

Retour sur l'impératif de promouvoir la transparence dans l'arbitrage international en matière d'énergie

Dr. Camelia Bogdan

Chercheur associé au sein de Centre
Régional Francophone d'Études Avancées
en Sciences Sociales
Bucarest, Roumanie
camibogdan@gmail.com

Résumé — Comme le disait J William Rowley QC : « ... si un seul secteur industriel peut revendiquer la responsabilité parentale quant à l'universalité de l'arbitrage international comme choix privilégié pour la résolution des différends commerciaux et entre investisseurs et États, ce doit être le Droit de l'énergie. C'est l'exemple même de la mondialisation arbitrale »¹. Le développement des énergies propres et la décarbonation des réseaux imprègnent ces enjeux. En effet, les conséquences de l'invasion de l'Ukraine par la Russie et les questions de transition énergétique telles que le démantèlement et les changements réglementaires présentent des défis importants pour les acteurs du secteur énergétique².

De nos jours, l'arbitrage international de l'énergie est devenu « un outil de gouvernance climatique mondiale »³. En tant que chercheur associé au sein de Centre Régional Francophone d'Études Avancées en Sciences Sociales (CEREFREA Villa Noël), j'accorde une attention particulière aux différends dans le secteur de l'énergie dans le contexte des récents événements mondiaux et de l'agenda international en faveur des énergies propres. Pour atteindre cet objectif de recherche, j'évalue d'abord « comment l'arbitrage international peut s'adapter pour... servir au mieux les besoins du secteur de l'énergie ». Dans ce contexte, je développe une compréhension de la manière dont les statuts, politiques, principes, normes et règles, conçus principalement pour une conception des industries énergétiques du XXe siècle, s'adaptent aux tendances émergentes et aux changements technologiques et sociétaux du 21ème siècle⁴. Je fais référence à l'interaction entre l'intérêt public et le traitement juste et équitable par une analyse approfondie de l'application du droit de l'État de règlementer par rapport aux dispositions standards dans l'arbitrage international d'investissement dans des cas justes et équitables traitant du changement climatique. Deuxièmement, je fais référence à la recherche d'une méthodologie visant à favoriser la transparence dans l'arbitrage international dans le domaine de l'énergie, qui devrait inclure, à mon avis, les droits et obligations des arbitres de répondre aux signaux d'alarme de la corruption et du blanchiment d'argent, comme condition sine qua non pour améliorer la légitimité du droit de l'arbitrage international.

Mes recherches visent donc à exposer les parties prenantes concernées aux questions d'arbitrage de litiges dans le domaine de l'énergie, ainsi qu'aux tactiques et stratégies juridiques qui en découlent pour lutter contre le changement climatique, y compris les questions interdépendantes de la justice environnementale et de l'énergie propre. Cette analyse exprime une vision claire selon laquelle

l'arbitrage joue un rôle clé dans la résolution des différends liés au changement climatique et l'attente d'une forte augmentation des différends en matière de technologies vertes et d'investissements, et discute de la manière dont les questions liées au climat peuvent être réglées dans le cadre d'accords d'investissement internationaux avec des investisseurs revendiquant ou des États défendeurs défendant des différends liés au climat. La recherche rappelle également comment une expertise extérieure peut être invoquée dans l'arbitrage et discute de la transparence et de l'implication d'amici curiae en tant que tiers⁵. L'objectif est que les lecteurs découvrent, critiquent et comprennent les outils juridiques en développement pour résoudre ces questions critiques et interdépendantes souvent soulevées dans les litiges d'arbitrage énergétique.

Mots-clés — transparence, l'arbitrage international, Droit de l'Énergie

I. INTRODUCTION

Le mix électrique de la Roumanie, composé de charbon, d'hydroélectricité, de gaz fossile, d'énergie nucléaire et d'énergie éolienne, permet de générer une pléthore de problèmes de juridiction, dont certains sont déjà résolus dans la jurisprudence américaine⁶. De plus, les tribunaux du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) ont continué d'affirmer leur compétence pour connaître des arbitrages au sein de l'Union Européenne découlant du Traité sur la Charte de l'énergie⁷.

