

Accords multilatéraux : Comment la menace d'arbitrage a permis aux lobbys de détricoter la loi Hulot

samedi 8 septembre 2018, par [VAUDANO Maxime](#) (Date de rédaction antérieure : 4 septembre 2018).

C'est la seule loi à laquelle Nicolas Hulot aura laissé son nom : la loi du 30 décembre 2017 sur la fin des hydrocarbures a pourtant dû laisser un goût amer à l'ex-ministre de la transition écologique, qui a dû revoir ses ambitions à la baisse en raison du poids des lobbys. Au lieu de mettre un terme définitif à l'exploitation des hydrocarbures au terme des 62 concessions actuelles, la loi leur accorde un sursis jusqu'en 2040... voire au-delà, si leurs titulaires arrivent à prouver qu'ils n'ont pas rentabilisé leurs investissements initiaux.

Un an après la discussion parlementaire, des documents jusque-là confidentiels obtenus par l'ONG Les Amis de la Terre [1] nous éclairent sur la stratégie utilisée par les lobbys pour faire valoir leurs arguments. On y apprend notamment que la compagnie pétrolière canadienne Vermilion a brandi la menace d'une procédure en arbitrage international (ISDS) pour décourager le gouvernement de poursuivre son dessin initial.

L'ISDS, ou Investor-State Dispute Settlement, est un mécanisme arbitral présent dans de nombreux accords internationaux d'investissement, qui protège les entreprises d'abus de droit perpétrés par les Etats où elles s'installent [2]. Dans la pratique, plusieurs décisions ont tendu à remettre en question les législations environnementales, sociales ou sanitaires des Etats qui allaient à l'encontre des intérêts de certaines entreprises.

Avant que le Conseil d'Etat ne rende son avis sur l'avant-projet de loi Hulot, Vermilion lui a adressé une contribution extérieure rédigée par le cabinet d'avocats Piwnica & Molinié, dans laquelle elle détaille tout le mal qu'elle pense du texte. Vermilion réclame notamment que ses permis et concessions puissent être renouvelés au-delà de 2018, en arguant que le projet, en l'état, portait une atteinte disproportionnée à son droit de propriété et à sa liberté d'entreprendre.

Mais la note détaille surtout la jurisprudence du Traité sur la charte de l'énergie de 1994, un accord multilatéral peu connu dont la France est signataire, et qui est souvent invoqué par les entreprises pour déclencher des arbitrages internationaux (c'est sur ce traité que Vattenfall s'est appuyé pour réclamer des indemnités après la sortie du nucléaire en Allemagne).

Les avocats de Vermilion estiment que ce traité empêche la France d'« agir à l'encontre des attentes légitimes d'un investisseur concernant les conditions clés de son investissement et la stabilité de l'environnement juridique et commercial ». Une manière d'agiter la menace d'une procédure d'arbitrage si le gouvernement persistait à vouloir aller à l'encontre de ses « attentes légitimes » - c'est à dire de voir ses concessions et permis renouvelés régulièrement, comme c'était le cas jusqu'alors, en vertu du code minier.

Le message semble avoir été reçu cinq sur cinq par le Conseil d'Etat qui, dans son avis du 1^{er} septembre 2017, a demandé à Nicolas Hulot de revoir sa copie, en autorisant les renouvellements de concessions et de permis miniers jusqu'en 2040. Pour se justifier, la juridiction administrative s'appuie elle aussi sur la notion d'attentes légitimes des exploitants d'hydrocarbures (dont la reconnaissance est pourtant contestée dans le droit français).

Le Conseil d'Etat estime, en revanche, que l'impossibilité dans laquelle se trouvent, dès l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, les titulaires d'une concession parvenue à l'expiration de sa période initiale de validité d'en obtenir le prolongement pourrait susciter une difficulté au regard de la garantie des situations légalement acquises comme aux effets **legitimement attendus** de la délivrance d'une concession. L'article L. 1121° du code minier, qui dispose que « la durée d'une concession pour l'objet de prolongation successive d'une durée initiale ou égale à vingt-cinq ans » a ainsi limité le nombre de prolongations possibles, à l'interprétation, conformément à l'article et à la fin de la réglementation minière, non pas comme conférant un caractère absolu à la prolongation, mais comme permettant d'adapter la durée totale d'une concession à la durée correspondant à l'exploitation commerciale du gisement, qui n'est pas nécessairement connue lors de l'octroi initial. C'est d'ailleurs ce qui justifie que le nombre de prolongations possibles ne soit pas limité. Dès lors, l'échéance d'une prolongation possible, si le concessionnaire démontre que le gisement dispose d'un potentiel justifiant la poursuite de son exploitation, doit être regardée, si ce n'est comme un droit, du moins comme un effet **legitimement attendu**. L'article généralisé analysé au point B ci-dessus ne serait en effet pas suffisant pour justifier l'arrêt irrévocable de toutes les exploitations en cours. Par conséquent, il attende le texte dans le versé exposé au point 15.

Or, c'est cet avis qui a poussé Nicolas Hulot à assouplir sa loi. Au grand dam des ONG, qui ont dénoncé un recul.

Les documents révélés par les Amis de la Terre sont bien entendu insuffisants pour conclure que c'est précisément la menace de l'arbitrage qui a guidé la main du Conseil d'Etat. Toutefois, ils permettent pour la première fois de mettre en évidence la pression exercée sur le législateur français par une entreprise étrangère à l'aide d'une menace d'arbitrage. On savait que ce genre de procédé avait été utilisé (avec succès) par les fabricants de tabac dans les années 1990 pour dissuader le gouvernements canadien d'imposer le paquet neutre de cigarettes, mais jamais une telle tentative n'avait été mise en évidence en France.

Cet épisode est d'autant plus intéressant que la menace vient d'une entreprise canadienne, puisque les discussions récentes sur les dangers des tribunaux d'arbitrage se sont concentrées sur le CETA, un accord commercial entre l'Union européenne et... le Canada.

Maxime Vaudano

P.-S.

- Transatlantique, blog du Monde, 04 septembre 2018 :
<http://transatlantique.blog.lemonde.fr/2018/09/04/comment-la-menace-darbitrage-a-permis-aux-lobbys-de-detricoter-la-loi-hulot/>

Notes

[1] http://www.amisdelaterre.org/IMG/pdf/loi_hulot_contributions_lobbies_au_conseil_etat.pdf

[2] <http://transatlantique.blog.lemonde.fr/2015/04/18/mythes-et-realites-sur-les-tribunaux-darbitrage-privés-du-traite-transatlantique/>