

Code des hydrocarbures Tunisien : Adaptation du processus d'octroi des permis aux bonnes pratiques internationales

Wissem Heni et Amir Shafaie

Messages clés

- L'instauration d'un système pour l'octroi des licences pétrolières et gazières répondant aux exigences de bonne gouvernance revêt une importance cruciale pour la prévention de la corruption et la réalisation des résultats escomptés. Le système tunisien actuel, basé sur le principe de la « porte ouverte », comporte des défaillances importantes et se caractérise par son ambiguïté et son opacité, résultant notamment de la faible mise en concurrence.
- Le système d'octroi peut être amélioré en se référant aux bonnes pratiques internationales. Le processus actuel de réforme du code des hydrocarbures lancé par le gouvernement constitue une occasion importante à saisir pour atteindre cet objectif. La Tunisie pourra alors introduire une certaine concurrence en instituant des cycles d'octroi ou « *licensing rounds* » dans des cas spécifiques ou en adoptant un système basé sur le « fichier ouvert ». En s'inspirant de la norme *Open Contracting*, la Tunisie peut ainsi prendre des mesures pour plus de transparence tout au long du processus d'octroi, de la phase de promotion à la phase de mise en œuvre.
- Dans la phase de promotion, nous recommandons des procédures plus transparentes et participatives concernant la délimitation des blocs libres, ainsi que la clarification du rôle des organismes publics tels que l'ETAP et le ministère chargé des hydrocarbures. La transparence dans la phase d'adjudication nécessite l'intégration des éléments essentiels du système d'octroi dans le code et les textes d'application et l'adoption d'un processus clair de préqualification. Le système d'octroi doit aussi être plus transparent dans la prise des décisions et dans les résultats. Ceci passe par la publication d'un rapport sur l'évaluation des demandes et la publication des « propriétaires réels » de l'entreprise retenue. La publication des documents contractuels être intégrée dans le code comme une obligation légale et renforcée par plus de transparence concernant les engagements environnementaux et sociaux.
- Ces réformes sont d'autant plus importantes dans le contexte actuel de crise afin d'atténuer le risque d'impact négatif sur le secteur pétrolier et préparer le pays à profiter d'un éventuel rebond.

Contents

Résumé	1
Introduction	4
1) Les différents modes d'octroi des permis et le système tunisien adopté	6
2) Les défaillances du système tunisien actuel et les possibilités d'amélioration	14
Conclusion	31

Résumé

Il existe toute une série d'enjeux liés à la phase d'attribution des titres de recherche et d'exploitation des hydrocarbures qui sont très importants et qui par la suite seront déterminants pour assurer la qualité des investisseurs et par conséquent le degré de succès de l'investissement et la nature des relations entre l'État et les compagnies concernées. Comme le prouve l'expérience internationale, cette étape est également vulnérable à la corruption. Il convient donc de se focaliser sur les signaux d'alerte susceptibles d'affecter le processus d'octroi des permis. La détection de ces signaux facilitera l'identification des cas possibles de corruption et aidera par conséquent à remédier aux défaillances dans chaque système d'attribution des titres pétroliers et gaziers.

En Tunisie, différents travaux d'investigation ont permis de dévoiler l'existence des défaillances dans le processus d'octroi des permis. Ainsi, l'amélioration des aspects relatifs à la transparence lors de l'attribution des titres d'hydrocarbures contribuera à minimiser le risque de corruption, en limitant d'une part le large pouvoir discrétionnaire dont dispose les autorités concédantes, et d'autre part en facilitant sa détection à travers les informations et documents disponibles afin - d'appuyer les processus de redevabilité.

