

RESUME. Préface - 1. Les sources de droit des investissements dans le secteur de la production du gaz. - 2. L'accès des investissements étrangers et les formes juridiques de leur réalisation dans le domaine de la production du gaz. - 3. Les garanties principales juridiques des investissements étrangers. - A. La clause protectrice. La garantie du changement défavorable de la législation. - B. Les garanties de la compensation de la nationalisation du bien de l'investisseur. - C. La garantie de la transaction des paiements liés à l'activité étrangère d'investissements. - D. L'assurance des investissements étrangers. La garantie du règlement compétent des différends apparaissant en rapport avec la réalisation des investissements sur le territoire de la Russie. - 4. D'autres facteurs influençant le climat d'investissements dans la branche de la production du gaz. - 5. Quant aux perspectives des investissements au sein du BRICS.

Preface

Néanmoins que la Russie possède les plus grands réserves du gaz au monde, cependant, selon le compte rendu de l'Agence Internationale Energétique de 2011, da Russie sera bientôt hors d'état de satisfaire la demande du gaz naturel des consommateurs du pays ainsi que ceux de l'étranger si on ne sollicite pas les investissements considérables ...⁹. Les dépenses si importantes s'expriment par ce que les projets d'investissements dans le domaine énergétique se caractérisent par le coefficient de capital le plus élevé, la plus grande durée, les périodes de longue durée de la compensation de l'investissement, la présence des risques naturels et d'autres particularités appesantissant objectivement l'économie des projets d'investissements dans la branche donnée. Les nouveaux gisements du gaz élaborées dès 1970 s'installent, en général, dans les conditions naturelles de plus en plus compliquées, souvent — en régions non maîtrisées. En outre les nouveaux gisements sont plus difficiles pour l'élaboration du point de vue technique ce qui pré détermine encore la nécessité de l'application des technologies étrangères. Un des facteurs les plus importants assurant l'attrait du climat d'investissements est la qualité du droit d'investissements dans la sphère donnée.

1. *Les sources de droit des investissements dans le secteur de la production du gaz*

La source principale du droit d'investissements est la Constitution de la Fédération de Russie du 12 décembre 1993.²¹⁷ Conformément à l'art. 9 de la Loi fondamentale est fixé le principe du pluralisme des formes de propriété sur la terre et d'autres ressources naturelles (elles peuvent être privées, d'Etat, municipales et dans les autres formes de propriétaire). Cependant dans la législation spéciale, par exemple, dans l'art. 2 de la loi fédérale «Sur les sous-sols»²¹⁸ est établi que les sous-sol dans les limites du territoire de la Fédération de Russie, y compris l'espace souterrain et les minéraux se trouvant dans les couches profondes, les ressources énergétiques et les autres sont la propriété de l'Etat. Quant à la délimitation de la propriété de l'Etat sur les sous-sols, en 2004 dans la loi «Sur les sous-sols» on a introduit les amendements, en vertu desquels désormais les décisions principales sur la gestion du fonds public des sous-sols sont acceptées par l'organisme fédéral du pouvoir.

Une importante garantie pour les investisseurs étrangers sont les accords internationaux ratifiés par la Russie ayant conformément au par. 4 de l'art. 15 de la Constitution, la force juridique plus importante que la législation nationale. Malgré la possibilité de l'interprétation différente de la position donnée,²¹⁹ les juristes d'Europe occidentale estiment l'insertion des conditions contenant l'envoi direct vers le droit international dans les accords bilatéraux sur la protection des investissements étrangers comme une des garanties les plus effectives.²²⁰ Ainsi, le système des traités bilatéraux d'investissements, appelés aussi les traités sur l'encouragement et la protection mutuelle des investissements, et des traités sur l'élimination de double imposition, à la signification essentielle en tant que garantie des investissements étrangers. Le règlement juridique international de l'investissement se réalise aussi par les traités multilatéraux. La Fédération de Russie a signé mais n'a pas ratifié la Convention pour le Règlement des différends relatifs aux Investissements entre Etats et Ressortissants d'autres Etats conclue à Washington le 18 mars 1965, prévoyant l'institution du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI). La Convention portant création de l'Agence multilatérale de garantie des investissements conclue à Séoul le 11 octobre 1985 se produit la suivante source selon l'importance du droit international d'investissements.

