

N° 277

SÉNAT

SESSION ORDINAIRE DE 2008-2009

Annexe au procès-verbal de la séance du 17 mars 2009

RAPPORT

FAIT

au nom de la commission des Affaires étrangères, de la défense et des forces armées (1)
sur le projet de loi, ADOPTÉ PAR L'ASSEMBLÉE NATIONALE, autorisant l'approbation de
l'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la
République du Kenya sur l'encouragement et la protection réciproques des
investissements,

Par Mme Gisèle GAUTIER,

Sénatrice

(1) *Cette commission est composée de : M. Josselin de Rohan, président ; MM. Jacques Blanc, Didier Boulaud, Jean-Louis Carrère, Jean-Pierre Chevènement, Robert del Picchia, Jean François-Poncet, Robert Hue, Joseph Kergeris, vice-présidents ; Mmes Monique Cerisier-ben Guiga, Joëlle Garriaud-Maylam, MM. André Trillard, André Vantomme, Mme Dominique Voynet, secrétaires ; MM. Jean-Paul Alduy, Jean-Etienne Antoinette, Robert Badinter, Jean-Michel Baylet, René Beaumont, Jacques Berthou, Jean Besson, Michel Billout, Didier Borotra, Michel Boutant, Christian Cambon, Marcel-Pierre Cléach, Raymond Couderc, Mme Michelle Demessine, M. André Dulait, Mme Josette Durrieu, MM. Jean Faure, Jean-Paul Fourmier, Mme Gisèle Gautier, M. Jacques Gautier, Mme Nathalie Goulet, MM. Jean-Noël Guérini, Michel Guerry, Hubert Haenel, Robert Laufoaulu, Simon Loueckhote, Philippe Madrelle, Pierre Mauroy, Rachel Mazuir, Jean-Luc Mélenchon, Louis Mermaz, Mme Lucette Michaux-Chevry, MM. Jean Milhau, Charles Pasqua, Xavier Pintat, Bernard Piras, Christian Poncelet, Yves Pozzo di Borgo, Jean-Pierre Raffarin, Daniel Reiner, Roger Romani, Mme Catherine Tasca.*

Voir le(s) numéro(s) :

Assemblée nationale (13^{ème} législ.) : 1136, 1411 et T.A. 232

Sénat : 190 et 278 (2008-2009)

SOMMAIRE

	<u>Pages</u>
INTRODUCTION	5
I. LE KENYA, LOCOMOTIVE ÉCONOMIQUE DE L'AFRIQUE DE L'EST	6
A. UNE SITUATION GÉOGRAPHIQUE FAVORABLE ET UNE FORTE INTÉGRATION DANS L'ESPACE RÉGIONAL	6
B. UNE RICHESSE FONDÉE SUR LES TROIS « T », TRANSFERTS, TOURISME ET THÉ	6
II. UNE GRAVE CRISE POLITIQUE LIÉE AU PARTAGE DU POUVOIR ET DES RICHESSES	7
A. LA CRISE NÉE DES ÉLECTIONS DE 2007	7
B. UNE PAUVRETÉ PERSISTANTE	8
1. <i>Un pays à faible revenu</i>	8
2. <i>L'aide française</i>	8
C. LA NÉCESSITÉ DE PROFONDES RÉFORMES	9
III. L'ACCORD DE PROTECTION DES INVESTISSEMENTS	10
A. UN CADRE AMÉLIORÉ POUR LES INVESTISSEMENTS ÉTRANGERS	10
1. <i>Une attractivité accrue pour les investissements étrangers</i>	10
2. <i>La place de la France</i>	10
3. <i>Une volonté de développement</i>	11
B. ... QUE L'ACCORD VISE À CONFORTER	11
1. <i>Un principe général de promotion des investissements</i>	11
2. <i>Les garanties offertes</i>	12
3. <i>Le règlement des différends</i>	13
CONCLUSION	15
EXAMEN EN COMMISSION	16
PROJET DE LOI	17
ETUDE D'IMPACT	18

Mesdames, Messieurs,

Le Sénat est saisi d'un projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale le 29 janvier 2009, autorisant l'approbation de l'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République du Kenya sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements, signé à Nairobi, le 4 décembre 2007.

