

Raphaël Jakoba

«Des obstacles *dirimants* AUX INVESTISSEMENTS INTERNATIONAUX »



Raphaël Jakoba a surpris plus d'uns lors du débat organisé par le Grand cercle du CEDS vers le début du mois de novembre ; Manager Associé et Ancien Secrétaire Général du Centre d'Arbitrage et de Médiation de Madagascar (CAMM), il dirige le cabinet MCI. Lors de ce débat, il a ouvert des fenêtres de réflexion juridiques sur les relations entre l'Etat et les investisseurs dans les ressources non renouvelables. Il a son point de vue sur Madagascar Oil et les questions de redevances. Il a bien voulu nous apporter davantage d'informations sur le sujet de l'extractif.

• Pourquoi disiez-vous que Madagascar aurait pu attirer environ une dizaine de grands investisseurs et non seulement deux ou trois jusqu'à maintenant ? Notre Loi sur les Grands Investissements Miniers (LGIM) et notre code minier et notre code pétrolier ou les contrats que nous leur proposons sont-ils en cause ? Sont-ils peu attrayants ou trop imprécis et donc sujets à interprétation et donc peu crédibles ? Si oui, pouvez-vous donner quelques exemples ? Si non, comment expli-

quer la situation actuelle alors que nos lois et réglementations seraient donc incitatives, ou du moins n'y seraient pour rien ?

Sur le plan théorique, Madagascar dispose d'un arsenal juridique très attrayant pour les investisseurs. Cet arsenal est à la fois offensif et défensif.

- Offensif pour attirer les investisseurs notamment la loi sur les investissements étrangers (la loi n° 2007-036 du 14 Janvier 2008) qui donne un cadre général aux investissements internationaux implantés à Madagascar.

Outre cette loi générale, Madagascar dispose d'une législation spéciale qui est la Loi sur les Grands Investissements Miniers (LGIM). Par ailleurs, même si les codes minier et pétrolier sont actuellement en cours de toilettage, Madagascar a l'avantage de disposer de Code spécifique pour ces deux domaines.

- Défensif pour sécuriser les investisseurs dans leur activité. Il s'agit d'instruments qui permettent notamment le règlement de litiges entre l'investisseur et l'Etat hôte, en l'occu-

Suite à la page 13

rence Madagascar. A cet effet, Madagascar a signé un certain nombre d'accord de protection et de sécurisation des investissements (notamment avec la France, le Luxembourg, la République Mauricienne, l'Afrique du Sud, les Etats Unis, et l'Allemagne) qui donnent la possibilité aux investisseurs étrangers de porter les litiges devant les juridictions internationales.

En outre Madagascar est membre de l'Agence Multilatérale pour la Garantie des Investissements (MIGA), et de la Convention de Washington de 1965 donnant compétence au Tribunal arbitral du Centre International de Règlement des Différends sur les Investissements (CIRDI) en cas de litiges entre l'Etat et les investisseurs. Madagascar est aussi partie contractante à la Convention de New York de 1958 sur la reconnaissance des sentences arbitrales étrangères.

Cependant, entre la théorie et la pratique il existe un fossé ; un certain nombre de dysfonctionnements ont été constatés dans la pratique.

En effet, les conditions sine qua none d'une « bonne loi » sont qu'elle soit effective, et qu'elle soit corroborée par la pratique. Or, « quelles sont les lois sans les mœurs », disait Montesquieu ? On entend par mœurs la pratique des lois qui confère la confiance internationale des investisseurs. La confiance des investisseurs vis-à-vis d'un pays ne se décrète pas par une loi, elle se mérite et elle se capitalise sur la base des pratiques sur le plan institutionnel, politique et juridique.

Les exemples sont légion en matière de dysfonctionnements ! Par exemple, l'exploitation de bois de rose ; à ce jour la responsabilité pénale des trafiquants n'a jamais été établie. Si quelques lampistes ont été mis en cause, les vrais mafieux n'ont jamais été inquiétés. On peut également citer, à titre d'exemple, les détournements des deniers de l'Etat à haut niveau et ce, dans l'impunité totale (environ 30% du budget de l'Etat fait l'objet de malversations). Au niveau de la justice, les juridictions peuvent mettre plusieurs années pour régler un litige, voire même une décennie ! La question de l'indépendance de la justice est grave en raison de l'existence de la corruption ! ...

• Pourquoi les pays d'Afrique de l'Est, à l'exemple du Mozambique, du Kenya, de la Tanzanie, qui ne sont pas des pays de forte tradition minière ou pétrolière, arrivent-ils à attirer plus d'investisseurs minier/pétrolier ou autres par rapport à Madagascar ?