La Russie est la partie participant de plein droit de la Convention dès le 29 décembre 1992.

La Russie applique le Traité sur la charte européenne de l'énergie à la base temporaire jusqu'à octobre 2009.²²¹ Il faut se rendre compte que les parties sortant de l'accord, s'engagent à réaliser la protection des investisseurs agissant pendant 20 ans selon les mêmes conditions, comme si l'Etat acceptant était toujours la partie du Traité sur la charte européenne de l'énergie

²¹⁷ La Constitution de la Fédération de Russie du 12 décembre 1993 avec des amendements apportées par les lois de la Fédération de Russie. Sur les amendements à la Constitution de la Fédération de Russie du 30 décembre de 2008 n. 6-FZ et n. 7-FZ dans *Recueil de la législation de la Fédération de Russie*, 2009, n. 4, Art. 445.

²¹⁸ La loi fédérale du 21 février 1992 n. 239-51 «Sur les sous-sols» dans la red. de loi fédérale du 14 juin 2012 n. 74-FZ (*Recueil de la législation de la Fédération de Russie*, 1995, n. 10, Art. 823).

²¹⁹ Voir, par ex.: E.T. USENKO, *Le rapport et la coopération du droit international et national dans la Fédération de Russie*, dans *La revue de Moscou du droit international*, 1995, n. 2, p. 23.

²²⁰ I.Z. PARKHUTDINOV, *Le droit international d'investissements: la théorie et la pratique de l'application*, M., 2005, p. 331.

²²¹ La sortie du Traité est argumentée par son inefficacité. En particulier, au cours de la crise de gaz russe-ukrainienne en janvier 2009 il n'y avait pas d'appréciation adéquate des violations faites par l'Ukraine des dispositions de transit du Traité sur la charte européenne de l'énergie du côté de l'UE et les Etats membres; en outre la direction du Secrétariat de la charte de l'énergie n'assurait pas jusqu'à et au cours du conflit gazier. Cependant il y avait probablement des autres raisons de la sortie de la Fédération de Russie, par exemple, l'examen des affaires en ce qui concerne les actifs de la société anonyme de type ouvert "Yukos" dans les arbitrages internationaux.

(сouspar. b par. 3 art. 45). À noter, cet acte est estimé par certains chercheurs comme un traité le plus significatif dans le domaine énergétique.

A part du droit international et la Constitution la source du droit d'investissements est la législation nationale. Le trait distinctif du droit russe d'investissements est ce que les lois, en général entrent en vigueur dès le moment de leur publication, les normes juridiques ont souvent la rétroactivité, à la suite de quoi les investisseurs ne peuvent pas compter sur la stabilité des conditions de leur activité.

2. *L'accès des investissements étrangers et les formes juridiques de leur réalisation dans le domaine de la production du gaz*

Dans la Fédération de Russie il y a un soi-disant ordre déclaratif pour les investissements nationaux et étrangers (en vertu du régime établi national), selon lequel il ne faut pas avoir la permission préalable pour l'accès. Dans la norme du Traité bilatéral d'investissements standard la Fédération de Russie, trouvant les réflexions dans les traités bilatéraux d'investissements de la Fédération de Russie avec d'autres pays, on établit que chaque partie contractante garde pour elle-même le droit d'appliquer et introduire les retraits du régime national en ce qui concerne les investisseurs étrangers et leurs investissements (par. 3 art. 3 Traité bilatéral d'investissements standard). Dans la liste du Traité entre la Fédération de Russie et les Etats-Unis sur l'encouragement et la protection mutuelle des investissements de 1992²²² sont indiqués les branches et les aspects de l'activité, dans lesquelles on peut établir les restrictions pour l'investisseur étranger, y compris la sphère de l'usage des sous-sols et les ressources naturelles. Dans le droit national elles sont établies en vertu des lois fédérales de 29 avril 2008.

