



NEGOCIATION, ET REDACTION DES CONTRATS D'INVESTISSEMENT¹

-O-

INTRODUCTION

Les contrats d'investissement ont connu un regain d'intérêt au cours des dernières années passées surtout en Afrique.

Ce regain est dû au fait que le continent africain regorge de ressources naturelles alors que lesdites ressources sont de plus en plus convoitées dans le secteur industriel.

Les contrats d'investissement sont multiformes en ce qu'ils touchent beaucoup de secteurs. Ces secteurs concernent principalement les domaines ci-après :

- Ressources naturelles (hydrocarbures, mines)
- Energie (électrique et renouvelables)
- Télécommunications
- Infrastructures (routes, chemins de fer, aéroports)

La diversité des secteurs signifie que les contrats qu'ils portent ne peuvent pas être libellés avec le même contenu.

Il en est de même pour les acteurs qui sont impliqués dans ces contrats à savoir :

- Les parties (Etat d'accueil, Investisseurs)
- Les tiers (population, société civile, collectivité locale)

L'approche n'est pas la même, compte tenu de la divergence des intérêts.

¹ Communication présentée par Me Mouhamed KEBE, et Me Aboubacar Fall, Avocats - Séminaire de formation du CIFAF, Dakar, Décembre 2014

Toutefois, de manière générale, le contrat d'investissement joue le même rôle en ce que :

- (i) il constitue un instrument de gouvernance du projet en question
- (ii) il détermine la distribution des risques, des coûts et bénéfices du projet (c'est le cas, notamment dans les contrats de PPP / financement de projet)
- (iii) il définit l'équilibre qui doit exister entre les aspects économiques, sociaux et environnementaux destinés à garantir un développement durable (en effet, le contrat n'est pas isolé, mais s'intègre dans le cadre des politiques et stratégies de développement du pays d'accueil).

Il convient, enfin, de souligner que, compte tenu de la longue durée de son exécution, un contrat d'investissement bien conçu et bien négocié apportera une contribution significative à l'Etat d'accueil, en termes de revenus financiers et avantages immatériels (formation, contenu local etc..).

En revanche, un contrat mal conçu et mal négocié engendrera, pour l'Etat d'accueil, des conséquences négatives sur le long terme et ouvrira la voie à des litiges et au paiement éventuel d'indemnités et de frais de procédure.

Cette présentation aura pour objet, principalement, de prendre en compte les différentes questions qui se posent dans la négociation et la rédaction des contrats d'investissement.

Elle n'abordera pas la question sous l'œil de l'investisseur ou de l'Etat d'accueil, mais sous un angle beaucoup plus global qui englobera les différents intérêts en jeu ; elle s'efforcera, le cas échéant, de préconiser des solutions.

De façon générale, dans la quasi totalité des contrats d'investissement les parties doivent prendre en compte les questions ci-après :

1. DROIT APPLICABLE

La question du droit applicable au contrat est un point éminemment important que les parties doivent prendre en compte lors de la négociation des contrats d'investissement.

Cette importance est fondée sur deux principales raisons :

1°/ - la première est que c'est en fonction du droit applicable que le contrat sera interprété et exécuté

2°/ - En cas de différend, c'est à cette loi que les arbitres ou les tribunaux vont se référer pour trancher le litige.

De ce point de vue, il est extrêmement important aussi bien pour l'Etat d'accueil que pour l'investisseur de s'entendre sur la législation ou les législations qui s'appliqueront au contrat et prendre en compte, notamment, les points ci-après :

- Quelle est la place du contrat d'investissement dans l'ordonnement juridique du pays d'accueil ?

En d'autres termes, il s'agit de déterminer si le contrat d'investissement sera régi par le principe de la hiérarchie des normes du pays d'accueil et si oui, quelle sera sa place sur cet ordonnancement.

Dans certains contrats d'investissement, il est explicitement mentionné que le contrat aura une préséance sur les lois du pays d'accueil et qu'en cas de conflit entre les dispositions du contrat d'investissement et celle du pays d'accueil, c'est le contrat d'investissement qui prévaut.²

Il est même parfois arrivé que des pays d'accueil acceptent de donner à des contrats d'investissement, une préséance sur les dispositions constitutionnelles du pays d'accueil.³

- Au de la de la question de la place du contrat d'investissement dans l'ordonnement juridique, il est important de déterminer quelle est la relation entre le contrat d'investissement et le traité bilatéral d'investissement signé entre le pays d'accueil et le pays de la nationalité de l'investisseur.