La réponse est simple : dans la majorité des cas ces pays bénéficient d'une relative stabilité politique ; en effet s'il est un fléau qui mine Madagascar, c'est l'instabilité politique. Il est incontestable qu'en un demi-siècle d'indépendance, c'est l'alternance démocratique qui est l'exception et l'alternance par le coup d'Etat, la règle. Ma réflexion va plus loin : les pays qui ont été anciennement colonisés par la France ont eu pour la plupart des problèmes d'instabilité institutionnelle (coups d'Etat, alternance non respectée etc...). L'exemple actuel est le Burkina Faso. On peut aussi citer la Côte d'Ivoire (300.000 morts lors d'une guerre civile). D'où l'interrogation que je me pose : pourquoi les anciennes colonies françaises souffrent de cette instabilité politique chronique alors que les anciennes colonies du Commonwealth (à l'exemple du Kenya et de la Tanzanie) le sont moins ? De mon point de vue, parce que les pays de tradition de Common Law ont davantage la culture de la primauté du droit, et donc le respect de l'Etat de droit.

les pays de tradition de Common Law ont davantage la culture de la primauté du droit, et donc le respect de l'Etat de droit.

Il existe une règle capitale en droit des investissements internationaux : les capitaux sont placés par les investisseurs dans des pays stables dans lesquels les conditions d'amortissement des investissements seront assurées.

Tant que Madagascar ne dispose pas d'une réelle culture démocratique (existence de la culture d'opposition, respect des échéances démocratiques etc...), que les pouvoirs économique et politique sont captés par les élites et que la mauvaise gouvernance persiste conduisant à une mauvaise répartition des richesses, le pays

pourra toujours connaître les crises cycliques et par voie de conséquence ne sera pas un pays de prédilection pour les investisseurs internationaux.

J'ajoute que depuis la Transition, Madagascar est entrée dans le concept de l'Etat fragile. Ce concept élaboré par la Banque Mondiale implique que l'Etat n'a plus la capacité d'assurer les fondamentaux d'un pays (économie, éducation, santé). Les autres critères sont l'incapacité à assurer la sécurité des personnes et des biens, l'incapacité à protéger les frontières, le non fonctionnement des institutions pour le cas malgache (l'absence du Sénat, les défaillances au niveau de l'Assemblée nationale). Ce sont des obstacles qui sont dirimants aux investissements internationaux.

• Comment voyez-vous le développement du bloc 3104 de Tsimiroro au vu des besoins énergétiques de Madagascar ou de l'offre en matière d'énergie ? Est-il prometteur pour l'indépendance énergétique du pays et pour l'industrialisation de Madagascar ? Quels sont les risques pour que Tsimiroro ne profite pas au pays ?

Personnellement, j'espère que les prévisions de Madagascar Oil SA concernant ce fameux bloc qui recèlerait de 1,7 milliards de barils de pétrole seront réalisables. J'ai cependant un certain nombre d'appréhension sur la capacité de Madagascar de gérer une telle manne financière. Mes craintes sont relatives au syndrome hollandais ou la maladie des ressources naturelles. Le syndrome hollandais ou « Deutsch disease » est l'ensemble des mécanismes par lesquels une forte dotation

en ressources naturelles conduit in fine à un impact négatif sur l'économie à long terme. Je pense qu'il est à craindre que Madagascar puisse entrer dans la spirale du syndrome hollandais dans la mesure où l'exploitation des ressources du pétrole pourrait se répercuter de manière significative sur l'économie du pays notamment par une trop forte corrélation entre le taux de change et l'exploitation des matières premières et une dépendance totale de l'économie nationale sur un produit de rente donnée comme le pétrole. Ce phénomène commence à transparaître avec Ambatovy SA et

Suite à la page 14

QMM, qui à elles seules assurent le taux de croissance malgache. L'exploitation du pétrole pourrait aggraver la situation !

Je suis pour ma part convaincu que la solution aux problèmes énergétiques réside dans la diversification des ressources énergétiques. Pourquoi ? Parce que le bloc 3104 est une perspective à long terme ; car même si Madagascar Oil serait déjà dans une phase de commercialité, il n'en demeure pas moins qu'on doit passer par la phase d'exploitation d'une durée de 25 ans, avant la phase de production proprement dite. Or, les besoins en produits pétroliers de Madagascar sont immédiats : 470.000 m³, de produits pétroliers par an, ce qui représente environ 400 Millions de dollar USD.

Dès lors, il faut absolument se tourner vers l'énergie de sources renouvelables. Je pense par exemple au développement de l'électrification rurale grâce à l'énergie renouvelable. Le constat est particulièrement grave : plus de 80% des ménages utilisent le charbon de bois, ce qui constitue à terme une menace pour les forêts malgaches.

Pourquoi ne pas mettre en place un programme ambitieux sous la forme de panneaux solaires et/ou éoliens pour arriver à terme à un seuil de 10% à 15% d'énergie renouvelable dans la production nationale d'énergie (actuellement le niveau est à 1%) ?

