



Nations Unies
Commission économique pour l'Afrique

DIVISION DU RENFORCEMENT DES CAPACITÉS (CDD)

Note conceptuelle

Dialogue politique sur

« Les défis auxquels sont confrontés les États africains dans les négociations de contrats miniers et pétroliers, avec un accent particulier sur les clauses de stabilisation »

Douala, Cameroun, 26 et 27 octobre 2016

**En collaboration avec le Centre africain de développement minier (CADM) et
L'Institut africain pour le développement économique et la planification (IDEP)**

Septembre 2016

I. Contexte

1. Alors que les États africains sont bien dotés en ressources naturelles, notamment en ressources minières et pétrolières, leurs populations ne bénéficient pas suffisamment de leur extraction. Les investisseurs étrangers et les sociétés multinationales en sont souvent les principaux bénéficiaires, et les pays ne reçoivent qu'une part des revenus, ce qui risque d'infliger, au bout du compte, des dommages à long terme à leurs économies nationales. La clause de stabilisation est un instrument important par lequel les multinationales protègent leurs intérêts, en tentant de geler le pouvoir réglementaire de l'État pendant la durée du contrat.

2. Les clauses de stabilisation imposent l'obligation à l'État, généralement au profit exclusif de l'investisseur étranger, de ne pas modifier la loi et son application pendant toute la durée du contrat. Le droit et la pratique pertinents pourraient comprendre, par exemple, le régime fiscal du contrat (par ex., ne pas augmenter le taux d'imposition, le taux de redevance, les droits d'exportation sur la production, etc.), le régime environnemental (par ex., attribuer la responsabilité des dommages environnementaux etc.), ou le droit du travail (par ex., combien d'étrangers peuvent être employés dans le projet, quels seront leurs niveaux d'ancienneté et de rémunération, leur permis de travail dans le pays qui détermine combien de temps ils seront autorisés à y demeurer) etc.

3. L'impact négatif d'une telle clause sur la souveraineté des États qui dépendent des ressources naturelles a pris de l'importance, et certains États ont pris une position ferme à son encontre. La décision de la Cour suprême israélienne de rejeter un accord pour développer le champ gazier Leviathan en raison de l'existence d'une clause de stabilisation dans l'entente qui aurait empêché de modifier la réglementation dans l'industrie du gaz depuis 10 ans, n'est que la dernière manifestation du retournement contre de telles clauses dans les contrats de ressources naturelles.¹ En rejetant l'affaire, la Cour suprême israélienne a statué que « le gouvernement n'a pas le pouvoir de lier ses successeurs à une question faisant l'objet d'un litige politique ».

4. Malheureusement, les clauses de stabilisation restent la règle dans le paysage des ressources naturelles de l'Afrique, et il est grand temps que nos États membres reconnaissent le danger que ces clauses ont longtemps posé à leur souveraineté dans un secteur souvent essentiel de leurs économies. Le Dialogue politique de cette année sur les négociations contractuelles des ressources naturelles vise à accorder une attention particulière à cet aspect des contrats. Alors que la clause de stabilisation ne fera pas l'objet de notre attention

¹ Voir "Israel's supreme court blocks Leviathan gasfield deal", *Financial Times*, 28 mars 2016, disponible sur <http://www.ft.com/cms/s/0/6dcb6a3a-f4dc-11e5-803c-d27c7117d132.html#axzz48zBarvHk>.

exclusive, nous envisageons de l'utiliser comme une étude de cas qui englobe un grand nombre de questions très délicates qui se posent dans la négociation de contrats de ressources naturelles.

5. Selon la Vision Minière africaine (qui constitue, depuis 2009, la Charte majeure établie par l'Union africaine pour orienter la politique minière dans les pays africains), ce problème n'est qu'une manifestation de la piètre qualité de la gouvernance de l'industrie minière africaine au sens large, notamment les graves lacunes du processus de négociation des contrats.² Ces négociations sont d'habitude extrêmement asymétriques, et les contrats sont souvent à long terme et généralement négociés sans connaissance adéquate de la quantité de minéraux *in situ*. Puisque le processus de passation des marchés se conclut bien avant le début effectif de l'extraction minière, les tentatives ultérieures de « renégociation » entraînent souvent des querelles acharnées entre les entreprises de l'industrie des ressources et les autorités de l'État d'accueil. C'est à ce stade que la clause de stabilisation entre en jeu pour empêcher l'État de prendre des mesures pour protéger ses intérêts.