Cette question est également importante puisque des dispositions contradictoires peuvent exister entre le contrat d'investissement et le traité bilatéral d'investissement signé entre l'Etat d'accueil et celui de l'investisseur ; ce qui posera un problème en cas de litige si l'une des parties veut se prévaloir

² Dans ce contrat d'investissement, il est mentionné que c'est la loi du Tchad qui gouverne le contrat (Art. 17). Mais cette disposition est annihilée par une autre qui dispose qu'en cas de conflit entre la loi du Tchad et les dispositions contractuelles, celles ci prévalent

³ Cela a été le cas au Libéria où le contrat d'investissement signé entre l'Etat du Libéria et la firme américaine Firestone mentionnait qu'en cas de conflit entre les dispositions légales y compris constitutionnelles du Libéria et les dispositions contractuelles, celles ci prévalent

du traité bilatéral d'investissement, alors que l'autre veut se prévaloir des dispositions du contrat d'investissement.

Dans une espèce récente soumise au CIRDI, l'investisseur s'est prévalu de TBI signé entre son Etat et l'Etat d'accueil qui prévoit que les différends seraient soumis au CIRDI alors que le contrat d'investissement signé entre l'investisseur et m'Etat d'accueil prévoyait une juridiction arbitrale autre que le CIRDI.

En tout état de cause, la loi applicable doit être clairement précisée dans le contrat, puisqu'à défaut de ce faire, les arbitres feront jouer les règles des conflits de lois pour déterminer le meilleur critère de rattachement du contrat à une loi ou à des usages (exemple de la *lex mercatoria*).

2. DUREE DU CONTRAT

L'une des principales caractéristiques des contrats d'investissement est la durée, souvent longue dans leur exécution.

Cette durée tourne au moins, autour de 30 ans en moyenne et peut parfois aller jusqu'à 50 ans.

Or, cette durée est un facteur d'aléas puisque beaucoup de changements peuvent intervenir, non seulement dans le secteur où l'activité est exercée, mais également dans l'environnement où l'activité est effectuée, sans compter les risques politiques qui affectent la stabilité institutionnelle de beaucoup d'Etats d'accueil qui, pour la plupart, sont des Etats en voie de développement.

D'où l'importance des clauses de stabilisation et de renégociation des dispositions du contrat

Il est donc extrêmement important, aussi bien pour l'investisseur que pour l'Etat qui accueille, de prendre en compte la durée et de prévoir des clauses qui permettent une possible renégociation de certaines dispositions du contrat pendant sa durée.

3. CLAUSES DE STABILISATION

L'objectif de l'insertion des clauses de stabilisation dans les contrats d'investissement est de « geler » pendant la durée du contrat les dispositions convenues, c'est-à-dire les lois applicables au contrat, les exemptions et autres avantages accordés à l'investisseur (généralement des avantages fiscaux,

exemptions douanières etc.). Il s'agit de mettre l'investisseur à l'abri de modifications unilatérales des conditions du contrat décidées par l'Etat d'accueil, voire de nationalisation pure et simple des biens investis. La jurisprudence internationale, bien que reconnaissant à l'Etat le droit souverain de modifier les conditions du contrat en cours d'exécution ou de procéder à une nationalisation, exige (i) que cette modification intervienne de manière concertée et (ii) que l'investisseur bénéficie d'une compensation juste et équitable pour la perte d'avantages acquis.⁴

En matière de contrats pétroliers, la jurisprudence internationale est bien établie et insiste sur la nécessité d'un accord entre les parties au contrat pour en modifier les conditions juridiques financières.

Il faut toutefois rappeler que ce principe comporte une exception importante : en effet, l'investisseur ne peut invoquer les dispositions de la clause de stabilisation lorsque l'Etat modifie les dispositions législatives ou réglementaires relatives

- (i) au droit du travail
- (ii) au droit de la santé publique
- (iii) au droit de la sécurité publique
- (iv) au droit de l'environnement
- (v) aux textes pris en exécution des obligations internationales que l'Etat a souscrites en matière de droits de l'homme.

4. QUESTIONS FISCALES

Dans la plupart des contrats d'investissement, la question fiscale est abordée avec beaucoup de précaution aussi bien par l'investisseur que par l'Etat d'accueil.

Généralement, les Etats d'accueil opposent des avantages fiscaux assez attractifs pour promouvoir l'investissement par exemple, au Sénégal, le Code des Investissements a mis en œuvre une multitude d'avantages fiscaux portant sur l'exonération de taxes fiscales et douanières.⁵

⁴ Voir la décision de la Cour Internationale de Justice relativement à l'affaire de la nationalisation des concessions de cuivre par le Chili sous Allende. Voir également, Ad hoc Tribunal, Award of 12 April 1977, LIAMCO v The Libyan Arab Republic, http://www.biicl.org/files/3939_1977_liamco_v_libya.pdf accessible via http://www.biicl.org/files/3939_1977_liamco_v_libya.pdf Sur les clauses de stabilisation, voir, Mouhamed KEBE, 'Les clauses de stabilisation dans les contrats d'Investissement', UIA, Mars 2014

⁵ Voir Articles 22 et suivants du Code des Investissements

Le Code Minier prévoit également des avantages fiscaux et douaniers au profit des investisseurs.⁶

Toutefois, il est souvent arrivé qu'en cours d'exécution du contrat, les aspects fiscaux des contrats changent.