Désormais les investisseurs étrangers n'ont pas le droit de réaliser les transactions entrainant l'établissement du contrôle sur les sociétés économiques, ayant la signification stratégique pour la défense du pays et la sécurité de l'Etat (par. 2 art. 2 de la loi № 57-FZ). Aux sociétés économiques ayant la signification stratégique pour la défense du pays et la sécurité de l'Etat, se rapportent les sociétés réalisant l'étude géologique des sous-sols (ou) l'exploration et la production des minéraux sur les terrains des sous-sols de la signification fédérale.²²³ Notamment tels terrains sont attrayants aux investisseurs étrangers. Autre restriction est liée à ce que désormais les utilisateurs des sous-sols sur les terrains des sous-sols de la signification fédérale selon la règle commune peuvent être les personnes juridiques créées conformément à la législation de la Fédération de Russie. Les utilisateurs des sous-sols sur les terrains des sous-sols de la signification fédérale du plateau continental de la Fédération de Russie, ainsi que sur les terrains des sous-sols de la signification fédérale disposées sur le territoire de la Fédération de Russie et s'étendant à son plateau continental, peuvent être seulement les personnes civiles, qui sont créées conformément à la législation de la Fédération de Russie, ayant l'expérience au moins de cinq ans de l'exploration des terrains des

²²² Le Traité entre le Gouvernement de la Fédération de Russie et le Gouvernement des Etats-Unis sur l'assistance aux investissements du 3 avril 1992 (le *Bulletin des accords internationaux*, 1993, n. 9, p. 43-46.

²²³ Les terrains des sous-sols de la signification fédérale se détachent aux fins de la garantie de la défense du pays et la sécurité de l'Etat. Aux terrains des sous-sols de la signification fédérale se rapportent les terrains des sous-sols contenant les gisements et les manifestations de l'uranium, les gisements et les manifestations de diamants etc.), ainsi que les gisements disposés sur le territoire du sujet de la Fédération de Russie ou les territoires des sujets de la Fédération de Russie et contenant en vertu des informations de la balance d'état des stocks des minéraux à partir du 1 janvier de 2006 les stocks tirés du pétrole de 70 millions tons, les stocks du gaz de 50 milliards m³ etc. Aux terrains des sous-sols de la signification fédérale on porte aussi les terrains des sous-sols de l'eau intérieure maritime, la mer territoriale, le plateau continental de la Fédération de Russie et les terrains des sous-sols, pendant l'usage desquels est nécessaire l'utilisation des terrains ayant la signification stratégique pour la garantie de la défense du pays et la sécurité de l'Etat (art. 2 de la loi fédérale n. 58-FZ).

sous-sols du plateau continental de la Fédération de Russie et dont la part/dépot de la Fédération de Russie dans les capitaux statutaires fait plus que 50 %. Les formes principales juridiques de la réalisation des relations du propriétaire des sous-sols et l'investisseur sont la licence et l'accord sur le partage de la production. L'utilisation de l'ordre d'autorisation de l'utilisation des sous-sols est conditionnée par la crainte de l'état de ne pas assurer la protection des intérêts publics, en appliquant les formes contractuelles, ainsi que par l'absence des bases législatives du réglage de leur application.

Pour la fourniture des licences sont utilisées les procédures de compétition: le concours et la vente aux enchères. La loi établit la garantie de la stabilité des conditions de la licence importante pour l'utilisateur des sous-sols: elles sont valables pendant tout le délai de son action.

Il est nécessaire de souligner que les chercheurs²²⁴ et aussi les utilisateurs des ressources soulevrent régulièrement la question sur la nécessité du changement de la législation sur les sous-sols. L'essentiel est la proposition de passer du système de licence vers celui contractuel, en raison de l'inefficacité du premier.

Dans la législation russe il y a quand même un mécanisme de l'usage contractuel des terrains des sous-sols — l'accord sur le partage de la production. Pour le moment en Russie il existe trois APP en vigueur: «Sakhaline-1» du 30 juin 1995,²²⁵ «Sakhaline-2» du 22 juin 1994,²²⁶ «Khar'ya» du 20 décembre 1995. Malgré les avantages donnés par APP, les terrains des sous-sols selon l'accord sur le partage de la production à présent ne sont pas accordés.

