateurs russe et européen est en quelque sorte la même. L'accessibilité physique et économique et le respect des intérêts écologiques sont les principaux critères. La seule différence réside dans les conditions suivantes: l'UE est le pays importateur et la Russie est l'exportateur des ressources naturelles.

Quant à la définition au niveau international, il faut remarquer que la notion de "sécurité énergétique" est elle-même apparue grâce au dialogue entre la Russie et l'UE.

Très souvent, dans un contexte international, la sécurité énergétique est comprise comme dans l'UE comme étant la sécurité de l'approvisionnement en énergie. Cette conception est un instrument de pression politique des pays développés sans ressources propres sur les pays exportateurs, plutôt qu'un principe d'interaction entre les parties (Red'kin, 2009). C'est une conception unilatérale de sécurisation des intérêts des pays européens.

La Russie dans le document intitulé "Approche conceptuelle d'un nouveau fondement juridique de la coopération internationale dans la sphère énergétique" propose une vision plus équilibrée de la notion de sécurité énergétique, respectant les intérêts de toutes les parties, consommateurs et producteurs.

⁷ Green Paper Towards a European strategy for the security of energy supply, COM/2000/0769 final, November 2000 // Office for Official Publications of the European Communities. 2001. P. 9.

⁸ Cependant, selon l'article 2 de la directive 2005/89/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 janvier 2006 concernant des mesures visant à garantir la sécurité de l'approvisionnement en électricité et les investissements dans les infrastructures on ne trouve qu'un élément technique (la sécurité d'approvisionnement en électricité — la capacité d'un système électrique à fournir aux clients finals de l'énergie électrique). En effet, il est difficile de fixer des paramètres économiques pour tous les Etats membres.

Ce texte comporte une définition de la sécurité énergétique mondiale. On la cite ici, même s'il faut reconnaître que cette définition n'est pas très bien rédigée. C'est le degré atteint par le système énergétique qui garantit un approvisionnement sûr et régulier de matériaux et de produits énergétiques des Etats-consommateurs, en des termes satisfaisants pour tous les participants au marché et avec un préjudice minimal pour l'écologie dans le but du développement durable de toute la communauté mondiale. En vue de l'Accord projeté et en respectant les particularités des législations nationales, il est possible de modifier cette définition de la sécurité énergétique comme suit: "ce sont les conditions du système énergétique dans lesquelles, avec un préjudice écologique minimal et dans le but du développement durable des parties de l'accord, l'Etat atteint un approvisionnement des consommateurs sûr et régulier de matériaux et de produits énergétiques dans des termes satisfaisants pour tous les participants au marché".

Le principe de la sécurité énergétique se manifeste par la reconnaissance de la sécurité de l'approvisionnement et de la demande qui constituent les aspects les plus importants de la sécurité énergétique. Cette règle permettra de garantir le transport et la part du gaz russe sur le marché européen. D'autre part, l'intégrité de la sécurité énergétique durable, conduit à la reconnaissance de l'interdépendance de tous les participants aux échanges d'énergie et à la responsabilisation, non seulement des fournisseurs, mais aussi des consommateurs. Le principe de la sécurité énergétique concerne aussi les infrastructures énergétiques. Il garantit sa sécurité physique et la promotion des projets d'infrastructures. Quant à la réglementation de la coopération, le principe signifie l'établissement de mécanismes d'avertissements préalables avec la participation des fournisseurs et des consommateurs, des consultations obligatoires et une coordination des politiques énergétiques en matière de gaz. Cette dernière est importante surtout dans le domaine de l'élaboration de la future structure de balance énergétique, de la diversification des sources d'approvisionnement en énergie, des règles relatives à la production, au commerce, au transit et à la consommation de gaz.

III. PRECISIONS RELATIVES AU DROIT DES INVESTISSEMENTS

L'ensemble des règles relatives aux investissements aura pour but de garantir le niveau le plus élevé possible de la protection juridique des investissements étrangers. L'Accord projeté comprendra certainement des définitions (de l'investisseur et de l'investissement), des procédures relatives à l'admission des investissements étrangers et des textes relatifs à la garantie des investissements.

Les stipulations relatives aux investissements du TCE et du TBI modèle russe⁹ serviront de sources d'inspiration. On peut utiliser comme référence la plateforme minimale sur investissements de l'UE (Minimum Platform on Investment, MPOI), adoptée le 27 novembre 2006 par le Conseil de l'UE. Le but de cette plateforme était d'ailleurs de servir de proposition standard lors des négociations portant sur les traités relatifs aux investissements. Cependant, ce texte ne contient pas de règles sur l'expropriation et le règlement des différends. Ainsi, il a une signification symbolique que pratique (Shan & Zhang, 2011).

Pour comprendre les intentions de l'UE lors de l'élaboration de l'éventuel Traité avec la Russie, on peut se référer aux négociation dans le cadre du TAFTA (Transatlantic free Trade Agreement)¹⁰ et à la Directive pour la négociation du Partenariat transatlantique sur le Commerce de l'Investissement entre l'Union européenne et les Etats-Unis d'Amérique¹¹.

De plus, comme source d'inspiration, il est aussi possible d'utiliser les normes de l'ALENA, les divers TBI, le modèle américain d'accord de protection et d'encouragement des investissements de 2004¹², le modèle canadien de 2004¹³, l'Accord multilatéral sur l'investissement (AMI) de l'OECD¹⁴ et la jurisprudence sur-tout celle du CIRDI.

3.1. Les concepts-clé

La définition de l'investissement

Avant tout, il faut déterminer si on a besoin d'une définition large ou étroite de l'investissement. Dans les conditions d'une confiance entre les parties, d'un réel besoin d'investissements et des ressources énergétiques, il faut pour une appréciation large de la notion d'investissements. A partir de consent politique sur cette question on peut procéder à l'élaboration de la définition.

⁹ Типовое соглашение о поощрении и взаимной защите капиталовложений, утвержденное Постановлением Правительства РФ от 09.06.2001 № 456 с изменениями, внесенными Постановлением Правительства РФ от 17 декабря 2010 г. №1037 // Собрание законодательства РФ. 2001. № 25. Ст. 2578.

¹⁰ Les textes de négociation de l'UE dans le cadre du TTIP (TAFTA). Accessible à: http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1248#market-access_ (Consulté le 11 mai 2017).

¹¹ Directives de négociation concernant le Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique du 17 Juin 2013. Accessible à: http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11103-2013-REV-1-DCL-1/fr/pdf_ (Consulté le 11 mai 2017).

¹² Model BIT Treaty between the Government of the United States of America and the Government of [country] Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment 2004 Available from: <http://www.state.gov/documents/organization/117601.pdf> (Accessed 12th January 2016).

¹³ Model Agreement between Canada and ...for the Promotion and Protection of Investments 2004. Available from: <http://www.italaw.com/documents/Canadian2004-FIPA-model-en.pdf> (Accessed 12th January 2016).

¹⁴ L'Accord multilatéral sur l'investissement de l'OECD. Accessible à: <http://www.flora.org/flora/archive/mai-info/9710-ami.htm>. (Consulté le 11 mai 2017).

Premièrement, il faut définir l'investissement, est-ce une chose (un bien, une valeur) ou une activité (Rubins, 2004:284). Si on qualifie l'investissement d'activité, elle doit avoir un caractère entrepreneurial, présupposant l'objectif de l'obtention d'un gain, la prise de risque, avoir une certaine durée et contribuer au développement de l'Etat d'accueil (Rubins, 2004:875), par là on restreint la notion. De plus, même si, en théorie, il y a des doutes, les textes juridiques, surtout ceux mentionnés ci-dessus, considèrent les investissements comme des valeurs et des capitaux. Il ne s'agit pas de rompre avec cette tradition, alors qu'elle répond aux besoins de formaliser une approche vaste. Ainsi, il est préférable de ne pas lier l'emploi du terme "investissement" à des considérations de montant, de délai et de but des capitaux.