6. C'est pour ces raisons que le rapport présenté par un groupe d'experts de la CEA a conclu qu'il était nécessaire que les négociateurs du gouvernement identifient clairement les questions critiques « dès le début ».³ Ce Dialogue politique sur les défis auxquels sont confrontés les États africains dans les négociations de contrats pétroliers et miniers, avec un accent sur les clauses de stabilisation, vise ainsi à contribuer à cet objectif en réunissant des experts et des négociateurs africains pour leur permettre de partager leur expertise et leur expérience au profit du continent.

II. Bienfondé de ce dialogue politique

7. Les résultats précédents montrent qu'en Afrique, les négociations de contrats pétroliers et miniers se limitent essentiellement à des experts techniques (par ex. géologues et ingénieurs) ou à des petits groupes de négociateurs qui ne sont pas suffisamment qualifiés pour représenter les parties à la négociation et qui sont désignés sur la base de considérations purement politiques et partisans. Cela a débouché sur une série de contrats de longue durée et unilatéraux, effectivement imposés à l'Afrique, qui ont consolidé davantage la position du continent en tant que fournisseur de matières premières, ne favorisant guère de valeur ajoutée nationale ou toute autre forme d'intégration avec le reste de

² Union africaine, Vision africaine des mines, février 2009, p. 17.

³ CEA/UA, « Les ressources minérales et le développement de l'Afrique – Rapport du Groupe d'études international sur les régimes miniers de l'Afrique », Addis-Abeba, 2012, pp.150-151.

l'économie nationale du pays producteur. En effet, les preuves empiriques dont nous disposons démontrent amplement que le secteur des ressources naturelles en général, et les industries minières et extractives en particulier, sont les principaux contributeurs des flux financiers illicites (FFI) hors de l'Afrique, ce qui a amené le Groupe de haut niveau sur les flux financiers illicites en provenance d'Afrique à conclure que « le secteur extractif est une source principale de FFI en Afrique. »⁴ Il est déconcertant de noter qu'une vaste majorité de ce transfert illicite des industries extractives du continent prend la forme de « falsification des prix de transfert, de clauses secrètes de contrats, de contrats mal négociés, d'incitations fiscales trop généreuses et de sous-facturation [pratiques]. »⁵

8. La capacité de définir la politique et le cadre réglementaire appropriés pour les ressources naturelles, de négocier des contrats complexes avec des multinationales étrangères, et de surveiller et faire respecter les exigences légales et contractuelles par ces sociétés multinationales, sont donc des conditions préalables essentielles aux efforts de l'Afrique de mettre ses ressources naturelles au profit de ses citoyens. C'est pourquoi le renforcement des capacités – la capacité de déterminer et de quantifier le volume de ses ressources, d'élaborer et d'institutionnaliser des cadres politiques et réglementaires crédibles, transparents et efficaces sur le plan opérationnel, de négocier des contrats techniquement complexes avec des sociétés étrangères sophistiquées disposant de ressources considérables et d'une grande expérience, et de surveiller et faire respecter les engagements et les exigences juridiques et contractuels sous-jacents – doit être la priorité de l'Afrique dans ce domaine.

9. Une équipe de négociation nationale, composée d'experts qui possèdent les compétences appropriées et travaillent dans un environnement politique et un cadre réglementaire adéquats, représentera probablement mieux l'intérêt national, veillera à ce que les ressources naturelles d'un pays servent ses citoyens plutôt que des intérêts étrangers, et maximisera les possibilités que ces ressources naturelles épuisables soient utilisées pour réaliser le développement national à grande échelle, inclusif et durable. Voilà pourquoi les compétences de nos négociateurs de contrats sont indispensables pour permettre à l'Afrique de concrétiser sa stratégie d'industrialisation et de développement basée sur les ressources. Ce dialogue constitue une étape importante dans cette direction.

10. L'objectif poursuivi par le Dialogue est de situer les divers problèmes et obstacles critiques que rencontrent les États membres, qui vont du manque de négociateurs entraînés et expérimentés aux faiblesses institutionnelles, en

⁴ UNECA, *Illicit Financial Flow, Track it, Stop It, Get It! Report of the High Level Panel on Illicit Financial Flows from Africa* (Addis Ababa, January 2015), p. 82; see also pp. 31, 56, 58 and 60.