En effet, les défaillances sont inhérentes au modèle choisi par la Tunisie en la matière, à savoir le système connu de « la porte ouverte ». Malgré les efforts fournis par le ministère chargé de l'énergie visant à introduire de la concurrence, jusqu'à présent pratiquement absente, ces tentatives ont rendu le processus ambigu, la procédure semblant dispersée entre plusieurs sources. De même, le système tunisien se caractérise par son opacité, l'un des traits du modèle de la porte ouverte. En effet, le code des hydrocarbures et ses textes d'application n'exigent pas la publication des informations et des documents expliquant les raisons des différentes décisions d'octroi, ainsi que leurs résultats (comme les contrats, les listes de compagnies, etc.).

Afin de pallier ces insuffisances, la Tunisie peut s'inspirer des bonnes pratiques et des standards internationaux qui préconisent le recours à la transparence et à la concurrence dans les circonstances adéquates en matière d'attribution des titres pétroliers et gaziers.

Les bonnes pratiques liées à la transparence dans le processus d'attribution sont résumées dans la nouvelle norme « Open Contracting » que la Tunisie s'est engagée à appliquer dans son plan d'action national OGP 2018-2020. Cette norme peut amplement inspirer le pays lors du processus d'attribution des titres d'hydrocarbures, depuis la promotion des blocs non encore attribués jusqu'à l'exécution des engagements pris en vertu des documents signés et des titres accordés, en passant par la négociation/l'attribution. Nous recommandons, sur la base de cette norme, de clarifier les règles du jeu et de combler le vide législatif qui existe au niveau de la délimitation des blocs non encore attribués, ainsi qu'au niveau des étapes précédant le dépôt de la demande officielle. La clarification des confusions qui existent quant au rôle joué par l'autorité concédante et celui de l'entreprise nationale constitue un élément essentiel à prendre en considération pour garantir une procédure transparente.

En plus de clarifier les règles du jeu et des rôles, il est nécessaire d'incorporer des normes de transparence dans le code et les textes d'application afin de garantir la pérennité du processus de publication des données, qui ne doit plus dépendre du bon vouloir des pouvoirs politiques. L'expérience tunisienne en matière de publication des contrats prouve que seules des dispositions rendant la divulgation obligatoire peuvent garantir la poursuite des efforts de transparence, surtout dans un contexte marqué par l'instabilité politique et la fréquence des remaniements ministériels.

La publication des contrats a été un pas historique fait par le gouvernement tunisien, mais il reste insuffisant, compte tenu du fait que ces documents doivent être complétés par d'autres informations expliquant les critères de sélection des investisseurs ainsi que leur identité véritable (propriétaire réel), y compris les aspects sociaux et environnementaux. De même, l'accès aux informations doit être facilité, en ce compris les documents liés à l'évaluation du respect des engagements pris pour donner un sens à la publication, pour que la transparence conduise à la redevabilité.

Pour que la transparence soit vraiment efficace et porte ses fruits, il faut qu'elle conduise non seulement à la reddition de comptes mais aussi à la prospérité. Cette prospérité sera une réalité lorsque nous réussirons à attirer et à sélectionner des

compagnies financièrement et techniquement compétentes. Les règles du jeu doivent non seulement être transparentes, mais elles doivent aussi favoriser la concurrence pour inciter les investisseurs à présenter des offres plus avantageuses pour l'État. Afin que le gouvernement puisse choisir la meilleure des offres qui lui sont soumises, l'incorporation des règles de préqualification facilitera la sélection des compagnies qui seront ensuite qualifiées pour investir dans le pays.

Il est un fait que le facteur géologique ainsi que les ressources financières et humaines de la Tunisie peuvent être des obstacles à l'adoption d'un système purement concurrentiel ; pour autant, l'adoption d'un processus d'octroi hybride reste envisageable. Il existe en effet des zones géologiquement déjà explorées et/ou prometteuses et pour lesquelles une concurrence pure et parfaite peut avoir un grand sens et aider à recevoir plusieurs offres pour choisir la plus avantageuse pour l'État. Pour les zones non encore explorées et /ou peu prometteuses, l'application du système d'appels d'offre serait risquée, car il suppose d'y consacrer des ressources financières et humaines importantes, les chances de succès pouvant par ailleurs être faibles. Dans ce cas, le système du fichier ouvert qui concilie pragmatisme (faible coût et favorisant la concurrence) et transparence, est la solution que nous recommandons pour faire des économies de coûts d'une part, et stimuler la concurrence et bien gérer les attentes d'autre part.