Il faut donc déterminer la liste des choses, des objets qui peuvent être qualifiés d'investissements et recevoir la protection.

Ainsi, par investissements, il y aura lieu d'entendre les investissements directs et de portefeuille, privés et publics. On peut reprendre la liste des valeurs mentionnées dans le TCE (art. 1) qui est perçu par la jurisprudence et par la communauté juridique (Walde & Hober, 2006:309) comme large dans la mesure où elle inclut tout type d'avoir détenu ou contrôlé directement ou indirectement par un investisseur, notamment: les biens matériels et immatériels, mobiliers et immobiliers, et tous droits de propriété, une société ou entreprise commerciale ou les actions, capitaux ou toute autre forme de participation au capital dans une société, les rendements, etc.

Il serait judicieux d'inclure dans cette liste les contrats à long terme sur l'approvisionnement en gaz. Mais, la question de savoir si un contrat de vente peut être un investissement protégé ?

Cette question a déjà été examinée par les tribunaux arbitraux. Dans l'affaire *Global Trading Resource Corp. and Globex International, Inc. c/ Ukraine*¹⁵, un investisseur américain, exportateur de viande de volailles, a engagé un arbitrage CIRDI en application du TBI États-Unis-Ukraine de 1994. Il a reproché à l'Ukraine le non-paiement du prix convenu en vertu d'un contrat de vente de volailles conclu avec les autorités de ce pays. L'Ukraine a soutenu que le contrat de l'espèce était un contrat commercial et qu'il ne constituait pas un investissement protégé, ni au sens du TBI, ni au sens de l'article 25 de la Convention de Washington. L'exportateur américain a répondu que le contrat litigieux ne se réduisait pas à un contrat de vente classique. En effet, il avait été sollicité par les responsables politiques ukrainiens, au plus haut niveau, pour des raisons de politique de développement social et économique. En outre, il avait obtenu des garanties d'exécution assumées par l'État. Enfin, il avait mobilisé des ressources importantes pour l'approvisionnement, l'expédition et la livraison des biens.

¹⁵ ICSID Case n° ARB/09/11 *Global Trading Resource Corp. and Globex International, Inc. and Ukraine* of 1 December 2010. Available from: <http://www.italaw.com/documents/GlobalTradingResourceCorpandGlobexInternationalIncvUkraine.pdf>. (Accessed 12th May 2016).

Cependant le tribunal arbitral, s'est prononcé en faveur de la conception objective en matière d'investissement. En premier lieu, le tribunal arbitral s'est référé à la sentence Joy Mining¹⁶, dans laquelle un autre tribunal CIRDI a affirmé qu'un contrat de vente, même complexe, ne pouvait pas être qualifié d'investissement. En second lieu, il s'est référé à la décision du comité *ad hoc* dans l'affaire Historical Salvors c/ Malaysia¹⁷, dans laquelle ce comité a décidé qu'il ressortait des travaux préparatoires relatifs à la Convention de Washington que les simples contrats d'achat-vente ne constituent pas des investissements. Cependant, on note au passage que le tribunal ne cite pas les extraits pertinents ou les références des travaux préparatoires. D'ailleurs, la décision du comité *ad hoc* dans l'affaire Historical Salvors n'indiquait pas les raisons qui avaient conduit ses membres à admettre que les travaux préparatoires excluaient la vente de la définition de l'investissement.

Ainsi, le tribunal a conclu que le contrat de l'espèce ne constituait pas un investissement au sens de l'article 25 de la Convention de Washington et a considéré que la demande était manifestement dénuée de fondement juridique.

L'exclusion des contrats de vente de la catégorie des investissements au sens de l'article 25 est la conclusion à laquelle est parvenue la sentence Alpha Projekt holding GmbH c/ Ukraine. De même, dans l'affaire Asia Express c/ Greater Colombo Commission¹⁸, le CIRDI a refusé d'enregistrer une requête d'arbitrage relative à un contrat de vente.

Toutefois, il a été souligné que les rédacteurs de la Convention CIRDI avaient envisagé que des opérations de vente pouvaient constituer des investissements. En 1964, le célèbre juriste américain Charles M. Spofford affirmait, "le terme investissement peut inclure des contrats". De même, dans la sentence Pantechniki c/ Albanie¹⁹, le juge J. Paulsson a reconnu que certaines transactions instantanées et simples, comme un pur contrat de vente, ne devaient pas être considérées comme des investissements au sens de la Convention de Washington, cependant, la vente de plusieurs tracteurs, avec un paiement étalé pour permettre aux agriculteurs de générer des bénéfices et rembourser le prix, pouvait constituer un investissement. En outre, lorsque le tracteur a été conçu spécialement pour un État et préparé à titre d'expérimentation, on peut difficilement nier le caractère d'investissement. Enfin, selon la jurisprudence arbitrale, les litiges relatifs à de simples "contrats de prestation de services"

¹⁶ ICSID Case n° ARB/03/11 Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt. Available from: <http://www.italaw.com/cases/590#sthash.bCdJcWfQ.dpuf>. (Accessed 12th May 2016).

¹⁷ ICSID Case n° ARB/05/10 Malaysian Historical Salvors SDN BHD and the Gouvernement of Malaysia of 16 April 2009. Available from: http://www.italaw.com/documents/MalaysianHistoricalAnnulment_000.pdf. (Accessed 12th May 2016).

¹⁸ Asian Express Int.l PTE Limited v. Greater Colombo Economic Commission case 6 of Novemer 1984.

¹⁹ ICSID Case n° ARB/07/21 Pantechniki S.A. contractors & engineers (Greece) and the Republic of Albania of 30 July 2009. Available from: <http://www.italaw.com/documents/PantechnikiAward.pdf>. (Accessed 12th May 2016).

remplissent les critères objectifs de l'investissement au sens de la Convention de Washington.

Donc, des contrats à long terme peuvent théoriquement être reconnus en tant qu'investissement et recevoir une protection additionnelle. On juge aussi important de reprendre la formulation du TCE selon laquelle la modification de la forme sous laquelle les avoirs sont investis n'affecte pas leur caractère d'investissement.

La définition de l'investisseur

On peut présumer que les artisans du futur Accord chercheront à élargir la notion d'investisseur, mais en même temps à garantir que les ressortissants d'Etats-tiers ne puissent pas utiliser les avantages octroyés par le traité.

L'élargissement sera fait par l'indication dans la définition de l'investisseur que cette notion comprend des personnes physiques et des entités juridiques. Il faut rendre compte que la notion d'entité juridique peut être comprise différemment. Dans le texte de l'Accord projeté il est à préciser s'il inclut les entités juridiques qui ne sont pas titulaires de la personnalité morale et celles dont les activités sont à buts non lucratifs. C'est pourquoi il est préférable d'utiliser la notion de "groupement" et d'emprunter la définition de l'Accord type canadien sur les investissements de 2004²⁰ qui prévoit: "toute entité constituée ou organisée sous le régime de la législation applicable, dans un but lucratif ou non, et détenue ou contrôlée par des intérêts privés ou par l'Etat, y compris les sociétés de capitaux, les sociétés de fiducie, les sociétés de personnes, les entreprises individuelles, les coentreprises et autres groupements de même nature, et les succursales de cette entité" (art. 1).

Pour prévenir les situations où des personnes physiques de pays-tiers profitent des garanties des investissements prévus par l'Accord projeté, on peut prescrire que celles-ci doivent avoir, non seulement la citoyenneté du pays signataire, mais aussi un domicile régulier sur son territoire, conformément à la législation applicable. Mais il faut indiquer que la double nationalité ou l'absence de la citoyenneté, en cas de résidence permanente dans le pays signataire ne constitue pas une entrave à la jouissance des droits du traité.

