

Résumé

Les nouveaux aspects des contrats d'hydrocarbures et le partenariat public-privé en faveur du 'développement durable'

Contribution à l'étude d'un droit international du développement pragmatique

Résumé : Dans les années 1960-1970 les contrats d'exploration et de production d'hydrocarbures ont été le cadre de l'affrontement entre le Nord et le Sud et de l'affirmation du droit international du développement (DID). Pendant longtemps, il s'agissait pour les Etats décolonisés de revendiquer leur souveraineté « pleine et entière » sur les ressources naturelles en procédant à des nationalisations. La vision retenue du DID était donc imprégnée par un point de vue tiers-mondiste et marxiste mettant l'Etat au cœur de l'action pour le développement.

Les années 1990 ont pourtant marqué un bouleversement idéologique et la victoire du néolibéralisme. La vision interventionniste et étatique du développement cède la place au pragmatisme. Les tenants du néolibéralisme se sont appropriés l'objectif de développement en le présentant non plus comme un droit de l'Etat mais comme un droit de l'homme (droit au développement). Le renouveau du DID se réalise à travers les concepts de « développement durable » et de « partenariat public et privé ». Sans que la finalité du développement change, les moyens pour y parvenir évoluent. Le dogmatisme des années 1970, laisse place au pragmatisme. Le droit politique du développement devient un droit positif.

C'est précisément le secteur des hydrocarbures qui sera le terrain privilégié de cette évolution. L'étude approfondie des modèles brésilien, indonésien, iranien, chinois et thaïlandais de contrats d'hydrocarbures en vigueur, démontre comment le contrat peut contribuer à la réalisation du droit international du développement. Désormais, il encadre davantage la souveraineté des Etats hôte pour séduire davantage les investisseurs. La balance entre les parties devient plus équilibrée. Du fait de la constitutionnalisation du contrat d'Etat, la puissance publique devient un cocontractant comme un autre. De même, l'impératif du développement traverse l'écran étatique pour s'adresser directement aux populations intéressées par le projet. Juridiquement, cela se traduit par l'introduction de nouvelles clauses dans les contrats qui imposent les normes environnementales et sociales en vigueur dans les pays démocratiques d'où sont issues les compagnies pétrolières.

L'étude montre que le modèle de partage de production assure mieux que les autres types de contrat, un équilibre équitable des intérêts des parties contractantes (Etat et compagnies pétrolières). Mais même dans leurs nouveaux aspects, aucun des modèles en vigueur ne satisfait les principes que véhicule le développement 'durable'. Les intérêts des parties au contrat (maximisation des profits) convergent souvent dans des Etats où la démocratie est absente. Pour cela, le contrat doit être l'occasion pour d'autres intérêts de se manifester. Pour être conforme à l'objectif du développement (tel que définis initialement), l'instrument contractuel doit davantage prendre en compte l'intérêt des autres parties intéressées (parties prenantes, *stakeholders*) que sont notamment les populations de la zone d'exploitation. Une pression combinée de la société civile et des institutions financières sur les parties contractantes reste nécessaire pour les convaincre de moraliser leurs pratiques.

L'étude de la dimension contractuelle du DID longtemps oubliée des auteurs, brise les chaînes idéologiques qui enfermaient le DID pour lui redonner ses lettres de noblesse. Ainsi, on peut espérer que le droit positif du développement ainsi libéré de ses chaînes, s'impose comme le droit du partenariat qui doit organiser l'interdépendance pour le développement des peuples qui passe par le partenariat entre le public et le privé.

Mots clés : Contrats d'hydrocarbures – Contrat d'Etat – Droit international du développement – Souveraineté sur les ressources naturelles – Développement durable – Partenariat public-privé – Secteur énergétique - Hydrocarbures.

New aspects of International Petroleum Contracts and the New Private-Public Partnership for the 'sustainable' development

A Legal Contribution to International Law of Development with a neoliberal approach

Abstract: The E&P petroleum contracts were in the heart of the formation of the International Law of Development in the 60's-70. With a neoliberal approach, the new concept of "sustainable development" renews this branch of law, abandoning the planned economy, which characterized it in the 70's, and giving more places to civil society's actors. In that way, the petroleum contracts are becoming one of the legal instruments of a new partnership for 'sustainable' development. This new partnership imposes to take under consideration all interests: not only both contracting parties (host State and international petroleum companies), but also the interest of stakeholders. This last affirmation was originally one of the functions of Governments; but in the majority of developing countries, Governments do not represent democratically their populations. Petroleum contracts are becoming the legal framework used more frequently by local populations to sue international companies, instead of States, for ecological damages or human rights violations in the contractual area in which the production takes place.

To supporting our thesis, we have analyzed each model of contracts used currently in developing countries, such as China's hybrid contracts, Iran's buy-back contracts, Indonesia's production sharing contracts or PSCs, Thailand's concession contracts and Brazilian service contracts. After studying each model, it has appeared that in the new approach of the principle of Sovereignty over natural resources, more adapted to the context of globalization, the PSC seems to be the best model. It allows a better legal framework in accordance with the concept of public-private partnership, as defines below. Confirming our approach, developing countries are going to abandon totally the use of service contracts, at the same time of opening their industries to private investors. This model of contracts does not conform to the ideas of partnership, and profit and production sharing. For developing countries which do not have real petroleum industries, the concession model remains more attractive to petroleum companies, even though, it does not preserve their sovereignty over natural resources, as much. The new trends in petroleum contracts are meant to balance the relationship between both public and private parties. For that purpose, the majority of contracts are choosing to internationalize the relationships (for example, the arbitration clauses refer to the rules of the International Center for Settlement of Investment Disputes (ICSID) rather than to the national law and jurisdiction of the host country; at the same time, host countries allow companies better tax conditions).