Parallèlement, dans un jugement extraordinaire de la Haute Cour anglaise du 23 octobre 2023, The Hon Mr. Le juge Robin Knowles CBE a remis en question l'intégrité de l'arbitrage lui-même, observant qu'il existait des risques associés au processus (en particulier dans les cas d'argent public important), notamment une vulnérabilité à la fraude et un manque de transparence. M. Le juge Knowles a noté que dans cette affaire « l'arbitrage était une coquille qui était loin de la vérité » et a exprimé l'espoir que les circonstances de l'affaire provoqueraient un débat et une réflexion au sein de la communauté de l'arbitrage⁸.

Mes recherches visent précisément à faire référence à ces tensions qui peuvent surgir dans les arbitrages commerciaux et

¹ J William Rowley QC in J William Rowley QC (ed.) *The Guide to Energy Arbitrations* (3rd edition 2019), 2019 Law Business Research Ltd;

² Audley Sheppard KC, Jason Fry KC, *Energy Arbitration Trends* 2023 (October 2023) (Clifford and Chance's Blog, at: <https://www.cliffordchance.com/briefings/2023/02/energy-arbitration-trends-2023.html>), 14 octobre 2024;

³ Valentina Vadi, *Beyond Known Worlds: Climate Change Governance by Arbitral Tribunals?*, 48 *Vanderbilt Law Review* 1285 (2021);

⁴ Pinsent Masons | Queen Mary University London | Future of International Energy Arbitration Survey Report – Published 20 January 2023, consulté sur: <https://arbitration.qmul.ac.uk/research/2022-energy-arbitration-survey/>, 14 octobre 2024;

⁵ See also Georges Affaki, *Arbitration in climate change finance*, in René Smits (ed.), *Sustainable Finance and Climate Change*, Edward Elgar (2024);

⁶ CEE Bankwatch Network, *The Energy Sector in Romania* (<https://bankwatch.org/beyond-fossil-fuels/the-energy-sector-in-romania/>), last accessed October 14, 2023; See for the jurisdictional issues *Micula v*

Government of Romania, 404 F. Supp. 3d 265 (D.D.C. Sept. 11, 2019), aff'd, No. 19-7127, 2020 U.S. App. LEXIS 16008 (D.C. Cir. May 19, 2020). Pour aller plus loin, voir *Slowakische Republik (Slovak Republic) v Achmea BV*, *Court of Justice of the European Union*, Judgment, Case C-284/16 (Mar. 6, 2018) (*Achmea* jugement);

⁷ Voir, pour exemple, *OTP Bank Plc v Republic of Croatia*, ICSID Case No. ARB/20/43 (registered October 16, 2020); *JCDecaux SA v Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/20/33 (registered September 16, 2020). Voir également *Donatas Aleksandravicius v Kingdom of Denmark*, ICSID Case No. ARB/20/43 (registered August 18, 2020). For more details, see: Alexander A Yanos and Carlos Ramos-Mrosovsky (August 12, 2021), *Intra-EU Investment Treaty Disputes in US Courts: Achmea, Micula and Beyond in Global Arbitration Review*, available at: <https://globalarbitrationreview.com/review-the-arbitration-review-of-the-americas/2022/article/intra-eu-investment-treaty-disputes-in-us-courts-achmea-micula-and-beyond#footnote-004>; consulté le 14 octobre 2024;

⁸ *Nigeria v Process & Industrial Development* [2023] EWHC 2638 (Comm).

entre investisseurs et États. Le défi est de promouvoir la transparence dans l'arbitrage international énergétique. L'objectif est d'appréhender les différents types d'arbitrage ciblant le secteur de l'énergie, y compris ceux qui intègrent les questions de changement climatique.