Dans le même but, au regard des personnes juridiques, on peut reprendre la formulation du Traité sur la Charte européenne de l'énergie sur le "denial of benefits". Cette clause prévoit le droit du pays d'accueil de "refuser les avantages" à toute entité juridique si les citoyens ou les ressortissants d'un Etat tiers sont propriétaires ou ont le contrôle de cette entité et si celle-ci n'exerce pas d'activités commerciales substantielles dans la zone de la partie contractante dans laquelle elle est constituée. On peut aussi refuser des avantages à un investissement si la partie contractante n'entretient

²⁰ Model Agreement between Canada and...for the Promotion and Protection of Investments 2004. Available from: <http://www.italaw.com/documents/Canadian2004-FIPA-model-en.pdf>. (Accessed 12th May 2016).

pas de relations diplomatiques avec l'Etat tiers, ou adopte ou maintient des mesures qui interdisent les transactions avec les investisseurs de cet Etat (art. 17 du TCE).

Pour plus de clarté, on peut aussi prévoir que les investisseurs ne soient pas admis à invoquer les droits conventionnellement protégés à l'encontre de leur propre gouvernement.

3.2. L'accueil des investissements étrangers

L'intensité de l'accueil

Pour chaque opération d'investissement on distingue essentiellement deux phases successives: la phase de l'admission (des pré-investissements), lorsque l'investisseur sollicite l'entrée sur le territoire de l'Etat hôte et la phase de l'investissement proprement dit, qui suit l'admission sur le territoire de l'Etat concerné.

Les garanties des investissements, traditionnellement, ne couvrent pas l'accès au marché. La mise à l'écart de la phase de l'admission s'explique par le fait que le droit international coutumier reconnaît à l'Etat un droit absolu et souverain pour contrôler l'admission et l'entrée des investissements étrangers sur son territoire. La plupart des instruments internationaux ne contiennent pas de dispositions spéciales sur l'admission des investissements (Shan, 2012:27). Quelques textes disposent expressément que les normes de traitement convenues, telles que le traitement national ou celui de la nation la plus favorisée, ne sont pas applicables à l'admission des investissements (Laviee, 1985:44).

Les TBI européens reconnaissent majoritairement cette liberté étatique. Ils contiennent une clause qualifiée de "clause d'admission" selon laquelle il appartient à chaque Etat d'admettre, conformément à son droit national, les investissements des ressortissants étrangers (Azoulai, Hamida, 2009:81).

Cependant, dans les TBI conclus par la France et l'Allemagne on se réfère à la promotion ou à l'encouragement des investissements entre les parties. Dans un certain nombre de textes, la promotion a lieu "dans la mesure du possible", ce qui apparaît plutôt comme une recommandation que comme une obligation juridique. La plupart des dispositions relatives à l'admission montrent que la promotion doit être l'affaire de l'Etat d'accueil, mais quelques formules dans le sens opposé peuvent également être rencontrées. Les Conventions récentes emploient une formulation "réciproque"²¹, aussi bien pour la promotion que pour la protection des investissements (Laviee, 1985:73).

Lorsque l'obligation d'obtenir l'autorisation n'est pas prévue dans le TBI mais est énoncée dans le droit interne de l'Etat accueil, les arbitres considèrent que le non-respect de cette obligation ne peut écarter l'investisseur étranger des garanties con-

²¹ C'est à dire que l'Etat peut limiter l'accès des investissements étrangers s'il existe des restrictions semblables dans le pays-hôte.

ventionnelles (affaire Middle East Cement c. Egypte du 12 avril 2002). Mais sur la base des règles internes, le pays d'accueil peut infliger des sanctions (pécuniaires ou pénales) aux opérateurs qui ne se soumettent pas à cette obligation procédurale.

Cependant lorsque, dans un accord bilatéral, la règle prévoyant que les opérations d'investissements doivent s'effectuer "conformément au droit et à la législation" de l'Etat d'accueil est insérée, cette formulation permet d'exclure les investissements non autorisés du champ d'application de l'accord (Frapport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. Philippines, sentence du 16 août 2007) (Bonomo, 2012:205)

Selon le § 1 de l'article 10 du TCE, chaque partie contractante encourage et crée les conditions stables, équitables, favorables et transparentes pour la réalisation d'investissements dans sa zone par les investisseurs des autres parties contractantes. Pour respecter cette obligation, chaque Etat s'efforce de limiter au maximum les exceptions à la règle du libre accès des investissements, c'est-à-dire, de ne pas insérer de nouvelles exceptions, règle *stand still* (a § 5 art. 10), et de supprimer progressivement les restrictions existantes, règle *roll-back* (b § 5 art. 10). Les parties contractantes s'efforcent aussi d'accorder aux investisseurs le traitement de la nation la plus favorisée ou nationale, celui qui leur est le plus favorable (§ 2 art. 10).

Le préambule du TCE affirme que les principes du traitement national et du traitement de la nation la plus favorisée seront appliqués à la réalisation des investissements conformément à un traité complémentaire. C'est pourquoi, dans le texte, on utilise la formule "s'efforcer". Les négociations sur l'élaboration du texte de l'accord ont commencé en 1996, mais ont été suspendues en 2002.

Selon le § 4 de l'article 18, les parties s'engagent à faciliter l'accès aux ressources énergétiques, notamment en octroyant d'une manière non discriminatoire, sur la base de critères publiés, des autorisations, des licences, des concessions et des contrats de prospection et d'exploration en vue de l'exploitation ou de l'extraction des ressources énergétiques (Elshihabi, 2001:137–158). Pourtant, la plupart des pays ont introduit de nouvelles restrictions à l'accès des investisseurs étrangers sur leurs territoires : la Russie en 2008, l'UE en 2009.

Cependant, les TBI conclus par les Etats-Unis ne sont pas soumis à la phase d'admission des investissements du droit interne mais à des standards de droit international, plus spécialement le standard du traitement national et la clause de la nation la plus favorisée. Dans ces traités, l'Etat s'oblige à traiter l'admission des investissements étrangers comme l'admission des investissements de ses propres nationaux. Il en découle que tout traitement discriminatoire ou différent, en ce qui concerne les conditions d'admission ou les procédures d'admission entre nationaux et étrangers ou entre étrangers, est incompatible avec les traités. Le Canada et le Japon ont adopté une approche semblable. Malgré cette approche libérale des TBI à cause de la participation de ces pays, des exceptions sont prévues pour certains secteurs, notamment ceux de l'énergie, de la communication ou de certaines industries sensibles (Azoulai & Hamida, 2009:82).

La procédure d'accès des investissements étrangers

Pour que l'accord envisagé atteigne ses objectifs, il est proposé d'établir un régime de traitement national d'accès aux investissements qui seraient accordés par le Conseil Russie — UE sur la coopération en matière de gaz. Cela conduirait à écarter tout contrôle à l'accès des investissements étrangers au niveau national, parce qu'il s'effectuerait à un niveau plus élevé.

Il est également suggéré, non seulement l'appliquer le principe du régime national, mais aussi toutes les garanties du droit des investissements au stade des pré-investissements, principalement le règlement des différends par d'arbitrage.

La procédure d'admission des investissements inclurait deux étapes. Tout d'abord, des quotas pour la production, la fourniture et la commercialisation du gaz seraient fixés au niveau UE — Russie. Ensuite, la distribution se ferait au niveau local entre les compagnies russes et européennes.

