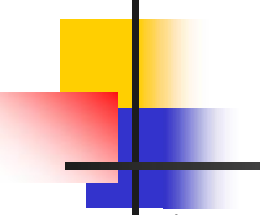


FORMATION DES MEMEBRES DU GMP ET DE LA SOCIETE CIVILE
**PROCESSUS DE PRODUCTION ET DE
NEGOCIATION DES CONTRATS**

Dakar 24 mars 2015

Adrien SOMDA/Consultant
Tel: 00226 70265346
Email: somrien@yahoo.fr

1
Idrissa BODIAN /Consultant
Tel: 00221776301634
Email: ibodian1951@yahoo.fr



Bien que le contenu des différents contrats puisse varier dans les détails, ils doivent tous trancher sur deux questions essentielles , la façon dont :

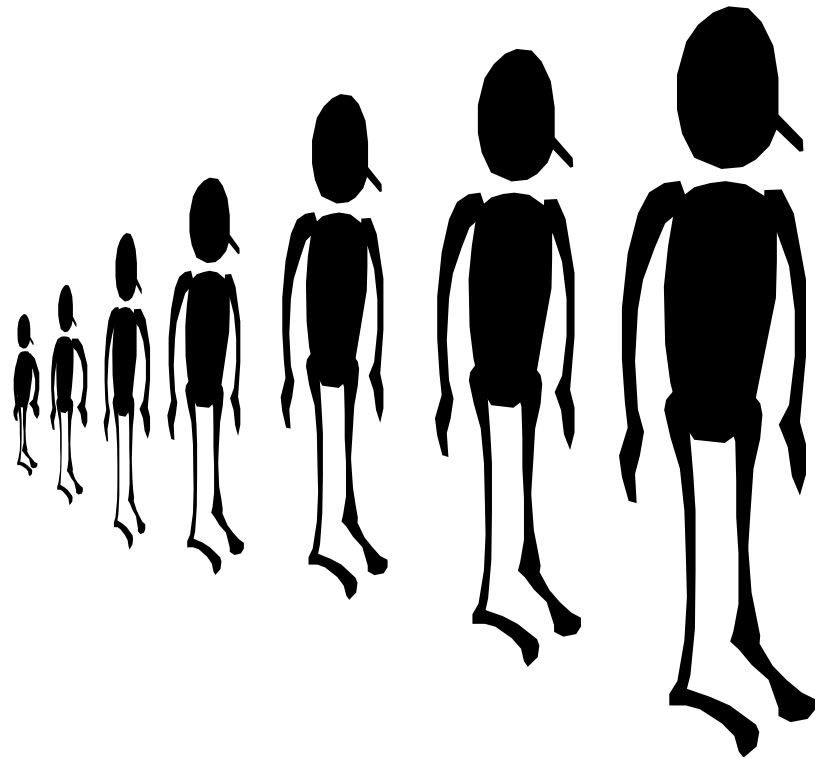
- les bénéfices (souvent appelés « rentes ») sont répartis entre le gouvernement et les compagnies participant, et;
- Les coûts sont traités.

ni la compagnie pétrolière ni le gouvernement hôte ne savent précisément au moment de la signature quels coûts seront engagés par l'exploration et l'exploitation d'un champ, si les futurs prix du pétrole et du gaz justifieront ces coûts, ou combien de pétrole ou de gaz seront trouvés dans un champ donné.

Les contrats pétroliers et miniers sont des actes juridiques très importants, nécessitant une ingénierie légale, institutionnelle et intellectuelle solide de la part des Etats producteurs notamment.



Qui a intérêt?



27.03.2015



L'enjeu est d'identifier les performances des différentes étapes possibles en termes de transparence et d'optimalité.

PROCESSUS NORMAL....

1- CONCEPTION, REFLEXION...

- Les contrats doivent correspondre à une vision nécessairement préalablement définie.



2- NEGOCIATION, POURPARLERS....

- La négociation doit comporter une marge de flexibilité qui préserve les intérêts essentiels de l'Etat.



PROCESSUS NORMAL....

3- SIGNATURE:

La conclusion formelle des contrats doit être conforme aux règles de compétence et au contenu validé par les parties. (renvoie à la hiérarchie des normes)



4- VALIDATION:

Les systèmes de validation des contrats pétroliers et miniers sont très variables en Afrique. Il existe schématiquement la voie parlementaire, la voie présidentielle et l'autovalidation.