Cet accord s'inscrit dans une série d'accords bilatéraux similaires récemment négociés avec des États africains et qui visent à offrir un cadre protecteur aux investissements.

Il s'inscrit également dans un mouvement engagé avec succès par le Kenya, réputé jusqu'à une période récente peu propice aux investissements étrangers, pour simplifier les démarches des investisseurs et favoriser leur implantation dans le pays.

Ce mouvement de réformes économiques devra vraisemblablement s'accroître pour apporter une réponse durable aux causes profondes des événements violents qui ont affecté le pays au début de l'année 2008.

I. LE KENYA, LOCOMOTIVE ÉCONOMIQUE DE L'AFRIQUE DE L'EST

A. UNE SITUATION GÉOGRAPHIQUE FAVORABLE ET UNE FORTE INTÉGRATION DANS L'ESPACE RÉGIONAL

Le Kenya est le point d'entrée économique et énergétique pour l'ensemble de l'Afrique de l'Est et sa stabilité dans un environnement régional difficile est tout à fait déterminante.

Frontalier de la Tanzanie, de l'Ouganda, du Soudan, de l'Éthiopie et de la Somalie, le Kenya a une situation géographique favorable au tourisme et à l'agriculture.

En matière commerciale, le pays est fortement intégré à l'échelon régional au sein de la Communauté d'Afrique de l'Est, qui absorbe 20 % de ses exportations et de la COMESA, le marché commun d'Afrique orientale et australe qui en absorbe plus de 40 %.

Les flux commerciaux du Kenya ont doublé entre 2000 et 2006 pour atteindre 10 milliards de dollars. Son premier client est l'Ouganda suivi du Royaume-Uni, des États-Unis et de la Tanzanie. Ses principaux fournisseurs sont les Émirats arabes unis, les États-Unis, l'Inde et la Chine, ce qui témoigne notamment de sa forte dépendance énergétique.

B. UNE RICHESSE FONDÉE SUR LES TROIS « T », TRANSFERTS, TOURISME ET THÉ

Le Kenya tire ses revenus des transferts de migrants (5 % du PIB et plus d'un milliard de dollars par an) dont il est la seconde destination en Afrique après le Nigeria, de la production de thé, du tourisme et de l'horticulture (un quart des fleurs vendues dans le monde proviennent du Kenya).

La contribution des différents secteurs à la richesse nationale est de 24 % pour l'agriculture, 17 % pour l'industrie et 55 % pour les services.

En 2007, l'économie kenyane a affiché un bilan très positif : croissance de 7%, inflation inférieure à 10 %, finances publiques saines (déficit de moins de 3 % du PIB), bonnes réserves de change, système financier solide. L'endettement est soutenable et permet un accès aux financements internationaux.

L'aide internationale ne représente que 1 % de la richesse nationale.

En 2008 malgré l'ampleur de la crise politique et ses conséquences sur l'économie, la croissance a dépassé les 5 %.

Le pays dispose donc d'un véritable potentiel de développement dont les fragilités, liées aux inégalités dans l'accès au pouvoir et aux richesses, ont été mises en évidence par la crise du début de l'année 2008.

II. UNE GRAVE CRISE POLITIQUE LIÉE AU PARTAGE DU POUVOIR ET DES RICHESSES

A. LA CRISE NÉE DES ÉLECTIONS DE 2007

En dépit de l'instauration du multipartisme en 1991, la démocratie kenyane n'a pas connu d'alternance immédiate, le président Arap Moi élu en 1992 et en 1997, s'étant maintenu au pouvoir jusqu'en 2002 du fait des divisions de l'opposition.

L'arrivée au pouvoir de Mwai Kibaki, en décembre 2002 a représenté la première alternance et une rupture avec 40 ans de pouvoir du parti Kanu.

Les élections générales de décembre 2007, dont les résultats contestés donnaient vainqueur le président sortant Mwai Kibaki, ont donné lieu à deux mois de violence généralisée à l'échelle du pays. Plus de 1 500 personnes sont mortes et 600 000 ont été déplacées dans des violences à caractère ethnique.

L'ancien secrétaire général des Nations-unies, M. Kofi Annan a été mandaté par l'Union africaine afin de proposer une médiation.