3.2.1. La procédure de fixation des quotas pour les marchés de fourniture, de commercialisation et de production du gaz

A l'origine, les gouvernements des Etats de l'Europe de l'Ouest s'étaient attendus à obtenir le droit d'accéder unilatéralement aux marchés de leurs partenaires de l'Est. Ces derniers ont insisté sur la réciprocité en matière d'accès aux capitaux étrangers et aux technologies (Gudkov, Lakhno, 2011). Mais cette question n'a jamais été réglementée et, jusqu'à maintenant, dans les pays de l'UE il existe un contrôle strict des investissements étrangers dans le domaine de l'énergie, même quand ceux-ci proviennent d'autres pays que de l'UE²². Ainsi, les parties de l'Accord projeté ont besoin de recevoir des garanties d'accès sur les marchés de la part des compagnies européennes pour ce qui est de la production de gaz en Russie, de Gazprom et d'autres entreprises russes pour entrer sur les marchés de fourniture et de commercialisation du gaz dans l'UE (Belyi & Klaus, 2007:216).

Dans ce secteur sensible, la garantie essentielle de la sécurisation des intérêts des parties est constituée par le principe de réciprocité.

L'octroi des droits d'accès doit être le résultat de négociations entre les parties au niveau du Conseil consultatif Russie — UE sur la coopération en matière de gaz. La réciprocité sera garantie par l'égalité entre les quotas de production de gaz accordés aux sociétés européennes en Russie et les quotas de gaz vendu sur le marché de l'UE par des compagnies russes²³. Ils doivent être égaux, non par leurs volumes mais par

²² Récemment l'Espagne a refusé à des investisseurs allemands de prendre sous leur contrôle la compagnie énergétique espagnole.

²³ Ce n'est pas la première fois qu'on impose des quotas dans les relations entre la Russie et l'UE: l'Accord sur l'acier entre la Communauté européenne du charbon et de l'acier et la Russie de 1998 a fixé des quotas d'importation dans l'UE pour une liste restreinte de produits sidérurgiques.

leurs valeurs, puisqu'il existe des gisements moins accessibles, moins riches et des marchés moins profitables.

On peut même prévoir un mécanisme de révision de ces quotas en cas de changement de régime des impôts. De même, en cas d'extension d'un investissement initial pour garantir la protection du futur Accord, ce changement devra être approuvé au niveau UE — Russie.

Les quotas peuvent couvrir, non seulement de futurs investissements, mais aussi des investissements existants, soit au niveau de la production de gaz en Russie par des compagnies européennes, soit au niveau de la fourniture et de la commercialisation du gaz dans l'UE par des compagnies russes.

Les échanges d'actifs entre des compagnies russes et européennes peuvent naturellement faire partie des quotas et, ainsi, recevoir la protection additionnelle. L'accord entre des compagnies peut être atteint plus facilement, parce que les participants au marché sont plus compétents dans l'évaluation des actifs gaziers. De plus, dans ce dernier cas, on n'aurait pas besoin de la redistribution des quotas au niveau local (UE, Russie). Cette voie de la négociation des quotas doit devenir **le principal** puisqu'il correspond davantage aux valeurs du marché.

Bien sûr le système des quotas est un élément d'un marché contrôlé, ce qui paraît archaïque. De plus, cette approche peut devenir une entrave pour le développement des relations entre la Russie et l'UE dans le futur. Cependant, un regard désintéressé sur l'état des relations actuelles entre les parties démontre que ce type de réglementation est approprié. Il n'est pas possible de passer directement à l'établissement du marché unique de gaz. On a besoin des formes archaïques pour bien équilibrer les intérêts des parties et réinstaurer la confiance entre la Russie et l'UE. Le modèle proposé n'est pas un but ultime mais un instrument temporel qui peut servir de fondement solide à la création d'un marché entre des parties à l'avenir.

3.2.2. La procédure de distribution des quotas dans l'ordre interne

Après avoir fixé les quotas au niveau Russie — UE, il faudrait les distribuer localement, c'est-à-dire entre les compagnies européennes et russes.

Le cas de la Russie sera facile. Le gouvernement russe, lors de la distribution des quotas de participation sur le marché de la fourniture et de la commercialisation dans l'UE devrait prendre en compte les possibilités des entreprises russes de concurrencer les entreprises européennes sur les marchés européens. Actuellement, Gazprom est presque la seule entreprise capable de le faire. Cependant, Fluxys (compagnie belge opérant des terminaux LNG) et Yamaltrade (filiale de Novatek, compagnie gazière russe) ont conclu il y a un an un accord sur le stockage du gaz au Zebbrugge. Ainsi, cette entreprise russe a désormais la possibilité de vendre du gaz dans le hub²⁴.

²⁴ Дудина Г. Необходимо рассматривать возможности сотрудничества с РФ. Режим доступа: <http://www.kommersant.ru/doc/2705442>. Дата обращения: 24.06.2015.

Lors de la distribution des quotas pour la production du gaz en Russie entre des compagnies de l'UE, la Commission prendrait en compte les intérêts des compagnies des divers pays sur les marchés où des compagnies russes cherchent à pénétrer.

Pour garantir la transparence et éviter les interférences politiques, il sera préférable de recourir à des échanges d'actifs entre les compagnies, ce qui permettrait d'éviter les procédures de distribution de quotas au niveau local, puisque cette distribution serait faite automatiquement en vertu de l'accord entre les entreprises. A ce niveau (niveau des compagnies), il est plus facile de se mettre d'accord. Les parties connaissant mieux la valeur des actifs, elles auraient plus confiance les unes en les autres.

De plus, cette dernière voie correspond bien à la pratique actuelle des entreprises. Rappelons à ce sujet que, déjà en 2006, Gazprom et BASF sont parvenus à un accord d'échange d'actifs. Les Allemands ont rétrocédé aux Russes 15 % des actions de la société commune Wingas, permettant à Gazprom d'obtenir la moitié des parts moins une action. BASF, par contre, a reçu en contrepartie approximativement 35 % des actions Achmigaz, société de production de gaz dans le champ Yuzhno Russkoyé. En 2012 le contrat a été élargi.

Cela ne signifie pas que les compagnies ne pourraient pas accéder aux marchés autrement que selon des quotas. Mais dans ce dernier cas, leurs investissements ne seraient pas couverts par l'accord et ne profiteraient pas des garanties accordées par ce traité. Cela pourrait soulever une question de discrimination envers les investisseurs étrangers non participants aux quotas. Cependant puisque toutes ces mesures seraient entreprises dans le but de la création d'un marché unique, il n'y aura pas de discrimination. Les organisations économiques régionales ont toujours un statut spécial et les entreprises des pays tiers ne peuvent pas prétendre aux garanties accordées aux entreprises des pays membres.

3.3. Les garanties des investissements étrangers, leurs mécanismes d'application et les dérogations justifiant leur non-application

L'accord contiendrait indubitablement une liste des garanties accordées aux investissements étrangers (A), les détails de leurs mécanismes d'application (B) et la liste des dérogations justifiant leur non-application (C).

3.3.1. Les garanties accordées aux investissements étrangers

La liste des garanties accordées aux investissements étrangers sera celle qu'on trouve habituellement dans les instruments internationaux : le droit à un traitement juste et équitable, le standard de la pleine et entière protection et sécurité, la clause de respect des engagements, le traitement national et l'interdiction des restrictions contre le rapatriement de l'investissement et des revenus. La principale spécificité serait l'absence de la clause de la nation la plus favorisée, ce qui s'explique par la volonté des parties de créer entre eux un marché intérieur du gaz. De plus, ces garanties s'appliqueraient au stade des pré-investissements, comme annoncé ci-dessus.

3.2.2. Les mécanismes d'application des garanties des investissements étrangers

Les mécanismes sécurisant le respect des garanties annoncées seront eux aussi ceux qu'on trouve traditionnellement dans les instruments internationaux : le règlement efficace des différends (1) et des règles limitant le droit de déposséder des investissements (2).