• Renégocier un contrat pétrolier ou minier est difficile et périlleux, pour quelles raisons ? Pouvez-vous donner un ou deux exemples ?

Renégocier les contrats pétroliers ou miniers relève du pouvoir souverain de l'Etat. Sur le principe, il s'agit d'un droit reconnu par la résolution 18.30 de l'Assemblée Générale des Nations Unies du 14 Décembre 1962 qui établit la souveraineté permanente, intégrale de chaque Etat sur ses ressources naturelles ; la résolution 32.81 des Nations Unies sur la Charte des Droits et Devoirs économique des Etats confirme ce principe.

Certes il est difficile de renégocier ces contrats qu'on appelle, « Contrats d'Etat » car en les acceptant, l'Etat

consent à neutraliser son pouvoir normatif. Par conséquent, en se neutralisant, l'Etat consent à inclure un certain nombre de clauses dans ces contrats d'Etat visant à garantir la sécurité juridique des investisseurs. Par exemple, les clauses de stabilisation qui visent notamment à gérer les risques politiques pouvant survenir durant la durée du contrat d'Etat d'une part, et à éviter tout abus de droit venant de l'Etat hôte d'autre part. On peut également citer les clauses d'intangibilité selon lesquelles les termes du contrat ne peuvent être modifiés que par la volonté commune des parties. Enfin, on peut citer l'exemple-type de la neutralisation de l'Etat dans son pouvoir juridictionnel : il s'agit des clauses compromissaires visant à soumettre tous litiges pouvant découler du contrat à un Tribunal arbitral qui mettra

le débat de fond sur la nécessité de renégocier ou non ces contrats miniers doit être posé.

les parties sur un même pied d'égalité.

En ce qui concerne Ambatovy SA et QMM, vouloir renégocier ces contrats à la suite d'un changement de régime peut envoyer des signaux inquiétants pour le marché des investissements. Cependant personnellement, je crois que le débat de fond sur la nécessité de renégocier ou non ces contrats miniers doit être posé. Il y a des arguments pour et des arguments contre. Ceux qui sont pour la renégociation font valoir que le poids de la contribution des redevances minières est insuffisante et que le montant des impôts versés par le secteur minier, environ 85 millions de dollars en 2011 selon le rapport EITI, peut être multiplié par deux, et ce à la lumière d'une analyse comparative avec d'autres pays.

A l'inverse, ceux qui sont contre la renégociation font valoir que, Madagascar ne disposant d'infrastructures, l'investisseur est obligé d'apporter les infrastructures. Dans ces conditions, lui faire payer trop de redevances serait injuste.

Pour éclaircir le débat, une approche comparative par rapport à cer-

tains pays africains s'impose. La question centrale est la suivante : Quelle est la situation de Madagascar vis-à-vis des autres pays africains en ce qui concerne les contributions financières des compagnies minières à l'économie ? Madagascar est-il en dessus ou en deçà des normes internationales ? La pratique africaine montre une certaine hétérogénéité en matière de redevance minière. Il y a les pays comme la Zambie et la République Démocratique du Congo qui n'appliquent aucune taxe au secteur minier. Dans ces pays les Etats ne perçoivent pas de taxes à condition que les promoteurs fassent des investissements bien identifiés. Cette approche a donné lieu à des controverses politiques notamment en République Démocratique du Congo sous le gouvernement de transition de 2002 à 2006 qui avait accordé trop d'avantages aux investisseurs.

De l'autre côté, il y a les pays comme le Botswana où la redevance minière est fixée à 10% et le Ghana où elle est de 12%.

Ce mouvement a été également constaté dans les pays comme le Libéria, le Gabon. En tout état de cause, le mouvement de révision des contrats s'est amorcé de par le monde entier et surtout en Afrique. Cette vague de renégociation des contrats a été constaté au Libéria en 2005 lorsque la Présidente Ellen Johnson Sirleaf a constaté les conditions d'extraction du fer par une compagnie étrangère qui fixait elle-même les prix du minerai. Le même mouvement de renégociation a été observé au Mali, au Ghana ou encore au Gabon.

Pourquoi Madagascar échapperait à ce mouvement de renégociation des contrats qui est une tendance internationale ? Personnellement, je pense qu'il faut renégocier ces contrats miniers ; en gros la renégociation ne doit pas seulement porter sur le plan fiscal mais doit apporter au pays détenteur des ressources naturelles, des avantages significatifs sur le plan de l'environnement, la santé, l'éducation, l'aide à la société civile. Autrement dit, la loi minière doit comporter des obligations claires et précises incombant aux investisseurs, notamment la responsabilité sociale de l'entreprise (Concept de la RSE) qui doit peser sur ces derniers.