En février 2008, le président Mwai Kibaki et le chef du Mouvement démocratique orange, Raila Odinga, ont signé un accord de partage du pouvoir. La formation d'un cabinet de coalition, en avril 2008, a fait diminuer le niveau de violence.

L'ODM, parti de M. Odinga, conserve une courte majorité au parlement.

Mais les ressorts profonds de la crise ne sont pas seulement institutionnels.

La lutte contre la corruption, contre les inégalités ont été au cœur des revendications des partisans de Raila Odinga.

Ces inégalités alimentent les tensions entre certaines ethnies. Dans un pays qui compte 42 ethnies, les bantous, dont font partie les Kikuyus représentent le groupe le plus important. Le facteur ethnique est très présent dans la vie politique et économique kenyane et l'ethnie kikuyue, qui a marqué l'histoire de l'émancipation du Kenya et réputée pour son esprit d'entreprise est perçue comme prédominante. Ses membres se sont implantés dans des régions du pays où l'ethnie n'était traditionnellement pas majoritaire comme dans la vallée du Rift, à l'ouest du pays, qui a été l'un des principaux théâtres des affrontements.

Les ressorts profonds de la crise sont le partage du pouvoir, la répartition des terres et des richesses et les inégalités sociales et économiques dans un pays qui reste affecté par une grande pauvreté.

B. UNE PAUVRETÉ PERSISTANTE

1. Un pays à faible revenu

Le Kenya compte 38 millions d'habitants, avec une croissance démographique de 2,7 % et une espérance de vie de 56 ans.

Avec un PIB par habitant de 1500 dollars par an, classé au 152^{ème} rang sur 177 pour l'indice de développement humain, le Kenya reste un pays pauvre même s'il est le seul de la région qui ne figure ni au nombre des pays les moins avancés, ni parmi les pays très endettés, ce qui lui donne notamment accès aux prêts.

Plus de la moitié de la population vit avec moins de 1 dollar par jour, dans un contexte de très fortes inégalités de revenus. Sur la côte et dans le Nord-est du pays, ce pourcentage passe à 70 %. La corruption, phénomène très présent, bien que combattue avec détermination par les autorités, reste durement ressentie par la population.

2. L'aide française

L'aide publique française brute s'élève en 2007 à 76 millions de dollars (soit 5% d'une APD totale de 1535 millions de dollars) cette aide se répartit en 29,9 millions de dollars (2,8 %) de dons et 46,6 millions de dollars de prêts (9.3 %). Elle est en nette progression.

La France occupe ainsi la 5ème place parmi les bailleurs internationaux après les agences des Nations-Unies, les Etats-Unis, le Royaume Uni et le Japon et avant l'Allemagne et la Suède.

Concernant les dons, la France se situe à la 8ème place après les Etats-Unis, les Nations-Unies, le Royaume-Uni, le Japon, l'Allemagne, le Danemark et la Suède.

L'Agence française de développement (AFD) s'est implantée en 1997 et la France se situait en 2005 au quatrième rang des bailleurs bilatéraux.

Le document cadre de partenariat, signé en septembre 2006, définit trois secteurs prioritaires : l'eau et l'assainissement, les infrastructures et l'environnement. Il prévoit une enveloppe de 65 millions d'euros par an, composée à 90 % sous forme de prêts bonifiés de l'AFD.

La France intervient également dans les domaines de l'appui à la micro-finance et à la réforme des finances publiques et l'amélioration des

systèmes de santé, l'appui au renforcement de la gouvernance, la coopération scientifique, l'appui au développement culturel, audiovisuel et à la francophonie.

La francophonie, peu développée chez les 40-60 ans est plus dynamique chez les étudiants et les jeunes cadres, pour des raisons économiques.

Le Kenya abrite le siège de plusieurs agences des Nations unies et est très impliqué dans les opérations de maintien de la paix

C. LA NÉCESSITÉ DE PROFONDES RÉFORMES

La crise politique intervenue après les élections au début de l'année 2008 a interrompu le rythme de croissance du pays qui atteignait 7% en 2007. Les secteurs du tourisme, de l'agriculture et des transports ont été particulièrement atteints ainsi que les entreprises implantées dans la partie ouest du pays et plus particulièrement les PME. La région la plus touchée par les troubles représente 30 % de l'activité du pays. Le tourisme est le deuxième générateur de recettes et un des premiers employeurs.