⁵ See Id. p. 67.

passant par le détournement de pouvoir au profit d'intérêts personnels ; et de tenter de faciliter l'échange d'idées et la recherche de solutions en engageant un dialogue ouvert, mais éclairé, avec et entre les négociateurs nationaux et les facilitateurs invités.

11. Ce Dialogue a également pour objectif de permettre au forum d'examiner les défis uniques et multidimensionnels que présentent, par nature, les contrats liés aux ressources naturelles et leurs conséquences pour les différentes parties concernées – notamment les communautés locales, les défenseurs de l'environnement, les femmes, les enfants et les jeunes, etc. Dans quelle mesure ces parties sont-elles représentées à la table des négociations, ont-elles reçu la formation et l'appui nécessaires pour exercer de nouvelles activités lucratives tout au long de la chaîne de valeurs des ressources naturelles, la réparation des dommages résultant des contrats d'exploration et d'exploitation des ressources naturelles est-elle conçue comme étant la compensation d'une perte de moyens de subsistance, etc. Autant de questions clés qui doivent constituer la toile de fond du Dialogue.⁶

12. Il est également crucial de s'engager dans des négociations minières avec les yeux grands ouverts sur le paysage et les initiatives mondiales concernant les ressources naturelles de l'Afrique. Si, pendant l'époque coloniale, la cession, la conquête et l'occupation ont permis à des États puissants de faire main basse sur les ressources naturelles de l'Afrique, ce sont les contrats qui, depuis l'indépendance, représentent le mode d'acquisition de choix, et ils se sont avérés tout aussi efficaces dans leur mission d'assurer la mainmise des intérêts étrangers sur les ressources naturelles du continent et de les maintenir aux services de ces intérêts. La clause de stabilisation des contrats constitue l'outil le plus efficace de cet arsenal contractuel. L'Afrique n'a jamais hésité à prendre des initiatives politiques pour redresser cette injustice, affirmer son contrôle sur ses propres ressources et déterminer librement les modalités de son engagement. Non seulement l'Afrique a joué un rôle central dans les efforts qui ont abouti à l'adoption en 1962 de la Résolution 1803 de l'Assemblée générale des Nations Unies relative à la souveraineté permanente sur les ressources naturelles et au Nouvel ordre économique international dans les années 70, mais elle a aussi persévéré dans sa quête d'un monde juste, comme le montre, par exemple, sa récente décision de lancer la Vision Minière Africaine et de la traduire en plans d'action régionaux et nationaux détaillés, par exemple en « visions minières nationales ».

⁶ Pour une analyse des questions relatives à la participation des femmes aux activités minières, voir ONU Femmes et Publish What You Pay, *Extracting Equality: A Guide* (2014), <http://www.unwomen.org/~media/headquarters/attachments/sections/library/publications/2014/extracting%20equality%20-%20a%20guide-final-30%20october.pdf>.

13. Or, la persévérance n'est pas l'apanage de l'Afrique ; il en va de même pour d'autres. Si le rêve de souveraineté permanente sur les ressources naturelles des années 60 et l'essor du marché des matières premières ont dû faire place à la crise de la dette, à la libéralisation et à la privatisation des années 80 et 90, les initiatives actuelles font aussi face à des menaces provenant des mêmes vieux coins du monde. Au moment où l'Afrique s'emploie activement à développer ses capacités institutionnelles dans le secteur des ressources naturelles – au moyen d'outils comme la Facilité africaine de soutien juridique (FASJ) et le Centre africain de développement minier – les charognards des ressources naturelles tournoient de nouveau dans le ciel africain – souvent déguisés en initiatives apparemment caritatives pour « aider l'Afrique à mieux négocier » les contrats avec les sociétés multinationales. Le fait que ces initiatives « charitables » proviennent des mêmes pays que les sociétés multinationales avec lesquelles les Africains doivent négocier ne semble pas être une préoccupation. On n'obtiendra les résultats escomptés du présent Dialogue que si on appréhende la dynamique complexe de la conjoncture politique et économique mondiale dans laquelle auront probablement lieu, aujourd'hui comme dans un proche avenir, les négociations sur les ressources naturelles de l'Afrique.