Le 20 janvier 2023, l'Université Queen Mary de Londres (avec Pinsent Masons) a publié un rapport détaillé de 50 pages intitulé « Future of Energy Arbitration Survey Report », avec une attention particulière aux différends dans le secteur de l'énergie dans le contexte des récents événements mondiaux, et l'agenda international en faveur de l'énergie propre⁹. Selon le rapport, la volatilité des prix des matières premières et de l'énergie devrait être la principale cause de différends à court et moyen terme. L'imprévisibilité du prix des matières premières énergétiques a entraîné une instabilité contractuelle et a eu un impact sur le « flux de revenus énergétiques ». La « construction d'infrastructures énergétiques et la fourniture d'équipements (y compris la chaîne d'approvisionnement) », auparavant la principale cause des conflits énergétiques, devraient devenir la deuxième cause, suivie par les changements de politique gouvernementale, tels que les changements dans les politiques fiscales sur le secteur énergétique. La crise russo-ukrainienne et les sanctions qui en ont résulté sont considérées comme des facteurs contributifs majeurs¹⁰. L'interaction entre les sanctions (plus précisément décrites comme des mesures coercitives unilatérales ou UCM) contre les investisseurs et les protections accordées à ces mêmes investisseurs dans le cadre des traités d'investissement sera l'un des sujets les plus passionnants du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) au cours des prochaines années.

II. LES DEFIS ACTUELS DU DROIT DE L'ENERGIE

Dans la première partie de la recherche, je développerai une compréhension de différentes réglementations de l'approvisionnement et de la distribution d'énergie. Je me propose d'offrir une présentation sur la façon dont les industries de l'électricité, du gaz naturel et du pétrole sont réglementées et une compréhension de la façon dont les statuts, politiques, principes, normes et règles, conçus principalement pour une conception des industries énergétiques du 20^{ème} siècle, s'adaptent aux nouvelles industries du 21^{ème} siècle. J'insiste ici sur les tendances et les changements technologiques et sociétaux.

Dans cette partie, je me concentre également sur les litiges liés au changement climatique et à la réglementation énergétique aux États-Unis, ainsi que sur les tactiques et stratégies juridiques associées pour lutter contre le changement climatique, y compris les questions interdépendantes de la justice environnementale et de l'énergie propre soumises à des procédures d'arbitrage.

Tout d'abord, je présente les principes et pratiques réglementaires fondamentaux selon lesquels les litiges évoluent

dans un paysage en évolution rapide dans les secteurs des services publics d'électricité et du gaz naturel (principalement les pipelines).

Deuxièmement, je souhaite développer une compréhension des intérêts divergents que les régulateurs de l'électricité et du gaz doivent reconnaître et prendre en compte dans le traitement des questions juridictionnelles individuelles ainsi que des politiques plus larges abordées principalement par le biais de l'élaboration de règles, y compris la protection des groupes sous-représentés, les pratiques discriminatoires, la justice environnementale et la protection des questions écologiquement sensibles.

Troisièmement, j'examinerai le rôle essentiel des contrats bilatéraux pour garantir le financement et transférer ou partager les risques, y compris les risques de développement et de marché.

Quatrièmement, j'évaluerai la vaste gamme d'options contractuelles bilatérales - telles que les accords d'achat d'électricité physique, les accords d'achat d'électricité virtuelle et les accords d'achat d'électricité au détail/sous pochettes - qui existent aujourd'hui en raison de l'intérêt rapidement croissant des entreprises acheteurs de carbone - une énergie gratuite associée à une mosaïque de réglementations concernant le choix de vente au détail d'électricité. Enfin et surtout, je développerai une compréhension de l'impact du secteur de l'énergie sur le marché des matières premières¹¹.

En atteignant ces objectifs, je comprendrai mieux l'impact de la transition énergétique, qui, selon le rapport mentionné ci-dessus¹², a été perçue, au moins à court terme, comme donnant lieu à davantage de controverses. Après avoir examiné la littérature actuelle et l'évolution de la jurisprudence, je développerai une meilleure compréhension des clauses de stabilisation et je justifierai pourquoi la « révision des contrats » et le « renforcement de la gestion des contrats/du contrôle de la chaîne d'approvisionnement » - ont tous deux été cités comme des impératifs stratégiques induits par la transition énergétique.