I- La conception des politiques contractuelles: le déterminisme international et géoéconomique

PERIODE	Caractéristique générale	Eléments de politique juridique	Facteurs géoéconomiques	Conséquences sur les contrats
1915-1945	Mouvement «préservationniste » de lutte contre le gaspillage, et de proration de la production.	Loi d'Oklahoma de 1915, qui régle	Découvertes de champs géants en 1927 en Oklahoma et au Texas qui font baisser les prix.	Système de « proration » qui limite quantitativement la production et ainsi Les quantités disponibles.
1945-1970	Mouvement « souverainiste »	Résolutions de l'Assemblée Générale des Nations Unies	Contexte de décolonisation et d'émergence de jeunes nations.	-Nationalisations dans les années 70 après le 1 ^{er} choc pétrolier; -Fragilisation du statut juridique des contrats
1980-2000	Internationalisation de la Rule of Law	Traités Multilatéraux et	Volonté des Etats-Unis d'étendre le	-Sanctification des droits des

27.03.2015

Les mécanismes de négociation



II- La méthode de choix: les adjudications publiques

L'adjudication publique dont les procédures sont clairement définies et pour laquelle on utilise des soumissions cachetées constitue la méthode de choix. Cette méthode est celle en vigueur au Royaume-Uni, en Nouvelle-Zélande, en Irlande, en Norvège et en Australie.

Cette méthode permet à la fois d'établir l'objectivité du processus de sélection, et d'optimiser l'intérêt de l'Etat au regard des soumissions faites par les différents opérateurs.

II - Une méthode opaque: les accords négociés ou de gré à gré

Exécuté par

Les accords négociés se caractérisent par l'absence de soumissions cachetées et de délais fermes, et par le pouvoir discrétionnaire considérable exercé par le représentant de l'État (par exemple, le Ministère de l'énergie ou la CPN).

La divulgation des soumissions retenues n'est pas non plus nécessairement obligatoire. Certaines des conditions sont fixées, mais la plupart restent en général négociables.

Les compagnies présentent leurs projets à l'instance gouvernementale qui porte, terme, son choix sur celles dont les propositions sont les plus concurrentielles. Cette méthode peut s'avérer passablement efficace, mais elle présente un risque accru de corruption.

II - Une méthode opaque: les accords négociés ou de gré à gré

Exécuté par

S'agissant de la divulgation, l'idéal serait de prévoir à tout le moins la publication a posteriori des contrats octroyés et des conditions d'attribution.

L'Égypte présente un exemple utile de bonne pratique à cet égard : tous les contrats sont portés à la connaissance du public, que l'attribution des permis fasse l'objet d'accords négociés ou d'un processus d'adjudication.



II - LA NEGOCIATION DES CONTRATS: phase cruciale de préservation des intérêts des parties

A- Les intérêts patrimoniaux à préserver:

1- Les centres d'intérêts:

- La rémunération de l'Etat (Impôts, taxes, redevances, droits fixes, part dans la production);
- La participation de l'Etat (pourcentage de l'Etat dans l'association, notamment dans les cas de partage de production).
- La flexibilité de la rémunération en fonction des facteurs de production ou de rentabilité.



II - LA NEGOCIATION DES CONTRATS: phase cruciale de préservation des intérêts des parties

2- Les éléments constitutifs de l'équilibre des intérêts patrimoniaux:

- Les éléments d'ordre géologique (niveau de réserve, qualité des produits)
- Les éléments d'ordre économiques (estimations des coûts de production, des prix de ventes, de la rentabilité, de taxation, d'inflation).
- Les éléments globaux de rémunération de l'Etat (niveau de participation, contenu local, facteurs propagandistes, ...).



VIGILANCES A EXERCER SUR LE VOLET PATRIMONIAL DES CONTRATS

- Les négociateurs doivent s'assurer de la pertinence des paramètres économiques et géologiques présentés par l'entreprise étrangère, en général plus apte techniquement à maîtriser ces facteurs.
- Les négociateurs doivent être capables de soutenir les termes patrimoniaux au regard des clés géologiques et économiques du champ pétrolier ou minier en cause.
- Une similarité de termes fiscaux sur des champs aux potentiels différents, ou aux coûts de production nécessairement différents, est d'emblée une source de préjudice certain pour l'Etat.



B- Les intérêts extrapatrimoniaux à préserver

- 1- Essentiellement les clauses relatives au pilotage du contrat:
 - La clause d'arbitrage: quelle instance d'arbitrage choisir, et pourquoi? Dans quelles conditions l'instance peut –elle être saisie, et pour quel type de litiges?
 - La clause de stabilisation: quel type de stabilisation arrêter? Pour quel impôt? Dans quelles conditions les parties peuvent-elles modifier les termes contractuels importants, malgré cette clause?



VIGILANCES A EXERCER SUR LE VOLET EXTRAPATRIMONIAL DES CONTRATS

- Les enjeux de l'arbitrage en général (type de juges, bases de leurs raisonnements, force de leurs décisions, etc...) doivent préalablement être maîtrisés, et adaptés à l'évolution de la justice arbitrale relative aux investissements privés étrangers.
- Les mécanismes de stabilisation des termes contractuels sont divers et variés, et de portée différente. Ils doivent être également maîtrisés par les Etats.