14. Pour relever ces défis, la CEA a établi des relations de travail étroites avec la Commission de l'Union africaine, les commissions économiques régionales et les États membres. Le présent Dialogue, en particulier, résulte de la conjugaison d'efforts complémentaires de trois entités de la CEA, à savoir :

a) le Centre africain de développement minier, qui apporte un appui stratégique opérationnel à la Vision Minière Africaine et à son plan d'action ;

b) l'Institut africain de développement économique et de la planification (IDEP), institution chevronnée créée en 1962 pour aider les pays africains à renforcer leur capital humain, indispensable pour appuyer le processus d'indépendance et promouvoir le développement socioéconomique ; et

c) la Division du renforcement des capacités (CDD), qui fait office de centre de développement des capacités de la CEA chargé de la diffusion du savoir.⁷

III. Objectifs spécifiques de la rencontre internationale

15. En organisant ce « Dialogue », la Division du renforcement des capacités et ses partenaires visent les objectifs suivants :

⁷ Voir CEA, Stratégie de développement des capacités, accessible à l'adresse suivante: <http://repository.uneca.org/pdfpreview/bitstream/handle/10855/22853/b11525435.pdf?sequence=1>.

- a) Aider les participants à évaluer le changement du contexte politico-économique et réglementaire mondial dans lequel l’Afrique négocie les contrats relatifs aux ressources naturelles ;
- b) Repérer et analyser les difficultés liées à la négociation de contrats de ressources naturelles en général, et plus particulièrement en Afrique ;
- c) Comprendre le rôle nuisible des clauses de stabilisation des contrats et les mesures qui peuvent être prises pour permettre à l’Afrique de s’en extirper ;
- d) Servir de cadre d’échange de vues et d’expériences entre experts et responsables nationaux chargés de négocier des contrats de ressources naturelles ;
- e) Engager un dialogue avec les spécialistes pour élaborer, à partir des expériences nationales, des pratiques, des directives et des stratégies optimales ; et
- f) Aider à consolider le réseau continental d’experts et de praticiens dans les négociations de contrats de ressources naturelles, mis en place lors du premier dialogue organisé en 2015 en vue d’encourager et de faciliter l’adoption de stratégies et de directives de négociation globales, et de codes de pratiques conçus pour permettre aux États membres et à leurs citoyens de tirer le maximum de bénéfices de leurs négociations avec les sociétés multinationales.

IV. Résultats spécifiques escomptés de cette rencontre internationale

- 16. Un document de réflexion préparé par un expert sur les clauses de stabilisation inscrites dans les contrats de ressources naturelles ;
- 17. Consolider le cadre continental favorisant le partage d’expériences sous forme d’un « Réseau d’experts et de praticiens africains spécialisés dans la négociation de contrats miniers et pétroliers » créé lors du premier Dialogue organisé à ce sujet en Mai 2015 ;
- 18. Savoir mieux harmoniser l’ensemble des instruments juridiques et réglementaires existant en Afrique avec la Vision Minière Africaine ;
- 19. Créer, par le truchement de ce réseau et dans les plus brefs délais possibles, un outil pratique permettant d’établir des règles de base claires à respecter dans la négociation des contrats. Ces règles prendraient, par exemple, la forme d’un guide, d’un manuel ou d’un recueil à l’usage des négociateurs africains des contrats pétroliers et miniers ;

20. Enfin, élaborer progressivement, dans le cadre du même réseau, des « contrats- types » que pourraient utiliser les États africains pour négocier des contrats miniers et pétroliers, suivant une dynamique de rapports équilibrés débouchant sur des partenariats gagnant-gagnant et prenant en compte à la fois les règles juridiques internationales et les conditions spécifiques établies par la Vision Minière Africaine.

Personne à contacter :

Prof. Martin NDEDE

Conseiller Régional (Juridique) hors-classe
Groupe de travail sur les Contrats économiques
& Négociations contractuelles sur les Ressources naturelles
et les Industries extractives
Nations-Unies – Commission Economique pour l’Afrique, CEA
Division du Renforcement des Capacités, DRC
Boîte postale: 3001, Addis-Abéba, Ethiopie

Tél: +251-(0)11-544-5492 - Ext: 35492

Cell:+251-(0)946-699-850

E-mail: MNdende@uneca.org