Le règlement efficace des différends

Même si l'industrie gazière est un domaine de dialogue, de coopération et de négociations, souvent très difficiles (Chevalier, 2004:252), le règlement efficace des différends est le mécanisme principal de la sécurisation des investissements.

Pour le règlement des différends on peut recourir à des négociations, à la médiation et aux consultations. Cependant, le mécanisme le plus efficace est le recours à l'arbitrage. Ce dernier est un mode de résolution des litiges, par lequel les parties, d'un commun accord, décident de soustraire l'examen de leur litige aux juridictions étatiques et d'en confier le règlement définitif à une ou plusieurs personnes privées qu'elles choisissent et qui sont investies, pour la circonstance, de la mission de juger (Ortscheidt & Seraglini, 2013:14).

Les règles limitant le droit de la déposséder des investissements

L'importance de la réglementation du droit de l'Etat de nationaliser les investissements étrangers est surtout actuelle en Russie, où ces cas ne sont pas rares.

La possibilité pour des Etats de nationaliser des investissements étrangers doit répondre aux conditions suivantes: une exigence d'utilité publique, une procédure légale, le droit à une indemnisation, qui doit être prompte, adéquate et effective, sur la base "du prix du marché juste" et la prohibition de toute discrimination.

Puisque les détails de ces conditions, et même la définition de l'expropriation, sont déjà prévus dans le texte du TCE et qu'ils sont favorables aux investisseurs, il serait pratique de les emprunter au TCE.

3.3.3. Les dérogations justifiant la non-application des garanties accordées aux investisseurs étrangers

Il est primordial que la liste des dérogations justifiant la non-application des garanties accordées aux investisseurs étrangers soit limitative. Il est proposé d'y inclure les dérogations traditionnelles telles que la protection de la vie ou de la santé des hommes, des animaux ou des plantes, la sécurité internationale et nationale de nature militaire et la protection de l'ordre public. Compte tenu du principe de sécurité énergétique, cette liste doit comprendre les mesures indispensables à l'acquisition ou à la distribution de matières et de produits énergétiques dans les situations de pénurie dues à des causes échappant au contrôle de l'Etat en cause, pour autant que ces mesures soient compatibles avec les principes selon lesquels toutes les autres parties contractantes auraient droit à une part équitable de l'approvisionnement international

portant sur ces matières et sur les produits énergétiques (la formulation du § 2 art. 24 TCE).

Dans tous les cas, il faut respecter la condition qu'aucune mesure ne devrait constituer une restriction déguisée aux activités économiques du secteur de l'énergie, ou une discrimination arbitraire ou injustifiable entre les parties contractantes, ou entre les investisseurs ou d'autres personnes intéressées. Ainsi, ces mesures devraient être dûment motivées et strictement nécessaires à l'objectif déclaré.

IV. REGLES RELATIVES A LA CONCURRENCE

L'un des principes du traité est celui du développement de la concurrence, qui constitue un véritable attribut du marché.

La concurrence représente la compétition de la part de deux, ou plus, des parties, aspirant indépendamment à l'établissement de relations d'affaires avec la partie tierce, en lui proposant des conditions plus favorables²⁵.

L'effet positif de la concurrence consiste en l'incitation au développement de l'industrie, des services, de la protection des consommateurs, du développement des technologies et de la distribution effective des ressources. Mais dans le domaine de l'énergie, il faut tenir compte du fait que le gaz est un produit spécifique : épuisable, stratégique, important pour la sécurité énergétique, sur lequel règne la souveraineté de l'Etat. Ainsi, il est nécessaire d'adapter le droit de la concurrence à ce secteur.

Dans les relations entre la Russie, l'UE et les pays membres de cette dernière, le principe de libre concurrence doit être la clé de voûte du développement des relations énergétiques. Assurer un respect rigoureux de la concurrence permettra d'ouvrir les marchés et de garantir une meilleure interdépendance entre les parties. En outre, cela minimisera le risque de monopolisation du marché en aval.

4.1. Le contenu des règles relatives à la concurrence

En élaborant des normes, il faut se rendre compte qu'au niveau international (Mainguy, Respaud & Depincé, 2010:11), actuellement, surtout dans le domaine de l'énergie, on ne fixe pas des règles sur la concurrence²⁶. Les règles de l'accord éven-

²⁵ Dans l'ordre national, la concurrence est garantie par le droit de la concurrence ou droit anti monopole, droit antitrust (l'utilisation du terme dépend de la tradition nationale) qui est un droit récent. A part la tradition américaine, qui remonte à la fin du XIX siècle, les politiques en matière de concurrence datent, dans les pays européens, des années 1950 et furent diffusées par l'essor de l'idée européenne. Pourtant, on cite parfois la Constitution grecque de Zénon ou la *Lex Julia*, décidée par Jules César, par exemple en 50 av. J.-C. qui protégeait le commerce des grains contre les hausses artificielles de prix (Armentano, 2008:38).

²⁶ Toutefois, le texte du TFUE lui-même présente un bon exemple de réglementation des problèmes de concurrence au niveau international; de plus, le titre IV "L'acquis de la concurrence" du Traité sur "la Communauté de l'énergie" touchait ces questions, tout comme le TCE. L'Union européenne concluait des accords bilatéraux de coopération afin de structurer et faciliter la coopération entre la Commission et les autorités de concurrence étrangères: avec les États-Unis (1991), le Canada (1999), le Japon (2003), la Corée

tuel porteront sur deux questions : la coopération entre les parties et le droit des entreprises de s'adresser à l'arbitrage en cas de violation du droit de la concurrence. Ainsi, la tâche n'est pas de perfectionner les normes nationales sur les ententes, l'abus de position dominante, l'aide d'Etat, cette sphère sera toujours réglementée par la législation nationale.

Lors de l'élaboration des règles relatives à la coopération, en tant que base des négociations, on peut utiliser certaines des dispositions de l'article 6 du TCE sur la concurrence. Selon ce texte chaque partie contractante œuvre en vue de lutter contre les distorsions du marché et les entraves à la concurrence dans les activités économiques du secteur gazier, s'assure que, dans les limites de sa juridiction, elle applique les dispositions législatives nécessaires et appropriées pour faire face à tout comportement anticoncurrentiel unilatéral et concerté dans les activités économiques du secteur gazier.

Les parties contractantes peuvent coopérer pour l'application de leurs règles de concurrence en procédant à des consultations et des échanges d'informations. Lorsqu'une partie contractante estime qu'un comportement anticoncurrentiel déterminé, observé dans la zone d'une autre partie contractante, a un effet négatif sur la concurrence, elle peut le notifier à l'autre partie contractante et demander que ses autorités compétentes en matière de concurrence entament une action coercitive appropriée. La partie contractante qui a reçu la notification doit informer l'autre partie de sa décision, ou de la décision de ses autorités compétentes en matière de concurrence, et lui fait connaître, si elle le souhaite, les motifs de la décision.

Un autre groupe de règles sur la concurrence sera consacré à l'établissement du droit des participants au marché de s'adresser à l'arbitrage international en cas de violation du droit de la concurrence sur le marché. Ainsi, dans le traité, il faut prévoir la possibilité pour les arbitres d'appliquer des lois de police²⁷.

Pour comprendre cette initiative, il faut tenir compte du fait qu'actuellement, par exemple, si une compagnie française veut investir dans la production de gaz en Russie, elle sera protégée par le droit de la concurrence russe. Cependant, la protection issue du droit anti monopole ne sera pas garantie par les tribunaux arbitraux. Cela est surtout important en cas de la décision de l'organe anti monopole négative par rapport la compagnie.

Le droit des participants au marché de s'adresser à l'arbitrage international en cas de violation du droit de la concurrence sur le marché permettra de diminuer le nombre de décisions prises pour des motifs politiques. On peut l'illustrer par cet ex-

du Sud (2009) et la Suisse (2013). Il est probable que le futur texte de TAFTA contiendra un chapitre sur la concurrence.