Dans cette première partie de mes recherches, j'aborde également les exigences réglementaires qui s'appliquent aux institutions financières, les sponsors et les bailleurs de fonds tiers pour faire face à l'impact financier potentiel du risque lié au changement climatique. Le débat sur l'impact du changement climatique et sur les politiques d'atténuation potentielles a pris de l'ampleur tant dans le monde universitaire que dans les cercles politiques au cours des dernières décennies. Des études scientifiques, approuvées par des accords internationaux, estiment que les pays devraient réduire leurs émissions d'environ 50 % afin de maintenir l'augmentation de la température en dessous de deux degrés Celsius au cours du prochain siècle¹³. Dans son nouveau rapport, l'Agence internationale de l'énergie examine la transformation économique qu'entraînerait une transition vers zéro émission nette - une transformation qui affecterait tous les pays et tous les secteurs de l'économie, directement ou indirectement¹⁴.

⁹ Pinsent Masons | Queen Mary University London | Future of International Energy Arbitration Survey Report – Published 20 January 2023, available at: <https://arbitration.qmul.ac.uk/research/2022-energy-arbitration-survey/>, 14 octobre 2024;

¹⁰ Ibid.

¹¹ Parry, Ian, Simon Black, and James Roaf. 2021. "Proposal for an International Carbon Price Floor among Large Emitters." IMF Staff Climate Notes 2021/001, International Monetary Fund, Washington, DC;

¹² Pinsent Masons | Queen Mary University London | Future of International Energy Arbitration Survey Report – Published 20 January 2023, available at: <https://arbitration.qmul.ac.uk/research/2022-energy-arbitration-survey/>, 14 octobre 2024;

¹³ See Parry, Ian, Simon Black, and James Roaf. 2021. "Proposal for an International Carbon Price Floor among Large Emitters." IMF Staff Climate Notes 2021/001, International Monetary Fund, Washington, DC; These

targets are included and achieved in the Sustainable Development Scenario (SDS), but increasingly attention is turning to what it would mean for the energy sector globally to reach net-zero emissions by 2050.

¹⁴ See International European Agency, 'Net Zero by 2050: A Roadmap for the Global Energy Sector', https://iea.blob.core.windows.net/assets/deebf5d-0c34-4539-9d0c-10b13d840027/NetZeroBy2050-ARoadmapfortheGlobalEnergySector_CORR.pdf, last visited October 6, 2024; According to the Report, the seven energy and land-use systems that account for global emissions—power, industry, mobility, buildings, agriculture, forestry and other land use, and waste—will all need to be transformed to achieve net-zero emissions. Effective actions to accelerate decarbonization include shifting the energy mix away from fossil fuels and toward zero-emissions electricity and other low-emissions energy sources such as hydrogen; adapting industrial and agricultural processes; increasing energy efficiency and managing demand for energy; utilizing the circular economy; consuming fewer emissions-intensive goods; deploying carbon

Aux États-Unis, les régulateurs subissent une certaine pression politique pour répondre à la demande d'informations des investisseurs et des entreprises sur les risques que les événements liés au changement climatique font peser sur les entreprises, et les examinateurs bancaires pourraient bien prendre en compte le changement climatique lorsqu'ils examinent les portefeuilles de prêts bancaires. , c'est-à-dire être plus critique à l'égard de la capacité de remboursement d'un emprunteur si son activité risque d'être affectée par le changement climatique¹⁵.

Des études récentes montrent que des milliards d'investissements publics et privés sont nécessaires pour passer à une économie durable. Dans ce contexte, les régulateurs et les organismes chargés de l'application des lois doivent publier des orientations claires sur la manière dont la législation pénale existante sur la corruption, le blanchiment d'argent et d'autres risques financiers s'applique aux solutions climatiques. Les organismes internationaux tels que le Groupe d'action financière (GAFI), l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime (ONUDC) et l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) devraient publier des lignes directrices internationales pour encourager l'action nationale¹⁶.