This being said, the petroleum contracts in their new features, nevertheless do not take into account the principles of 'sustainable development'. In order to reach this goal, we propose a necessary combined action of the stakeholders (i.e. civil society, petroleum companies and international financial institutions) to force all parties of contracts to respect sustainable development's principles. Thus, international financial institutions should force both parties of the contracts to integrate into the project some social and ecological components, before giving any financial support and securities. In addition, international petroleum companies should impose upon their affiliates the same social and ecological standards than those applied in developed countries, from where they generally are. But these actions would not be possible without the pressure of the civil society. As a new phenomenon, nongovernmental organizations do not hesitate to sue mother-companies in their home countries for the violation of human rights by their affiliates, as was the case with some American courts (State of New York or State of California).

In our point of view, if the international law of development does not succeed in the 70's, it is because its first envisioned goal was not analyzed through pragmatic eyes, and the contractual legal frameworks were not taken into consideration. A study of petroleum contracts in their recent evolutions lets us affirm that the substantive law of development should become the legal frameworks of a new partnership organizing the interdependence of a globalize world. In such a world, the main goal of each investment should remain the prosperity of populations, which means simultaneous economic, ecological and social benefits. It appears that after being forgotten by some major authors, the contract as a concept should become one of the most interesting legal instruments in allowing the original goal of the international development law to be achieved.

Key words: E&P contracts – Petroleum Contracts – Sustainable Development – Private Public Partnership for Development – Petroleum Industries – State Contract – International Law of Development – Sovereignty over energy & natural resources.

Sommaire

Introduction générale :

Le contrat d'hydrocarbures, instrument d'un droit international du développement pragmatique

Section 1 : La résurgence d'un droit plus conforme aux principes d'une économie néolibérale

- le développement 'durable', comme objectif proclamé
- le partenariat public-privé pour le développement, comme moyen de sa mise en oeuvre

Section 2 : Le contrat, nouvel instrument de la mise en œuvre du droit international du développement

- le secteur des hydrocarbures, laboratoire du droit international du développement
- le contrat d'hydrocarbure, exemple d'un instrument d'un droit international du développement pragmatique

Première Partie :

Le contrat d'hydrocarbures, instrument imparfait de l'affirmation de la souveraineté des Etats sur leurs ressources naturelles

Titre 1 : Les deux pôles de l'aménagement contractuel

Chapitre 1 : Le contrat de concession moderne ou l'exercice « mesuré » de la souveraineté étatique ?

Section 1 : Un cadre législatif très favorable aux compagnies étrangères

Section 2 : Des dispositions contractuelles avantageuses pour les compagnies étrangères

Chapitre 2 : Les contrats de service à risque ou la prééminence de l'Etat

Section 1 : L'environnement juridique des contrats de service à risque : Un environnement protectionniste

Section 2 : Les dispositions contractuelles du contrat de service à risque : un contrat simplifié

Titre 2 : Les modèles contractuels intermédiaires, plus adaptés à la prise à la recherche du 'partenariat'

Chapitre 1 : Le contrat de partage de production (*Production-Sharing Contract*)

Section 1 : Un cadre législatif favorable aux investissements étrangers

Section 2 : L'équilibre contractuel dans le modèle indonésien

Chapitre 2 : Un exemple de contrat d'hydrocarbures atypique ou hybride : Le « modèle » chinois

Section 1 : L'absence de tradition juridique : Un cadre législatif et institutionnel hétérogène

Section 2 : La mise en œuvre de l'« intérêt commun » garant de la stabilité contractuelle

Deuxième Partie :

Le contrat d'hydrocarbures, instrument insuffisant de la mise en œuvre du « développement durable »

Titre 1 : L'inadaptation de l'instrument contractuel

Chapitre 1 : Les lacunes de l'encadrement juridique du contrat d'hydrocarbures sous le prisme du « développement durable »

Section 1 : Les principes et normes fondamentaux affirmés par la communauté des Etats

Section 2 : La difficile transposition des normes internationales en droit interne

Chapitre 2 : La prise en compte limitée des principes du développement durable par l'instrument contractuel

Section 1 : La quasi-ignorance des exigences du développement durable dans les clauses contractuelles
existantes

Section 2 : Les dispositions nécessaires à la prise en compte des dimensions socioculturelle et environnementale
du développement durable

Titre 2 : Le nécessaire intervention des tiers intéressés par l'exécution du contrat, garants du respect des principes du « développement durable »

Chapitre 1 : L'action « moralisatrice » des institutions financières dans le financement du contrat d'hydrocarbures

Section 1 : Le contrôle *a priori* du projet et la conditionnalité des interventions du groupe de la Banque mondiale

Section 2 : Le contrôle de la qualité de l'intervention du groupe de la Banque mondiale

Chapitre 2 : L'évolution des pratiques contractuelles et l'action de la société civile

Section 1 : La pratique des milieux professionnels en faveur du développement durable : l'émergence d'une
« coutume d'origine privée »

Section 2 : La nouvelle menace judiciaire des ONG et autres groupes de pressions

Conclusion générale :

Pour un droit international pragmatique du partenariat pour le développement 'durable' dans le secteur des hydrocarbures

Pour en savoir plus : contacter l'auteur au zia@oloumi.com