3. Les garanties juridiques des investissements étrangers

A. La clause protectrice. La garantie du changement défavorable de la législation

Dans la loi fédérale du 9 juillet 1999 «Sur les investissements étrangers dans la Fédération de Russie» est établi la période de stabilisation pour un délai de la compensation du projet d'investissements, mais pas plus de sept ans dès le jour du début du financement du projet indiqué aux frais des investissements étrangers. Dans les cas exceptionnels, quand le volume total des investissements étrangers fait plus qu'un milliard de roubles, le Gouvernement de la Fédération de Russie peut prolonger ce délai (art. 9). Néanmoins les garanties du changement défavorable de la législation ne concernent pas les cas de l'entrée en vigueur des règlements changeant le montant des taxes de douane, provoquées par l'application les actions de sauvegarde des intérêts économiques de la Fédération de Russie. En outre la clause de stabilisation concerne seulement le changement de la législation fédérale.

B. Les garanties de la compensation de la nationalisation du bien de l'investisseur.

Dans la loi fédérale «Sur les investissements étrangers dans la Fédération de Russie» est prévu que «le bien de l'investisseur étranger ou l'organisation commerciale avec les investissements étrangers n'est pas possible du retrait forcé, y compris la nationalisation, les réquisitions, à l'exception des cas et selon les raisons, qui sont établies par la loi fédérale ou

²²⁴ S. A. Kinelman, B. D. Klukin, S. V. Koldayev, A. N. Koursky, M. I. Makhina, V. B. Podmako, A. B. Sapojnikov, D. G. Khranov etc.

²²⁵ Le compte rendu du projet "Sakhaline-1" // <http://www.sakhalin-l.com/project/pjoverview.asp> (la date de l'appel: le 22 juin 2012).

²²⁶ Le compte rendu du projet "Sakhaline-2" // <http://www.sakhalinenenergy.ru/ru/> (la date de l'appel: le 22 juin 2012).

l'accord international de la Fédération de Russie» (art. 8). Malheureusement, le législateur n'a pas indiqué, quels sont les cas et les raisons.

Dans la législation russe on s'établit qu'à la nationalisation on rembourse à l'investisseur étranger ou l'organisation commerciale avec les investissements étrangers le coût du bien nationalisé et d'autres pertes (art. 8 de la loi fédérale «Sur les investissements étrangers dans la Fédération de Russie»). Ainsi, dans la loi n'est pas mentionné que la compensation payée à l'investisseur étranger, doit correspondre au coût réel des investissements forcément alienés.

C. La garantie de la transaction des paiements liés à l'activité étrangère d'investissement.

Selon les exigences de la loi fédérale du 10 décembre 2003 «Sur le réglage de devise et le contrôle de devise»²²⁷ on n'admet pas l'établissement par les organismes du réglage de devise de l'exigence sur la réception par les résidents et les non-résidents des permissions individuelles (par. 3 art. 5). En 2007 on supprimait la règle sur la réservation obligatoire (art. 16), de la vente de la partie de la recette de devise des résidents dans la mesure de 30 % de la somme de change de la recette²²⁸ (art. 21).

D. L'assurance des investissements étrangers. La garantie du règlement compétent des différends apparaissant en rapport avec la réalisation des investissements sur le territoire de la Russie.

Dans la législation russe, en particulier dans les lois fédérales «Sur les investissements étrangers en Fédération de Russie» (art. 10), «Sur les accords sur le partage de la production» (art. 22), est prévue que les différends avec la participation de l'investisseur étranger, apparaissant en rapport avec la réalisation des investissements et l'activité entrepreneuriale sur le territoire de la Fédération de Russie, sont arrangés conformément aux accords internationaux et les lois fédérales dans la cour ou le tribunal d'arbitrage ou dans l'arbitrage international. Ce n'est pas étonnant qu'à APP de Sakhaline-1», «de Sakhaline-2» et «Kharyaga» est indiqué que le différend est transmis à l'arrangement de l'arbitrage à Stockholm. D'autre part, dans la loi fédérale du 30 novembre 1995 «Sur le plateau continental de la Fédération de Russie» est indiqué que les discussions entre les personnes physiques, les personnes civiles, les personnes physiques et morales au sujet de la réalisation de leurs droits et leurs devoirs sur le plateau continental sont arrangées par mesure administrative ou dans les cours de la Fédération de Russie (art. 47). Dans les Traites sur les investissements étrangers de la Russie s'établissent les garanties plus définies : on prévoit l'arbitrage internationale et même quelques fois, rarement ICSID.