III. LES DÉFIS ACTUELS DU CONTEXTE DU DROIT DE L'ÉNERGIE

Dans la deuxième partie de mes recherches, j'entreprends une analyse complète des risques de fraude dans les systèmes de tarification du carbone, y compris les taxes sur le carbone et les systèmes d'échange de droits d'émission. Dans ce contexte, j'insiste sur la nécessité de prendre des mesures efficaces contre ceux qui, en fin de compte, possèdent ou contrôlent les opérations dans lesquelles se produisent des pratiques de corruption.

L'arbitrage joue un rôle central dans les transactions commerciales internationales en s'efforçant de rendre les sentences exécutoires dans toutes les juridictions, contribuant ainsi de manière significative au maintien de l'intégrité du commerce international. Cependant, dans ce paysage, certains défis et tendances sont apparus. Une préoccupation notable parmi les arbitres est le dilemme perçu lorsqu'ils traitent les indicateurs d'alerte en matière de blanchiment d'argent.

Cette partie examinera les obligations et les outils dont disposent les arbitres pour répondre aux indicateurs d'alerte de fraude et du blanchiment et sauvegarder le processus d'arbitrage, ainsi que les difficultés qui peuvent être impliquées dans la résolution de ces questions. Ce paysage complexe offre à la fois des menaces et des opportunités, soulevant des problèmes liés à la manipulation de la structure des entreprises, à la sélection des forums, à l'arbitrage réglementaire, à l'atténuation fiscale et au suivi des flux financiers.

Faire face à ces défis et opportunités dans le domaine en évolution de l'arbitrage international reste un aspect essentiel de la préservation de son intégrité dans le contexte des transactions commerciales internationales. Cette partie examinera l'affaire *The Federal Republic of Nigeria v Process & Industrial Developments Limited* [2023] EWHC 2638 (Comm) et examinera les « armes »

dont disposent les arbitres pour maintenir l'État de droit lorsqu'ils rendent des sentences exécutoires.

IV. L'IMPACT DE LA RECHERCHE SCIENTIFIQUE

Ma recherche vise à fournir une compréhension globale de l'interaction entre le droit international du climat et le droit commercial international afin de promouvoir les énergies renouvelables.

Cette analyse proactive plutôt que descriptive servira également de référence pour un raisonnement pratique sur l'opportunité et la perspective réelle de succès des propositions de normalisation ou de mondialisation internationale des différents tribunaux, car la prise de mesures supplémentaires pour répondre aux signaux d'alerte spontanés de corruption et de blanchiment d'argent dans les litiges d'arbitrage énergétique devrait devenir un élément essentiel d'un nouvel ordre juridique transnational contre la corruption, permettant aux tribunaux arbitraux de neutraliser ses conséquences par des recours privés.

Je crois fermement qu'une approche multidisciplinaire est essentielle dans la recherche visant à favoriser la transparence dans les litiges d'arbitrage énergétique. L'interaction entre le changement climatique et les investissements directs étrangers est principalement sous-explorée et doit être systématisée.

Mes recherches examinent la conceptualisation du climat en tant que bien public mondial et en tant que question de droits de l'homme pour cartographier ce lien, en s'attaquant sur les questions juridiques critiques soulevées par l'interaction complexe entre le changement climatique et les investissements directs étrangers. Elle met l'accent sur le devoir des arbitres de promouvoir l'État de droit en rendant des sentences exécutoires.

V. REFERENCES

- [1] René Smits(ed.), *Sustainable Finance and Climate Change*, Edward Elgar (2024);
- [2] Rudolf Dolzer, Ursula Kriebaum & Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law* (3rd edition 2022), Oxford University Press (2022);
- [3] Peter Cameron *International Energy Investment Law* (2nd edition 2021), Oxford University Press (2021);
- [4] J William Rowley QC (ed.) *The Guide to Energy Arbitrations* (3rd edition 2019), 2019 Law Business Research Ltd;
- [5] Scherer, Maxi(ed.) *International Arbitration in the Energy Sector* (ed.), Oxford University Press, 2018; Scherer, Maxi(co-ed.) *Transparency in International Investment Arbitration (A Guide to the UNCITRAL Standard on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration)* (co-editor), Cambridge University Press, 2015;
- [6] Baltag, Crina, *Denial of Benefits Clauses*, co-author with Prof. Loukas Mistelis, in Max Planck Encyclopaedia of International Procedural Law (MPEiPro), Ruiz Fabri, H. (ed.), [Oxford University Press, 2019];
- [7] Baltag, Crina, *The Notion of Investor under the Energy Charter Treaty: The Latest Developments in the Spanish Solar Disputes*, book chapter in "Yearbook on Investment Law & Policy 2017", Lisa Sachs, Lise Johnson, and Jesse Coleman (eds), [Oxford University Press, 2019, ISBN 9780198830382];
- [8] Baltag, Crina, *Commentaries of Articles 27 and 28 of the Energy Charter Treaty*, book chapters in "Commentary of the Energy Charter Treaty", [2]Rafael Leal – Arcas (ed.), [Edward Elgar Publishing, 2018, ISBN 9781788117487];