L'économie a également été heurtée par la hausse des prix alimentaires et de l'énergie, ce qui a augmenté le taux d'inflation qui devrait atteindre les 20% pour l'année fiscale 2007/2008. Les perspectives d'accroissement du PIB pour l'année 2008 ont par conséquent été revues à la baisse, à 4,1% contre 7%.

La crise a eu des conséquences pour l'ensemble de la région. Pendant près d'une semaine le Rwanda, le Burundi, l'Ouganda, le sud-soudan et l'est du Congo ont été privés d'approvisionnement en essence du fait du blocage de la route de Mombasa.

Le pays doit mettre à profit la sortie de crise pour mettre en œuvre des réformes de fond : réforme institutionnelle, réforme foncière, lutte contre les déséquilibres régionaux (en particulier au Nord-est, frontalier de la Somalie et sur la côte) et emploi des jeunes.

Si ces questions ne sont pas réglées, la stabilité et le développement économique du pays resteront très fragiles.

III. L'ACCORD DE PROTECTION DES INVESTISSEMENTS

A. UN CADRE AMÉLIORÉ POUR LES INVESTISSEMENTS ÉTRANGERS...

Pour ce qui concerne les investissements étrangers, qui sont l'objet de l'Accord soumis au Sénat, le Kenya apparaissait jusqu'à une période récente relativement peu attractif pour les investissements directs étrangers.

1. Une attractivité accrue pour les investissements étrangers

Le Kenya se classait au 122^{ème} rang mondial pour l'accueil des investissements directs étrangers avec 51 millions de dollars en 2006. Il en recevait beaucoup moins que ses voisins tanzaniens (377 millions de dollars) et ougandais (317 millions de dollars).

La tendance est néanmoins très positive grâce à l'amélioration récente de l'environnement juridique des investissements et à des privatisations. Le volume des IDE a été porté à 728 millions de dollars en 2007.

Le Kenya dispose de nombreux atouts : ses infrastructures, un système bancaire fiable, une économie diversifiée, des ressources humaines de grande qualité associées à l'émergence d'une classe moyenne, un potentiel de croissance.

2. La place de la France

La France constitue désormais un partenaire économique privilégié pour le Kenya. La relation bilatérale, facilitée par l'absence de passé colonial, est dense.

La France est présente dans les domaines des matériaux de construction, des télécommunications de la distribution d'hydrocarbures, de l'agriculture, de la banque, des transports, de l'automobile, de la chimie, de la pharmacie et des services.

Les deux dernières années ont été marquées par un flux d'IDE français particulièrement élevé. Ce flux atteint 450 millions de dollars en 2007 (contre 5 millions de dollars en 2006), à la suite notamment de la reprise de l'opérateur historique public Telkom Kenya par France Telecom. Le Kenya est désormais classé 33^{ème} (contre 110^{ème} en 2006) dans les IDE français (0,3% du total des IDE françaises en 2007).

Le stock cumulé d'IDE français au Kenya est de 800 millions de dollars et nos investissements représentent désormais 14 % de la capitalisation à la bourse de Nairobi. La présence française est forte d'une quarantaine

d'implantations dans des secteurs très diversifiés et générerait plus de 10 000 emplois directs : matériaux de construction, télécommunications, distribution d'hydrocarbures, agriculture (café, fleurs), banque, transports, automobile, chimie, pharmacie et services.

Mais les échanges commerciaux restent limités.

3. Une volonté de développement

De nombreuses réformes ont été engagées dans les années récentes sur le plan économique et social. La gratuité de l'enseignement primaire, inscrite dans le programme électoral de Mwai Kibaki, est en place depuis 2003. Les indicateurs d'éducation primaire sont bien orientés : 87 % de la population est alphabétisée.

Les perspectives d'investissement sont nombreuses pour les entreprises dans des secteurs où la France est réputée pour son savoir-faire :

Les routes et les transports urbains, avec de nombreux projets de remises à niveau des infrastructures et de désenclavement à l'échelle de la région, les infrastructures portuaires, en particulier celles du port de Mombasa, les aéroports, l'énergie, les télécommunications, l'hôtellerie, le secteur de l'eau et des hydrocarbures sont des domaines dans lesquels de nombreux projets ont été identifiés.