4. D'autres facteurs influençant le climat d'investissements dans la branche de la production du gaz.

La régulation par le droit n'existe pas séparément des conditions politiques, économiques administratives de l'activité de l'investisseur étranger, au total formant le climat d'investissements.

L'affluence du capital étranger dans la production du gaz naturel en Russie est empêchée par l'incertitude politique existant en vertu de la contradiction entre la nécessité des

²²⁷ La loi fédérale du 10 décembre 2003 «Sur le réglage de devise et le contrôle de devises» (*Recueil de la législation de la Fédération de Russie*, 1999, n. 28, Art. 3493)

²²⁸ Conformément aux données du IMF, la condition impérative sur le rapatriement de la recette en devise de change est fixée dans les actes juridiques environ 50 Etats, y compris le Chypre, la République Populaire de Chine, la République Tchèque (N. M. ARTOMOV, *Les restrictions de devise*, M., 2001, p. 15.).

investissements et le désir du Gouvernement de contrôler l'industrie énergétique examinée comme stratégique.

En outre l'État russe éprouve aussi les problèmes liés à la bureaucratie et à la corruption. Ce n'est pas étonnant que Transparency International selon le facteur de la corruption donne à la Fédération de Russie 143 place des 183 États.²²⁹

Le problème économique principal est le vague et la variabilité de la législation en matière fiscale de la Fédération de Russie et conformément à l'impossibilité de compter le rendement de n'importe quel projet.

Les compagnies étrangères n'investissent pas les capitaux dans la production du gaz naturel en Russie non seulement en raison du manque des garanties d'investissements, l'incertitude économique politique, mais particulièrement à cause des restrictions sur la réalisation des autres aspects contigus de l'activité dans le secteur de gaz. Ainsi, en vertu de la loi fédérale du 17 août 1995 № 147-FZ «Sur les monopoles naturels»²³⁰ à la sphère des monopoles naturels se rapporte l'acheminement du gaz selon les tuyaux; en conséquence le réseau d'approvisionnement du gaz (gazoducs magistraux) de la Fédération de Russie appartient à la société anonyme de type ouvert «Gazprom». En Russie conformément à l'art. 3 de la loi fédérale du 18 juillet 2006 № 117-FZ «Sur l'exportation du gaz»²³¹ le droit exclusif à l'exportation du gaz est accordé à l'organisation — le propriétaire du système commun de l'approvisionnement du gaz ou sa société affiliée, dans le capital statutaire duquel la part de la participation de l'organisation — le propriétaire du réseau commun de l'approvisionnement du gaz fait 100 % (le SARL «Gazprom l'exportation»). Le droit exclusif se répand sur le gaz de gazoduc, ainsi qu'au gaz liquéfié (mais bientôt probablement l'interdiction sera enlevée).

L'analyse de la régulation juridique des investissements étrangers dans la Fédération de Russie a montré que la législation dans la sphère donnée est loin des standards mondiaux. Malgré le nombre considérable des garanties juridiques, il ne faut pas les considérer à titre des garanties effectives. Tous deux ne sont pas définis assez nettement,²³² certains ont seulement le caractère déclaratif, dans la loi on peut ne pas définir les mécanismes de procès de leur action.