²⁷ La possibilité de s'adresser à l'arbitrage en cas de violation des règles de la concurrence est une question d'actualité de la jurisprudence. De plus, ces dernières années, la question de l'arbitrabilité des litiges a connu une profonde évolution. Pour connaître plus, voir: Kessedjian, 2009; Seraglini, 2001; Slim, 2011:21-27; Caprasse, 2012.

emple récent. La Commission n'a pas approuvé le contrat entre la Hongrie et la Russie sur la construction de la station nucléaire "Paks" pour une valeur de 12 billions d'euros (dont 10 seront prêtés par la Russie). Elle n'a pas admis que le seul fournisseur de la station nucléaire soit Rosatom²⁸. En même temps il existe peut-être aussi un motif politique. Les opposants au contrat insistaient sur le fait que ce projet rendait la Hongrie plus dépendante de la Russie²⁹. La même situation peut se produire dans le secteur gazier.

Toutes ces normes sur la concurrence seront appliquées aux marchés de la production, de la fourniture, de la commercialisation et du transport (puisque c'est un marché clé dans l'industrie gazière) au regard des investissements couverts par des quotas. Leur sens principal sera de garantir l'accès et l'impossibilité d'effectuer un traitement discriminatoire des compagnies russes et européennes sur ces marchés.

L'application du principe du développement de la concurrence diminue la possibilité d'utiliser le recours à la sécurité énergétique en tant que fondement de la déposition ou le refus de l'accès des investissements étrangers.

4.2. Dérogations aux règles du droit anti monopole

L'Accord projeté contiendra deux types de dérogations : celles dérivant du principe de la sécurité énergétique et celles ayant pour but d'attirer des investissements.

Tout d'abord, l'application des règles du droit de la concurrence peut être limitée en vertu du principe de la sécurité énergétique (avoir plus de gaz est plus important que de garantir l'application du droit de la concurrence). Il faut néanmoins scrupuleusement fixer les dérogations pour éviter les abus. Ce pourrait être:

– la non application des règles du droit de la concurrence aux contrats à long terme, puisqu'ils constituent une condition importante de la sécurité énergétique et de l'attraction des investissements dans l'infrastructure de la production et du transport du gaz³⁰ ;

– la non application des règles du droit de la concurrence aux contrats de transport conclus pour servir des contrats d'approvisionnement à long terme, au moins aux contrats déjà existants. Gazprom insiste sur le fait qu'il n'a pas encore récupéré les investissements entrepris dans le passé (Stern, 2005:132). De plus cette dérogation peut permettre d'éviter les situations qu'illustre l'exemple suivant. En 2005, lors de la distribution des droits d'accès au gazoduc trans-autrichien "TAG", 140 compagnies ont reçu un droit d'accès sur une base proportionnelle. Parmi elles, seules cinq étaient propriétaires de gaz, les autres avaient acheté des capacités de transport dans un but

²⁸ Фомичева А., Кузнецова Е.Б. Твердотопливная позиция. Режим доступа: <http://www.kommersant.ru/doc/2687084>. Дата обращения: 26.06.2015.

²⁹ Financial Times: ЕС блокировал атомную сделку России и Венгрии на 12 млрд. Режим доступа: <http://www.kommersant.ru/doc/2685335>. Дата обращения: 24.06.2015.

³⁰ On peut même introduire le concept "des contrats à long terme essentielles pour la sécurité énergétique".

spéculatif. Ainsi, l'application du principe de l'accès égal, proportionné et régulé risque d'aboutir à une situation où de réels approvisionneurs ne reçoivent qu'une partie des capacités (Feigin & Medvedeva, 2006:38);

– la consécration du principe du respect de la protection des consommateurs vulnérables, du service universel ;

– la consécration de la légalité des tarifs régulés (ou les méthodes de leur définition) non-discriminatoires pour le transport et la fourniture du gaz ;

– la consécration de la légalité de monopoles, de la distribution des droits, des privilèges spéciaux, exclusifs en vertu de la loi et de la participation des entreprises publiques sur le marché gazier. Dans le dernier cas, si une des parties décide d'établir un monopole en vertu de la loi, elle doit recourir aux consultations avec les autres parties. Les définitions de l'entreprise publique, du monopole, des droits, des privilèges spéciaux et exclusifs peuvent être empruntées au texte des travaux préparatoires sur le TAFTA³¹.

Le deuxième type de dérogations aurait pour but d'attirer des investissements. Parmi ces dérogations pourraient figurer : la non application des règles d'*unbundling* (de la séparation des entreprises verticalement intégrées) en Russie, si la législation ne le prévoit pas ; et la non application des règles d'*unbundling*, si une des activités est entreprise en Russie et d'autres dans l'UE (l'interdiction de la clause Gazprom). Par exemple, si une compagnie est productrice en Russie et qu'elle fournit du gaz aux clients dans l'UE, elle ne doit pas être obligée de suivre les règles du *unbundling*.

Ces règles peuvent garantir un climat stable pour les investissements. L'application de ces dérogations en faveur de la sécurité énergétique et des investissements fait qu'un gazoduc comme le South Stream pourrait être construit et, de plus, on pourra éviter les abus possibles de l'accès régulé.

V. CRÉATION DE NOUVEAUX ORGANES

Le dialogue énergétique Russie — UE est apprécié à très haut niveau par des fonctionnaires européens et russes. La coopération de plus de 10 ans l'a montré (Pashkovskaya, 2011:18). Sa poursuite serait judicieuse lors de la formation de nouveaux organes dans le cadre d'un futur accord.

Il serait judicieux de prévoir la création de deux organes : l'un doté du pouvoir de prendre des décisions obligatoires et l'autre, consultatif, ayant pour mission la préparation desdites décisions.

³¹ EU — US TTIP Negotiations: Possible provisions on state enterprises and enterprises granted special or exclusive rights or privileges. Available from: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc_153030.pdf. (Accessed 12th May 2016).

Le premier, le Conseil Russie — UE sur la coopération en matière de gaz, serait composé des ministres responsables et se réunirait une à deux fois par an³². Son objectif principal serait la fixation et la distribution des quotas. Cet organe surveillerait et faciliterait l'application des principes de l'accord. De plus, il examinerait et adopterait le texte des amendements au traité, nommerait le Secrétaire général et prendrait toutes les décisions nécessaires pour l'établissement et le fonctionnement du Secrétariat, etc.

Les décisions seraient prises à la majorité des deux tiers des votes sous la condition du consentement de l'UE et de la Russie et, en cas de fixation de quotas, des pays concernés par la distribution des quotas.

Le deuxième organe serait le Conseil consultatif Russie — UE sur la coopération en matière de gaz. Il pourrait prendre la suite de celui créé en 2011, sur la base du «Mémorandum sur un avertissement précoce»³³ de 2009. Ses membres seraient des représentants des ministères concernés, des régulateurs, des entreprises et des experts. Cet organe pourrait également comprendre des groupes de travail.

VI. CONCLUSION

Dans cet article, on a proposé un modèle de relations dans le domaine gazier entre la Russie et l'UE, ayant pour but la création d'un marché unique du gaz. La première étape serait l'établissement d'un marché partiel basé sur l'idée de l'accès garanti des entreprises russes au secteur de la fourniture européenne, dans la limite de certains quotas (volumes fixés). Les entités des pays de l'UE recevraient l'accès à la production de gaz en Russie dans la limite des mêmes volumes (selon le principe de réciprocité). En même temps, les relations basées sur des contrats à long terme seraient conservées pour garantir la sécurité énergétique de l'UE et la stabilité économique de Gazprom.