Alors que le Kenya recevait trois fois moins d'IDE que ses partenaires (Ouganda et Tanzanie), faute notamment de législation incitative, le pays devrait rejoindre en 2008 ses voisins en termes d'accueil d'IDE (728 millions de dollars de flux en 2007 contre 51 millions en 2006) du fait notamment d'un système financier plus développé et l'amélioration de l'environnement des affaires (création d'un guichet unique, *Kenyan Investment Authority*, pour faciliter l'obtention de permis et de licences exigés aux investisseurs et diverses mesures de simplification administrative). Ces efforts récents pour attirer les IDE ont été remarqués par la Banque Mondiale (*doing business 2008*) qui a classé le Kenya au 10^{ème} rang des pays les plus réformateurs en la matière et au 72^{ème} rang s'agissant des réformes facilitant la pratique des affaires.

B. ...QUE L'ACCORD VISE À CONFORTER

1. Un principe général de promotion des investissements

Le préambule de l'accord souligne la volonté des deux pays d'intensifier leurs relations économiques bilatérales en créant des conditions favorables à l'accueil des investissements.

L'article 1er est consacré à la définition des principaux termes utilisés dans l'accord, notamment les « investissements », les « nationaux », les « investisseurs », les « revenus » et le « territoire ». La définition retenue est suffisamment large pour étendre le champ d'application de l'accord à tous les investissements réalisés par les nationaux ou sociétés de chaque Partie. En particulier, elle vise les droits de la propriété intellectuelle.

L'article 2 prévoit l'encouragement et l'admission des investissements sur le territoire des Parties contractantes, ainsi que l'encouragement du recours aux ressources humaines et matérielles locales pour l'encouragement des investissements.

2. Les garanties offertes

En application de l'article 3, chaque Partie contractante accorde aux investissements de l'autre Partie un traitement juste et équitable. Cet article prévoit également qu'aucune des Parties contractantes n'entravera le plein usage de leurs investissements par les investisseurs de l'autre Partie.

L'article 4 expose les clauses classiques de traitement national. Ainsi, les investisseurs de l'autre Partie ne seront pas traités moins favorablement que les investisseurs nationaux, et, en vertu du traitement de la Nation la plus favorisée, reçoivent un traitement au moins aussi favorable que celui accordé aux investisseurs étrangers les plus favorisés. Des exceptions sont prévues pour les avantages résultant d'accords économiques régionaux, tels que l'Union européenne pour la France, ou pour les mesures incitatives en direction des petites et moyennes entreprises.

Chaque Partie examinera de façon bienveillante dans le cadre de sa législation, l'entrée sur son territoire, en lien avec des investissements, de nationaux de l'autre Partie (article 5).

L'article 6 pose le principe de la protection des investissements effectués par les investisseurs de chaque Partie sur le territoire de l'autre Partie. Les mesures d'expropriation, de nationalisation ou de dépossession sont interdites. Dans l'éventualité d'une dépossession motivée par l'utilité publique et non discriminatoire, l'accord établit le droit au versement d'une indemnité prompte et intégrale dont il fixe en détail les modalités de calcul. L'indemnité est librement réalisable et transférable. Enfin, en cas de sinistre ou de dommages provoqués par les événements politiques (guerre, conflit armé, révolution...), il est prévu que les investisseurs de chacune des deux Parties devront pouvoir bénéficier d'un traitement non moins favorable que celui qu'applique l'autre Partie à ses propres investisseurs ou à ceux de la Nation la plus favorisée.

Le libre transfert des diverses formes de revenus que peut engendrer l'investissement est prévu à l'article 7, sous réserve de déséquilibres exceptionnels de la balance des paiements d'une des Parties ou de respect de leurs obligations internationales.

3. Le règlement des différends

L'article 8 expose les modalités de règlement des différends entre un investisseur et l'État accueillant son investissement. Si le différend n'a pu être réglé à l'amiable dans un délai de trois mois, il est soumis, au choix de l'investisseur, aux tribunaux compétents de la Partie contractante où l'investissement a été réalisé, à l'arbitrage du CIRDI (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, du Groupe de la Banque mondiale) ou à l'arbitrage d'un tribunal arbitral *ad hoc*.