Il faut remarquer que la législation russe possède ses dignités. Ainsi, dans la Fédération de Russie, la législation fixe un grand nombre des formes de l'accès aux ressources naturelles, et non seulement une licence, comme dans certains pays. Le système des sources du droit d'investissements de la Fédération de Russie a aussi l'air clair, les mécanismes de l'implémentation du droit international et son rapport avec le droit national sont définis, comme aussi la formulation de certaines garanties. Cependant quand même les entrepreneurs étrangers craignent d'investir dans l'économie de la Fédération de Russie. Probablement, c'est lié au fait que d'autres garanties juridiques mentionnées ci-dessus (par exemple, la garantie du règlement des différends par l'institution compétente), ne sont pas développées, la Russie vient de devenir il y a peu de temps le membre à valeur requise de OMC. Cependant la raison principale des complexités de la régulation juridiques des investissements consiste dans la présence des conditions politiques instables. Ainsi, on peut supposer que pour l'application des investissements dans la Fédération de Russie, il est nécessaire non seulement approcher le réglage juridique des standards mondiaux, mais avant tout nettement définir, dans quelle

²²⁹ *Corruption by country: Russia //* <http://www.transparency.org/country#RUS> (La date de l'appel: le 22 août 2012).

²³⁰ La loi fédérale du 17 août 1995 n. 147-FZ «Sur les monopoles naturels» dans la rédaction de lois fédérales du 28 juillet 2012 n. 132-FZ. *Recueil de la législation de la Fédération de Russie*, 1995, n. 34, Art. 3426.).

²³¹ La loi fédérale du 18 juillet 2006 n. 117-FZ «Sur l'exportation du gaz» (*Recueil de la législation de la Fédération de Russie*, 2006, n. 30, Art. 3293).

²³² J.M. WALTRIP. *The Russian Oil and Gas Industry after Yukos: Outlook for Foreign Investment*, dans *Transnational Law & Contemporary Problems*, Vol. 17, 2008, p. 581.

mesure et dans quelles sphères de la Fédération de Russie ils sont demandés, découvrir les points d'intersection de l'intérêt privé avec les intérêts de la société, de l'État.²³³ Sans repères clairs confirmés par la volonté politique et la pratique (et pas le texte de la stratégie énergétique) il n'y a pas de sens d'écrire les nouveaux projets des lois et les examiner. Jusqu'à ce moment-là il ne faut pas compter sur la confiance des investisseurs étrangers, particulièrement sur leur participation aux projets à long terme coûteux.

5. Quant aux perspectives des investissements au sein du BRICS

Actuellement il n'y a pas des investissements directs dans la production du gaz des pays de BRICS en Russie. Peut être la raison est l'absence de la régulation spécifique en matière donc on peut projeter dans ce domaine. Le modèle économique des relations peut être basé sur l'idée de l'accès garantie des entreprises russes à la fourniture des pays de BRICS dans les volumes fixés (proportion, quotas) et des entités des pays de BRICS par contre reçoivent l'accès à la production et l'export du gaz Russe dans la limite des certains quotas (selon le principe de la reciprocité).

Concernant des investissements la création de ce marché limité signifie leur détermination selon les standards internationaux, la mise en place du climat des investissements favorable: la séparation maximale possible de la politique de l'économie, la résolution des problèmes de la corruption, bureaucratie. Mais plus important c'est le relèvement des contraintes dans les secteurs comme transport, export du gaz naturel.

Dans le domaine du transport on peut envisager deux possibilités. Le premier, moins contraignant est de transmettre les actifs de «Gazprom» au management d'autre compagnie indépendant. Deuxième possibilité, plus préférable pré suppose la vente des gazoducs aux sociétés actionnaires, actionnaires desquelles seront les investisseurs, les compagnies producteurs du gaz, y compris «Gazprom» (mais dans certaines limites). Par ailleurs cette approche grâce à la vente permettra au «Gazprom» d'attirer des capitaux dans le développement du réseau et ne pas perdre le contrôle sur les gazoducs. Dans le domaine de la régulation de l'export de gaz naturel, on suppose que pour le warrantage de la sécurité énergétique de la Russie ca sera suffisant de fixer le système de quotas pour l'export du gaz par les compagnies de BRICS. Pour les entreprises russes on peut prévoir le système des licences de l'export comme aux Etats-Unis, la Chine etc.

Des alienations dans la libéralisation de la régulation de la production, transport et export du gaz russe seront compensés par les opportunités pour les compagnies russes («Gazprom» y compris) d'avoir accès au marché de la fourniture des pays de BRICS.

²³³ A.Y. KUBANTOV, *La combinaison des intérêts privés et publics au réglage juridique de l'activité entrepreneuriale*, M., 2001, p. 156.