Ce changement ne s'opère pas en vérité par une révision du contrat mais plutôt par une révision de la loi fiscale du pays d'accueil qui aura des effets sur les clauses fiscales du contrat.

Cela justifie que, comme indiqué plus haut, la plupart des contrats d'investissement comportent une clause de stabilisation qui, non seulement gèle les dispositions du contrat dans son ensemble, mais également et surtout, les dispositions du contrat portent sur les questions fiscales.

Cette partie est extrêmement importante dans les contrats d'investissement puisqu'elle est source de beaucoup de conflits aussi bien devant les juridictions étatiques que les juridictions arbitrales. En 2012, l'Etat du Sénégal, sans concertation avec les compagnies minières titulaires de contrats de concession assortis de clause de stabilisation fiscale, a décidé unilatéralement de modifier les dispositions fiscales desdits contrats et d'imposer aux compagnies une nouvelle charge fiscale qu'il a appelée contribution spéciale des mines et carrières (CSMC). Cette situation a entraîné des différends qui sont en voie de règlement.

Il a en effet été jugé, à travers plusieurs sentences que, lorsque l'Etat d'accueil révisé sa loi fiscale d'une manière qui affecte le contrat d'investissement, ce révisé était constitutive à une expropriation indirecte ou à une révision du contrat avec comme conséquence, l'indemnisation de l'investisseur.

5. L'ENVIRONNEMENT ET LES DROITS HUMAINS

La plupart des contrats d'investissement concernent des secteurs tels que les mines, les hydrocarbures ou des infrastructures dont l'exécution peut engendrer des pollutions et des dommages à l'environnement avec toutes les conséquences que cela implique, notamment pour les populations.

⁶ Voir Article 58 intitulée **Exonérations fiscales**

“Le titulaire de permis de recherche de substances minérales bénéficie pendant toute la durée de validité dudit permis de recherche et de ses renouvellements, dans le cadre de ses opérations de recherche, d'un régime d'exonération totale d'impôts, et de taxes de toute nature. “

La question ici, est de savoir dans quelle mesure l'Etat d'accueil a légiféré sur les questions liées à l'environnement et dans quelle mesure cette législation peut affecter le contrat d'investissement.

Dans certain pays, la législation portant sur l'environnement est assez souple, ce qui permet à l'Etat et à l'investisseur de pouvoir implanter des projets qui pourraient avoir un impact négatif sur l'environnement sans que cela ne soit une source de difficultés d'exécution pour le contrat, dès lors que l'étude environnementale et sociale aura conclu à des risques mineurs ou facilement gérables

Dans d'autres Etats, ce sont des questions très délicates qui impliquent aussi bien les collectivités locales que les populations autochtones ; ce qui rend extrêmement difficile la négociation et l'exécution des contrats si les mesures de protection de l'environnement ne sont pas prises, notamment pour atténuer les effets néfastes liés, par exemple, à l'exploitation d'une mine ou d'un champ pétrolier.

En tout état de cause, il est important, aussi bien pour l'Etat que pour l'investisseur, de prendre en considération la question environnementale et sociale et de prévoir, non seulement des clauses qui prennent en compte le respect de l'environnement, mais surtout, des clauses qui rendent possible la révision du contrat si des questions fondamentales de droit de l'environnement rendent nécessaire une telle révision.⁷

C'est qui a été jugé par la juridiction arbitrale de l'ALENA qui a affirmé que lorsque des questions importantes sur l'environnement et la santé publique des populations l'exigent, les lois qui sont prises en ce sens ne peuvent être remises en question par l'investisseur comme étant une expropriation indirecte.

La Commission Africaine des Droits de l'Homme a conclu dans le même sens dans l'affaire Purohit and Moore c/ l'Etat Gambien en affirmant que les Etats membres doivent, lorsqu'ils jouissent de leurs ressources naturelles, prendre les dispositions idoines pour s'assurer que le droit à la santé de leurs populations est entièrement respecté dans tous ses aspects sans aucune discrimination.⁸

Il est donc crucial, même si une clause de stabilisation est insérée dans le contrat d'investissement, de prévoir des dispositions qui permettent d'assouplir de telles clauses, lorsque cet assouplissement est rendu nécessaire par le respect du droit

⁷ Voir METHANEX CORPORATION c/ THE UNITED STATES OF AMERICA, 05 Août 2005, accessible via <http://www.iisd.org/investment/dispute/methanex.asp>

⁸ Communication 241/2000, Purohit and Moore v The Gambia (2003) AHRLR 96 (ACHPR 2003)

des dispositions relatives à l'environnement, à la santé publique et au développement durable.