capture, utilization, and storage technology; and enhancing sinks of both long-lived and short-lived greenhouse gases.

¹⁵ See ESG investors urge regulators to create game plan for climate risk. <https://rollcall.com/2022/01/13/esg-investors-urge-regulators-to-create-climate-risk-game-plan>, last accessed on September, 23, 2024. Banks are required to hire financial experts with experience in monitoring, analysing, and assessing sustainable finance developments and issues in regional and global financial markets, systemically important banking systems, financial institutions and instruments; and assessing implications of these risks and vulnerabilities on regional and global financial stability, including in-depth

knowledge of climate information architecture and Environmental, social and governance (ESG) developments in emerging and mature markets in order to study the interaction between environmental regulation, monetary and, macroprudential policies, and fiscal policy. See *Getting The Deal Through, ESG and Impact Investing 2021, USA: Holly J.Gregory, Leonard Wood and Rebecca Grapsas, Sidley Austin LLP*, last accessed on September 22, 2024;

¹⁶ Tiffanie Chan, Laura Ford, Catherine Higham, Shirley Pouget and Joana Setzer, *Corruption and integrity risks in climate solutions: an emerging global challenge* (October 2023);

- [9] Folsom, Van Alstine et al. eds., *International Business Transactions: A Problem-Oriented Casebook* West Academic, 13th ed. 2019; *Documents Supplement* (2019) to Folsom, Van Alstine et al. (eds.);
- [10] Pauwelyn, Guzman & Hillman, *International Trade Law*. (Wolters Kluwer, 3rd ed. 2016);
- [11] Ottinger, Richard L.(ed.); United Nations Environment Programme; Pace Energy and Climate Center, UNEP, *Guide for Energy Efficiency and Renewable Energy Laws* (2017);
- [12] Eisen, Hammond, *et al.*, *Energy, Economics and the Environment* (Cases and Materials) (5th ed. 2020);
- [13] Jonathan A. Lesser and Leonardo R. Giacchino, *Fundamentals of Energy Regulation*, (3rd edition 2019);
- [14] Gerrard, Michael(ed.), Freeman, Jody(ed.); Burger, Mich(ed.); *Global Climate Change and U.S. law*, American Bar Association. Section of Environment, Energy, and Resources, sponsoring body (2023);
- [15] Bouzarovski, Stefan(ed.); Fuller, Sara(ed.); Reames, Tony G.(ed.), *Handbook on Energy Justice* (2023);
- [16] Vanheusden, Bernard, (ed.); Iliopoulos, Theodoros (ed.); Vanhellemont, Anna, (ed.), *Harmonisation in EU Environmental and Energy Law* (2022);
- [17] Viñuales, Jorge E., *The International Law of Energy* (2022);
- [18] Monti, Alessandro, *Promoting Renewable Energy: the Mutual Supportiveness of Climate and Trade Law* (2021);
- [19] Soliman Hunter, Tina, editor.; Taylor, Madeline, *Research Handbook on Oil and Gas Law* (2023);
- [20] Frey, Christophe, *World Trade Law and the Emergence of International Electricity Markets* (2023);
- [21] John Knox & Ramin Pejan, (eds.) *The Human Right to a Healthy Environment* (Cambridge University Press 2018).