La réglementation proposée des relations en matière de gaz entre la Russie, l'UE et les pays membres de cette dernière permettrait de résoudre plusieurs problèmes. En matière d'investissements, elle créerait les conditions de leur attractivité dans le secteur de la production du gaz en Russie et de la fourniture et de la commercialisation dans l'UE. Cela serait possible principalement grâce au mécanisme principal des garanties aux investissements, i.e. la résolution des différends par l'arbitrage, à l'accès non discriminatoires aux ressources, aux marchés et à d'autres garanties. Le secteur du transport attirerait également les investissements qui lui sont indispensables.

³² Des réunions extraordinaires peuvent être tenues sur la demande écrite de toute partie contractante, pour autant que, dans un délai de six semaines suivant la notification de cette demande aux parties contractantes par le Secrétariat, cette demande reçoive l'appui d'au moins un tiers des parties contractantes.

³³ Memorandum on an Early Warning Mechanism in the Energy Sector within the Framework of the EU-Russia Energy Dialogue, 24.02.2011. Available from: https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/20110224_memorandum.pdf. (Accessed 12th May 2016).

En matière de concurrence, le recours à l'arbitrage en cas d'abus ou en cas d'infraction aux règles du droit anti monopole par d'autres acteurs du marché, et les règles sur la coopération entre ces acteurs serviraient de base à la création du marché, à la multiplication des producteurs, des commerçants et des fournisseurs. Les dérogations aux règles relatives à la concurrence seraient importantes pour garantir la sécurité énergétique et attirer les investissements.

En matière de sécurité énergétique, les mesures prévues par l'accord permettraient d'augmenter la production du gaz en Russie et les volumes de gaz commercialisés dans l'UE, ce qui devrait avoir comme conséquence une baisse des prix pour les clients finaux.

Bien sûr, on peut douter de la faisabilité des normes projetés et de l'introduction d'amendements dans la législation locale. En particulier, le gouvernement russe est très préoccupé par la souveraineté de l'Etat sur les ressources naturelles et le contrôle de l'industrie gazière. En conséquence, il sera difficile pour les fonctionnaires russes d'accepter la possibilité de recourir à l'arbitrage international dans le domaine des investissements étrangers. En même temps, pour l'UE qui démontre l'importance du droit de la concurrence, il sera difficile d'accepter des dérogations par rapport à des contrats à long terme.

Dans tous les cas, les deux parties ont des intérêts réciproques. La Russie cherche à attirer des investissements et à accéder au marché de l'UE, laquelle est préoccupée par la sécurité énergétique, incluant l'accès à la production de gaz en Russie.

Ainsi, la coopération et le compromis sont les seules voies à suivre. L'interaction plus ample et la confiance peuvent être atteintes par l'ouverture mutuelle et graduelle des marchés. Dans le contexte politique actuel, une telle coopération ne semble pas réaliste, mais la tendance fondamentale vers l'établissement d'un marché commun de l'énergie est inévitable, ce qui a été confirmé par la Russie et l'UE plusieurs fois. Il reste donc seulement à patienter et à espérer de meilleures conditions politiques.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК / REFERENCES

- Armentano, D. (2008) *Antitrust protiv konkurentsii* [Antitrust and Monopoly. Anatomy of a Policy Failure]. Translated from English by Kuryaev, A. Moscow, IRISEN. (in Russian)
Арментано Д., Антитраст против конкуренции / пер. с англ. А. Куряева. М. : ИРИСЭН, 2008. (in Russian)
- Azoulai, L. & Hamida, W. B. (2009) La protection des investissements par le droit primaire — droit conventionnel des investissements et droit primaire communautaire: étude comparée des régimes et des approches. In: Kessedjian, C. & Leben, Ch. (eds.) *Le droit européen et l'investissement*. Paris, LGDJ, pp. 69–106.
- Belyi, A. V. & Klaus, U. G. (2007) Russia's Gas Exports and Transit Dispute Resolution under the ECT: Missed Opportunities for Gazprom or False Hopes in Europe. *Journal of Energy & Natural Resources Law*. 25 (3), 205–224. Available from: doi:10.1080/02646811.2007.11433460.

- Bianchi, A. (2013) On Power and Illusion: The concept of Transparency in International Law. In: Bianchi, A. & Peters, A. (eds.) *Transparency in International Law*. Cambridge, Cambridge University Press, pp. 1–10. Available from: doi:10.1017/CBO9781139108843.002.
- Bonomo, S. (2012) *Les traités bilatéraux relatifs aux investissements: entre protection des investissements étrangers et sauvegarde de la souveraineté des états*. Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille.
- Caprasse, O. (2012) L'application du droit européen de la concurrence par l'arbitre. In: Mayer, P. (ed.) *Arbitrage et droit de l'Union Européenne: actes du colloque du 4 novembre 2011*, Paris. Paris, Legis Nexis, pp. 63–85.
- Chevalier, J.-M. (2004) *Les grandes batailles de l'énergie: petit traité d'une économie violente*. Paris, Gallimard.
- Crawford, C. J. (2003) *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite: introduction, texte et commentaires*. Paris, Pédone.
- Dasseleer, P.-H. (2009) *Gazprom: l'idéalisme européen à l'épreuve du réalisme russe*. Paris, L'Harmattan.
- Decaux, E. & Reuter, P. (1980) *La réciprocité en droit international*. Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence.
- Dobrynkin, M.Yu. (2008) *Sotrudnichestvo Germanii s Rossiei v gazovoi sfere v usloviyakh formirovaniya edinogo gazovogo rynka Evropy* [Cooperation between Germany and Russia in the Condition of the Establishment of the Single Gas Market in Europe]. Author's Abstract of Dissertation of Candidate of Economic Sciences. Lomonosov Moscow State University. (in Russian)
Добрынкин М.Ю. Сотрудничество Германии с Россией в газовой сфере в условиях формирования единого газового рынка Европы: автореф. ... канд. эконом. наук. Москва, 2008.
- Doumbé-Billé S. (ed.) (2011) *Défis énergétiques et droit international*. Bruxelles, Larcier.
- Elshihabi, S. (2001) The Difficulty Behind Securing Sector-Specific Investment Establishes Rights: The Case of the Energy Charter Treaty. *The International Lawyer*. 35 (1), 137–158.
- Feigin, V. I., Medvedeva, E. A. (2006) “D'yavol v detalyakh” evropeiskoi liberalizatsii : vokrug auktsiona po TAG [“The Devil is in the Details” of the European Liberalization : about the TAG Auction]. *Ekonomicheskoe obozrenie* [Economic Review]. (5), 37–40. (in Russian)
Фейгин В.И., Медведева Е.А. «Дьявол в деталях» европейской либерализации: вокруг аукциона по TAG // Экономическое обозрение. 2006. № 5. С. 37–40.
- Griogoriadis, T. N. (2008) State Responsibility and Antitrust in the Energy Charter Treaty : Socialization vs. Liberalization in Bilateral Investment Relations. *Texas International Law Journal*. 44 (1), 45–64.
- Gudkov, I. V., Lakhno, P. G. (2011) Pravovoe regulirovanie mezhdunarodnykh energeticheskikh otnoshenii: sostoyanie i perspektivy razvitiya [Legal Regulation of International Energy Relations: State and Perspectives of Development]. *Predprinimatel'skoe pravo* [Entrepreneurial Law]. (2), 29–42. (in Russian)
Гудков И.В., Лакно П.Г. Правовое регулирование международных энергетических отношений: состояние и перспективы развития // Предпринимательское право. 2011. № 2. С. 29–42.
- Kessedjian, C. (2009) *L'arbitrage comme mode de règlement des différends est-il remis en cause par le droit européen? Le droit européen et l'investissement*. Paris, LGDJ.
- Lavie, J.-P. (1985) *Protection et promotion des investissements: étude de droit international économique*. Paris, PUF.
- Mainguy, D., Respaud, J.-L. & Depincé, M. (2010) *Droit de la concurrence*. Paris, Litec, impr.