6. FORCE MAJEURE

Dans plusieurs contrats d'investissement, la question de la force majeure est souvent âprement discutée entre l'Etat d'accueil et l'investisseur.

Cette question est importante dans la mesure où, en cas de force majeure, les obligations de l'une des parties ou des deux parties peuvent être suspendues voir même interrompues avec des conséquences assez complexes sur le devenir du contrat.

Il est donc extrêmement important lorsque les parties rédigent la clause relative à la force majeure, de prendre en compte toutes les situations que ladite force majeure peut entraîner et de voir dans quelle mesure cette force majeure affectera le contrat.

7. REGLEMENT DES DIFFERENDS

Comme toutes les autres conventions, l'exécution des contrats d'investissement peut connaître des difficultés qui obligeront les parties à soumettre leur différend soit à une juridiction étatique soit à l'arbitrage.

Que l'on se place du côté de l'Etat d'accueil comme de celui de l'investisseur, la méthode la plus appropriée pour le règlement des différends en matière d'investissement est l'arbitrage, en raison de la suspicion que chaque partie nourrit à l'égard des juridictions étatiques de l'autre.

Il s'y ajoute que les tribunaux étatiques surtout dans les pays en développement souffrent de plusieurs handicaps, dont notamment :

- l'Insuffisance de ressources humaines et logistiques
- l'Insuffisance dans la formation et l'expertise des dossiers d'investissement
- l'Ingérence régulière de l'Exécutif sur le Judiciaire
- la Corruption

Il est donc plus raisonnable et plus satisfaisant pour les parties de s'en remettre à l'arbitrage.

On pourrait penser que l'arbitrage approprié pour les différends relatifs aux investissements, est celui du CIRDI.

Il serait donc plus indiqué de suggérer, aussi bien à l'investisseur qu'aux Etats d'accueil, de mentionner dans les contrats, une clause d'arbitrage qui se réfère au CIRDI.

Il est de même crucial pour les investisseurs de vérifier au moment des négociations si l'Etat d'accueil est signataire de la Convention de New York de 1958⁹ qui requiert des Etats membres de reconnaître et de faire exécuter les sentences rendues dans un autre Etat membre.

Il est important de préciser que beaucoup d'Etats africains sont Etats-Parties de la Convention.

Toutefois, cette clause peut aussi bien viser d'autres instances arbitrales internationales (ICC, LCIA, SIAC ou régionale OHADA – CCJA - Dubai).

Il est également important lorsque les parties rédigent la clause arbitrale, d'éviter des rédactions qui pourraient poser problèmes au moment où le litige survient.

En effet, il arrive parfois que le contrat renvoie à la juridiction arbitrale qui est différente de celle mentionnée sur le traité bilatéral qui régit les rapports du pays d'accueil à l'Etat de l'investisseur.

Il est également arrivé parfois que les clauses d'arbitrage soient rédigées de telle sorte que l'"arbitrabilité" du litige lui-même se pose.

Il y a lieu de rédiger la clause de manière à ce que, en cas de litige, les parties n'aient pas de difficulté sur le droit applicable, la juridiction compétente et la procédure à suivre par le ou les arbitres.

8. IMMUNITES

Beaucoup de législations prévoient des dispositions allouant aux Etats et à leurs démembrements une immunité de juridiction ou/et d'exécution.

Bien entendu, ces dispositions ne peuvent en principe avoir préséance sur la Convention New York de 1958.

Il serait toutefois plus sur de prévoir sur les contrats une clause explicite de renonciation de l'Etat et de ses démembrements à toute immunité que leurs législations nationales pourraient leur reconnaître.

⁹ Voir Article III de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères ("Convention de New York") (New York, 1958)

CONCLUSION

La croissance continue en Afrique et les besoins en infrastructures qu'elle engendre, combinée aux ressources naturelles dont le continent regorge permettent de prédire que les contrats d'investissement ont un avenir certain dans le continent.

Il est donc crucial qu'aussi bien les Etats africains que les investisseurs étrangers comme locaux essaient de voir dans quelle mesure ils peuvent s'engager dans des projets mutuellement bénéfiques et que cet esprit se reflète dans la négociation et la rédaction des contrats.

Certes les préoccupations des investisseurs ne sont pas forcément celles des Etats et vice versa, mais au cours de ces dernières années, il a été reconnu que si les contrats d'investissement réussissent à équilibrer les deux intérêts, cela ne profitera pas seulement aux parties, il s'étendra aux acteurs que sont les populations.

Il est donc crucial pour les parties, si elles veulent que leurs conventions soient exécutées dans un contexte apaisé et serein, d'en tenir compte./.