CONCLUSION SUR LA NEGOCIATION

- Au regard des litiges récurrents opposant les Etats africains aux investisseurs privés étrangers, il apparaît que le background technique et juridique nécessaire à la préservation de leurs intérêts patrimoniaux et extrapatrimoniaux n'est pas du tout un acquis, loin s'en faut.
- L'appréciation de la pertinence d'une clause relative à ces question doit toujours être fondée par des paramètres connus, vérifiés et vérifiables. Il faut un éclairage permanent et évolutif sur



III - LA SIGNATURE DES ACCORDS PETROLIERS ET MINIERS:

A- Nature et simplicité de la procédure:

- La procédure formelle de signature des accords pétroliers et miniers ne pose pas de problème particulier en général.
- Il s'agit d'une « formalité qui constate l'accord intervenu au terme de la négociation sur le texte d'un traité ».
- Matériellement, il s'agit d'un paraphe manuscrit, qui constitue une condition de validité d'un acte juridique en identifiant celui qui l'appose, en manifestant son consentement aux obligations qui en découlent et en conférant l'authenticité à l'acte quand elle est apposée



III - LA SIGNATURE DES ACCORDS PETROLIERS ET MINIERS:

- B- La question juridique principale liées à la signature des contrats pétroliers et miniers:
- Il s'agit de s'assurer que la ou les personnes signant ces contrats le font pour le compte de l'Etat!
- Or il y a parfois équivoque lorsque c'est la société nationale – toute seule - qui signe le contrat avec l'investisseur privé étranger.

VIGILANCES A EXERCER SUR LE VOLET FORMEL DE LA SIGNATURE

- Vérifier au préalable si la législation pétrolière n'a pas précisé les organes ou personnes habilités à engager formellement l'Etat.
- En l'absence d'une telle habilitation légale, il faudrait, pour engager l'Etat, que la société dont le capital doit être détenu à 100% par l'Etat, agisse conformément à ses statuts, et dans le respect des règles propres à l'ordre juridique de base du contrat, en l'occurrence l'ordre juridique interne de l'Etat.

IV- LA VALIDATION DES CONTRATS

■ A- LA VALIDATION PARLEMENTAIRE:

MECANISME	AVANTAGES	INCONVÉNIENTS	EXEMPLES
Transmission du contrat signé au Parlement pour approbation.	<ul style="list-style-type: none">-Consécration de la souveraineté des peuples et de leur implication de principe.- Transparence entre institutions au moins (Exécutif et parlement) et potentiellement pour la société civile aussi.	<ul style="list-style-type: none">-Le temps de validation est soumis au calendrier des sessions parlementaires, et source d'incertitude pour l'investisseur.-- La technicité minimale nécessaire à l'approbation de certains termes risque de faire défaut.	<ul style="list-style-type: none">- Azerbaïdjan, Egypte

IV- LA VALIDATION DES CONTRATS

MECANISME	AVANTAGES	i INCONVÉNIENTS	EXEMPLES
<p>Transmission du contrat signé à la Présidence de la République pour approbation par décret.</p> <p>27.03.2015</p>	<p>-Célérité plus garantie, le décret pouvant intervenir à tout moment de l'année;</p> <p>- Risque de correction ou contestation presque nul, le démembrement chargé des négociation étant en général inféodé à l'Exécutif.</p>	<p>-Déficit de transparence plus accru.</p> <p>- Prépondérance de l'Exécutif qui ne favorise pas l'équilibre des pouvoirs;</p> <p>-</p>	<p>- Yemem, Congo</p>



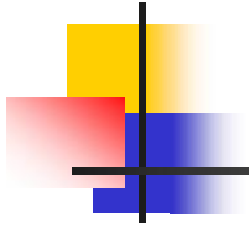
VIGILANCES A EXERCER SUR LA PROCEDURE DE VALIDATION

- La règle est claire: moins il y a d'institutions et de personnes susceptibles d'apporter leur jugement sur les contenus des contrats, plus le risque de corruption et de fragilité des intérêts de l'Etat sont grands.
- Mais il faudrait dire qu'il n'y a pas de règle parfaite, certains contrats ayant également fait l'objet de procédure parlementaire ont quand même été jugés peu transparents.
- Quel rôle doivent jouer les membres du GMP? Les OSC dans le respect des règles de la République.



CONCLUSIONS PROVISOIRES SUR LES PROCESSUS DE FORMATION DES CONTRATS

- 1- Les réflexions, mécanismes et dynamiques de transparence sont généralement portés vers la gestion des revenus issus des industries extractives, et à raison.
- 2- Toutefois, une vigilance doit aussi être portée vers les processus de contractualisation des rapports entre entreprises privées et Etats, moins pour éviter la corruption des agents en charge de ces questions (certes aussi importante), que pour assurer la préservation des intérêts des Etats, et partant de leurs populations.
- Rappel des principes de transparence ITIE sur les contrats



Fin de l'Exposé

Je vous remercie pour votre attention.

27.03.2015