Le monde est encore actuellement sous le choc des répercussions de pandémie de COVID-19 sur les prix du pétrole, et la Tunisie n'est pas épargnée. L'impact sur l'exploration pétrolière risque d'être particulièrement important pour des pays comme la Tunisie qui sont peu attractifs pour les investissements pétroliers, indépendamment de cette crise. Dans ce contexte, il est particulièrement important de saisir l'opportunité de la réforme actuelle du code des hydrocarbures pour mettre en place des mesures de gouvernance, d'atténuer le risque d'impact négatif de la crise actuelle sur le secteur pétrolier en Tunisie et préparer le pays à profiter d'un éventuel rebond.

Introduction

Le gouvernement tunisien avait annoncé, en 2013, le lancement du processus de révision du code des hydrocarbures lors d'une audition organisée par la commission de réforme administrative et de lutte contre la corruption émanant de l'Assemblée Nationale Constituante (ANC). La lutte contre la corruption était alors le souci majeur des constituants, ce qui a été traduit dans la Constitution de 2014, par la consécration des principes de transparence et de bonne gouvernance, ainsi que par l'attention particulière accordée aux ressources naturelles. En effet, cette attention particulière est due au fait que ce secteur était entouré de suspicions de corruption et taxé de mauvaise gestion, réalités qu'il était difficile de dénoncer avant la révolution.

À la différence de la Constitution de 1959 qui avait totalement négligé cette question, le concept de ressources naturelles est cité plusieurs fois dans la nouvelle Constitution (le préambule et les articles 12, 13 et 136). Le préambule associe ressources naturelles et pérennité. Dans la même logique, l'article 12 exige « l'exploitation rationnelle des ressources nationales », ce qui suppose implicitement l'instauration de mécanismes de bonne gouvernance. L'article 13 institue le mécanisme d'approbation parlementaire des contrats relatifs aux ressources naturelles en vue d'assurer un meilleur contrôle sur le secteur à travers une redevabilité envers les représentants du peuple¹. En outre, les constituants, dans l'article 136, ouvrent la possibilité de créer un mécanisme de redistribution des revenus provenant des ressources naturelles en faveur des régions marginalisées. D'autres dispositions constitutionnelles concernent indirectement les ressources naturelles, notamment les articles 15 et 32 : l'article 15 pose les principes et les règles régissant le fonctionnement de l'administration, tels que la transparence, l'intégrité, l'efficacité et la redevabilité ; le droit d'accès à l'information est garanti par l'article 32 de la Constitution.

Ces dispositions appellent donc l'adaptation du cadre juridique régissant les hydrocarbures. Cette adaptation devrait surtout être le produit du contexte tunisien, notamment les principes inclus dans la nouvelle Constitution et les défis spécifiques auxquels le pays est confronté. Mais la Tunisie peut aussi s'inspirer en partie des standards et des bonnes pratiques internationales puisqu'elle a déjà adhéré aux initiatives et aux normes internationales de gouvernance et transparence : citons par exemple l'initiative du Partenariat pour un Gouvernement Ouvert (OGP²) en 2014³. Dans le cadre de ses plans d'action national OGP, la Tunisie a adopté des mesures visant à l'amélioration du système de gouvernance dans plusieurs secteurs, y compris le secteur extractif. C'est à cette fin que le ministère chargé des hydrocarbures et des mines a créé un portail⁴ contenant des informations importantes relatives au secteur, notamment la totalité des contrats pétroliers et des cahiers des charges miniers⁵.