- Maupin, J. A. (2013) Transparency in International Investment Law: The Good, the Bad and the Murky. In: Bianchi, A. & Peters, A. (eds.) *Transparency in international law*. Cambridge, Cambridge University Press, pp. 142–171. Available from: doi:10.1017/CBO9781139108843.009.
- Nies, S. & Schülke, Ch. (2011) *Oil and Gas to Europe. An Overview of Existing and Planning Infrastructures*. Paris, IFRI.
- Nouvel, Y. (2006) Les entités paraétatiques dans la jurisprudence du CIRDI. In: Leben, Ch.(ed.) *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*. Paris, L.G.D.J., Artemis, pp. 25–53.
- Ortscheidt, J. & Seraglini, Ch. (2013) *Droit de l'arbitrage interne et international*. Paris, Montchrestien.
- Pashkovskaya, I. (2011) Energeticheskaya politika Evropeiskogo soyuza v otnoshenii Rossii [Energy Policy of European Union towards Russia]. In: *Analiticheskie doklady. Institut mezhdunarodnykh issledovaniy MGIMO (U) MID Rossii* [Analytical Reports]. Issue 5. Moscow, Institut mezhdunarodnykh issledovaniy MGIMO (U) MID Rossii. (in Russian) *Пащковская И. Энергетическая политика Европейского союза в отношении России. Аналитические доклады. М. : Институт международных исследований МГИМО (У) МИД России. Вып. 5. 2011.*
- Poulain, B. (2006) Traité sur la Charte de l'énergie. Premières applications par les tribunaux arbitraux. *Les Cahiers de l'Arbitrage*. III (Juillet), 132–138.
- Red'kin, I. (2009) Pravovoe regulirovanie energetiki v Rossii v usloviyakh globalizatsii [The Legal Regulation of the Russian Energy Sector in the Conditions of the Globalization]. In: Yasin, E. G. *Modernizatsiya ekonomiki i globalizatsiya* [The Modernization of the Economy and Globalization]. Book. 3. Moscow, Higher School of Economics Publishing House, pp. 684–692. (in Russian) *Редькин И. Правовое регулирование энергетики в России в условиях глобализации // Модернизация экономики и глобализация / под. ред. Е.Г. Ясина. Кн. 3. М. : Издательский дом ГУ-ВШЭ, 2009. С. 684–692.*
- Rubins, N. (2004) The Notion of “Investment” in International Investment Arbitration. In: Horn, N. (ed.) *Arbitration Foreign Investment Disputes*. The Hague, Kluwer Law International, pp. 283–324.
- Sapir, J. (2006) Energobezопасnost' kak vseobshchee blago [Energy Security as a Common Good]. *Rossiya v global'noi politike* [Russia in Global Affairs]. (6). Available from: http://www.globalaffairs.ru/number/n_7780 [Accessed 20th January 2017]. (in Russian) *Сапир Ж. Энергобезопасность как всеобщее благо // Россия в глобальной политике. 2006. № 6. Режим доступа: http://www.globalaffairs.ru/number/n_7780. Дата обращения: 20.12.2017.*
- Seraglini, Ch. (2001) *Lois de police et justice arbitrale internationale*. Paris, Dalloz.
- Shan, W. (2012) *The Legal Protection of Foreign Investment: A Comparative Study*. Oxford, Hart publ.
- Shan, W. & Zhang, S. (2011) The Treaty of Lisbon: Half Way toward a Common Investment Policy. *The European Journal of International Law*. 21 (4), 1049-1073. Available from: doi:10.1093/ejil/chq071.
- Slim, H. (2011) Arbitrage et lois de police. *La Revue Libanaise de l'Arbitrage*. (57), 21–27.
- Stern, J. P. (2005) *The Future of Russian Gas and Gazprom*. Oxford, Oxford University Press.
- Walde, T. W. & Hober, K. (2006) The First Energy Charter Treaty Award. In: Leben, Ch. (ed.) *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*. Paris, L.G.D.J., pp. 307–331.
- Zankovskii, S. S. (2006) Energeticheskaya bezопасnost' Rossii: pravovye voprosy [Energy Security of Russia: Legal Aspects]. *Energeticheskoe pravo* [Energy Law]. (2), 64–68 (in Russian)

Занковский С.С. Энергетическая безопасность России: правовые вопросы // Энергетическое право. 2006. № 2. С. 64–68.

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Aleksandr K. Volkov, Candidate of Legal Sciences, Lawyer of “Sphera” Ltd.

ORCID ID: 0000-0002-7288-2714

Contact information:

e-mail: akvolkov28@gmail.com

For citation:

Volkov, A. K. (2018) Le Contenu de la Futur Reglementation Juridique des Relations Gazieres Entre la Russie, l’UE et ses Pays Membres. *Vestnik Rossiiskogo universiteta druzhby narodov. Seriya: Yuridicheskie nauki* [RUDN Journal of Law]. 22 (1), 110–139. Available from: doi:10.22363/2313-2337-2018-22-1-110-139.

БУДУЩЕ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ В СФЕРЕ ГАЗОВОЙ ПРОМЫШЛЕННОСТИ МЕЖДУ РОССИЕЙ, ЕВРОПЕЙСКИМ СОЮЗОМ И ГОСУДАРСТВАМИ — ЧЛЕНАМИ ЕС

А.К. Волков

ООО «Сфера»

195009, Санкт-Петербург, Россия, Финский пер., 7

Существующее правовое регулирование отношений в сфере природного газа не позволяет в полной мере удовлетворить многочисленные интересы России, ЕС и его государств-участников. Разрешением данной проблемы могла бы стать разработка правового регулирования, стимулирующего развитие отношений по непосредственному участию российских и европейских компаний на рынках. В частности, ПАО «Газпром» и других российских компаний на рынке транспортировки, дистрибуции и розничной купли-продажи природного газа в ЕС, и европейских компаний на рынке добычи природного газа России. Основы правового регулирования могут быть закреплены в новом международном договоре, заключенном между сторонами.

Целью регулирования может стать создание частичного рынка, основанного на принципе гарантированного доступа российских компаний к рынку розничной купли-продажи в пределах определенных квот (объемов). Европейские компании могли бы получить доступ к добычи природного газа в России в пределах тех же квот (в соответствии с принципом взаимности). В то же время для целей обеспечения энергетической безопасности ЕС и России отношения, основанные на долгосрочных договорах, будут сохранены.

Международный договор будет содержать нормы в сфере антимонопольного, инвестиционного и торгового права. Предлагаемое регулирование позволит разрешить множество проблем. В сфере инвестиций создаст условия по их привлечению в сектор газодобычи в России, розничной, оптовой купли-продажи и транспортировки природного газа в ЕС. В антимонопольной сфере возможность обращения в арбитраж в случае нарушения антимонопольных норм, правила по осуществлению сотрудничества между участниками рынка, позволят увеличить число производителей, участников розничной и оптовой купли-продажи.

Ключевые слова: рынок природного газа; энергетическая безопасность; газоснабжение; международное энергетическое право; инвестиционные гарантии в России; антимонопольное ре-

гулирование в энергетической сфере; международные договоры в сфере энергетики; природный газ

СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРЕ

Волков Александр Константинович, кандидат юридических наук, юристконсульт ООО «Сфера».

ORCID ID: 0000-0002-7288-2714

Контактная информация:

e-mail: akvolkov28@gmail.com

Для цитирования:

Волков А.А. Le Contenu de la Futur Reglementation Juridique des Relations Gazieres Entre la Russie, l'UE et ses Pays Membres // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки. 2018. Т. 22. № 1. С. 110–139, doi: 10.22363/2313-2337-2018-22-1-110-139