La subrogation des États ayant garanti des investissements, dans les droits et actions des investisseurs, est prévue à l'article 9.

L'article 10 prévoit, sans préjudice de l'accord, que les investissements des nationaux de l'autre Partie peuvent faire l'objet d'un engagement particulier plus favorable de la part d'une des Parties.

Suivant des principes classiques en la matière, la procédure de règlement des différends pouvant survenir entre les Parties contractantes pour l'interprétation et l'application de l'accord s'effectue par la voie diplomatique ou, à défaut, par le recours à un tribunal d'arbitrage, si la voie diplomatique est restée infructueuse pendant au moins six mois (article 11).

L'article 12 stipule que les Parties peuvent prendre des mesures nécessaires à la protection de leurs intérêts vitaux de sécurité et du maintien de l'ordre public en temps de guerre ou de conflit armé, à la condition que ces mesures ne soient pas discriminatoires.

Les Parties sont fondées, en vertu de l'article 13, à prendre des mesures spécifiques afférentes aux investissements étrangers, si elles visent à protéger ou encourager la diversité culturelle et linguistique.

Enfin, les dispositions finales de l'article 14 décrivent classiquement l'entrée en vigueur, la dénonciation et la durée de validité de l'accord. L'accord est conclu pour une durée de dix ans et demeurera en vigueur après ce terme, sauf dénonciation avec préavis d'un an. À l'expiration de la période de validité, les investissements réalisés précédemment bénéficient d'une garantie de vingt ans.

CONCLUSION

Le Kenya a les atouts d'un pays émergent et offre des potentialités pour les investisseurs français.

La France doit accompagner sa sortie de crise et rester vigilante devant ces scénarios de croissance rapide et de creusement tout aussi rapide des inégalités tant sociales que territoriales à l'intérieur d'un État.

Votre Commission vous recommande l'adoption du présent projet de loi.

EXAMEN EN COMMISSION

Lors de sa réunion du mardi 17 mars 2009, la commission des affaires étrangères, de la défense et des forces armées a examiné le présent rapport.

Suivant l'avis du rapporteur, la commission a adopté le projet de loi et proposé que ce texte fasse l'objet d'une procédure d'examen simplifiée en séance publique.

PROJET DE LOI

(Texte adopté par l'Assemblée nationale)

Article unique

Est autorisée l'approbation de l'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République du Kenya sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements, signé le 4 décembre 2007 à Nairobi, et dont le texte est annexé à la présente loi¹.

¹ Voir le document annexé au texte n° 1136 (AN – XIII^e législature)

ETUDE D'IMPACT¹

FICHE D'ÉVALUATION JURIDIQUE

I - État du droit existant

Les entreprises qui investissent dans un pays étranger, outre les risques économiques encourus pour toute opération d'investissement (évolution du marché, évolution des changes, fluctuations des coûts de production...), s'exposent à des risques de nature spécifiquement politique : nationalisation, traitement discriminatoire, par exemple pour l'accès à des infrastructures ou à des matières premières, limitation à la possibilité de rapatrier en France les revenus retirés de l'investissement réalisé.

En l'absence d'un cadre multilatéral de protection des investissements internationaux, la protection juridique des investisseurs français à l'étranger repose généralement sur des accords bilatéraux de ce type, les législations des États d'accueil n'étant pas toujours suffisamment protectrices, et s'avérant, en tout état de cause, susceptibles de modifications à tout moment. L'introduction de cet instrument juridique dans notre ordre interne facilitera le règlement d'éventuels contentieux par la voie d'arbitrage.

L'accord signé avec le Kenya permettra à l'État, conformément à l'article 26 de la loi de finances rectificative n° 71-1025 du 24 décembre 1971, d'accorder, par l'intermédiaire de la COFACE, des garanties aux investisseurs français pour leurs opérations dans ce pays.

II – Modifications à apporter au droit existant

L'approbation de cet accord ne nécessitera pas de modifications du droit interne.

¹ Texte transmis par le Gouvernement pour l'information des parlementaires