Lors du 3^e plan d'action national pour 2018-2020⁶, le gouvernement tunisien a pris l'engagement de mettre en œuvre les principes de passation des marchés ouverte, en anglais « open contracting principles » dans le secteur des hydrocarbures. Cet engagement comporte deux volets. Le premier volet est d'ordre pratique à travers

1 Natural Resource Governance Institute, Parliamentary Guide for Approval of Natural Resource Contracts in Tunisia, (décembre 2016), disponible à www.resourcegovernance.org/analysis-tools/publications/parliamentary-guide-approval-natural-resource-contracts-tunisia

2 Open Government Partnership, www.opengovpartnership.org

3 Open Government Partnership, la Tunisie, www.opengovpartnership.org/countries/tunisia

4 Ministère de l'industrie tunisien, Open Data Portal, www.data.industrie.gov.tn

5 Wissem Heni et al, Tunisia Contracts Site Enhances Local Extractives Data Analysis. Natural Resource Governance Institute, mars 2017, www.resourcegovernance.org/blog/tunisia-contracts-site-enhances-local-extractives-data-analysis

6 Présidence du gouvernement tunisien, Open Government Partnership, www.ogptunisie.gov.tn/en/?p=1229

la publication des informations expliquant le processus d'octroi des permis d'hydrocarbures, telles que les procès-verbaux des réunions des entités compétentes comme le Comité consultatif des hydrocarbures ; et le deuxième volet est d'ordre juridique, et consiste à institutionnaliser le principe de transparence dans le cadre juridique régissant le secteur pétrolier, sur la base de la norme « open contracting » qui doit servir de référent lors de la réforme du code des hydrocarbures.

Ce focus sur la gouvernance ne se limite pas au processus OGP. Lors du conseil ministériel du 8 Juin 2019⁷ et à la suite du dialogue national mené sur l'énergie et les mines, la révision du code a figuré au nombre des engagements devant conduire à l'amélioration de la gouvernance du secteur énergétique. Il semble donc qu'officiellement, la gouvernance sera l'angle d'attaque de la réforme du code des hydrocarbures. D'ailleurs, le gouvernement s'était engagé dans le même sens à préparer un projet de réforme dudit code quelques semaines après le dialogue.

Compte tenu de l'importance du processus d'octroi des permis dans le cadre de la bonne gouvernance des ressources naturelles et de la volonté exprimée par le gouvernement tunisien, l'Institut de Gouvernance des Ressources Naturelles (NRGI) s'était engagé à soutenir la mise en œuvre des deux volets de l'engagement du gouvernement dans son plan d'action national OGP. La présente étude doit permettre d'instrumenter ledit engagement en fournissant des éclairages sur les défaillances qui existent dans le système tunisien, comparativement à la pratique mondiale, et en apportant des suggestions sur les changements nécessaires pour que le code une fois réformé se rapproche de la norme « open contracting ». Elle sera aussi l'occasion de faire des recommandations générales pour l'amélioration du système d'octroi des permis en s'appuyant sur les bonnes pratiques internationales.

Pour l'élaboration de cette étude, nous nous sommes appuyés sur plusieurs sources, notamment les suivantes :

- Recherches antérieures de NRGI sur la Tunisie, notamment notre étude⁸ sur la mise en œuvre de l'article 13 de la constitution Concernant l'approbation parlementaire des contrats ; notre étude sur l'amélioration de la transparence et de la gouvernance dans le code minier et un projet de note fournie au ministère de l'Industrie en 2017 concernant l'amélioration du code des hydrocarbures.
- Recherches antérieures de NRGI au niveau mondial sur l'octroi des permis dans le secteur extractif, notamment notre rapport⁹ sur les bonnes pratiques concernant la passation de marchés ouverte pour les droits pétroliers, gaziers et miniers, ainsi que notre rapport sur les risques de corruption dans l'octroi de permis dans le secteur extractif.
- Des sources pertinentes concernant les bonnes pratiques mondiales, comme par exemple la Norme ITIE¹⁰, et les études pertinentes d'organisations internationales telles que la Banque mondiale¹¹ et l'OCDE.

7 Mourad S. Tunisie: Mesures et dispositions adoptées par le Conseil ministériel consacré à l'énergie et aux mines. Tunisien Numérique, Juin 2019, www.tunisienumerique.com/tunisie-mesures-et-dispositions-adoptees-par-le-conseil-ministeriel-consacre-a-lenergie-et-aux-mines

8 Natural Resource Governance Institute, Parliamentary Guide for Approval of Natural Resource Contracts in Tunisia, (2016), disponible à travers ce lien : www.resourcegovernance.org/analysis-tools/publications/parliamentary-guide-approval-natural-resource-contracts-tunisia

9 Natural Resource Governance Institute, Passation de marchés ouverte pour les droits pétroliers, gaziers et miniers: gros plan sur les bonnes pratiques, www.resourcegovernance.org/sites/default/files/documents/open-contracting-report-fr.pdf

10 Initiative pour la Transparence des industries extractives, Norme ITIE, octobre 2019, www.eiti.org/files/documents/eiti_standard_2019_fr_a4_web.pdf

11 Banque mondiale, Petroleum exploration and production rights : allocation strategies and design issues, 2010, www.documents.worldbank.org/curated/en/785881468336848695/pdf/518400PUB0REPL101Official0use0Only1.pdf

En outre, nous avons partagé nos réflexions préliminaires sur le sujet avec des experts tunisiens et nous avons grandement bénéficié de leurs expertises et expériences en ce qui concerne les spécificités du système tunisien et les lacunes les plus importantes à combler.

L'objectif de cette étude est de soutenir toutes les parties prenantes et leurs efforts visant à l'amélioration des aspects relatifs à la gouvernance du processus d'octroi des permis dans le code des hydrocarbures. Ce travail est encore plus important dans le contexte actuel de la propagation du Covid-19 et ses répercussions négatives sur le secteur pétrolier et gazier en Tunisie, ce qui devrait pousser tous les acteurs à accélérer le travail sur la révision du code des hydrocarbures.

L'étude décrit d'abord les modes d'octroi des permis dans le monde et en Tunisie (Chapitre 1), puis se penche sur des défaillances du processus tunisien actuel, surtout en termes de transparence et proposera des recommandations pour pallier ces insuffisances (Chapitre 2).

1. Les différents modes d'octroi des permis et le système tunisien adopté

L'expérience internationale montre que la phase octroi des permis est très vulnérable à la corruption et que le risque de corruption dépend entre autres du degré d'opacité qui entoure les procédures d'octroi des permis. En d'autres termes, la corruption trouve généralement dans l'opacité un terrain favorable pour germer. Pour comprendre l'importance des enjeux sur la question, nous analyserons en premier lieu les risques de corruption dans cette phase et le lien entre cette dernière et la réalisation des résultats escomptés (A). Par la suite, nous donnerons un aperçu des différents types d'octroi des titres pétroliers et gaziers à travers le monde pour ensuite préciser le choix de la Tunisie en la matière (B).

A) L'IMPORTANCE DE LA PHASE OCTROI DES PERMIS POUR LA PRÉVENTION DE LA CORRUPTION ET L'OBTENTION DES RÉSULTATS ESCOMPTÉS

La phase octroi des permis ne représente qu'un seul maillon de la chaîne des décisions constituant le secteur extractif. L'expérience internationale montre que cette phase est vulnérable à la corruption, comme le prouve le rapport de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) sur la corruption dans le secteur extractif¹².

C'est pour cette raison que NREGI a élaboré en 2017 une étude sur les cas de corruption dans le secteur extractif en se focalisant sur la phase d'adjudication, car elle a entraîné une corruption majeure dans le passé et constitue encore un maillon vulnérable à ce type de pratiques¹³. Elle donne en effet à des fonctionnaires le pouvoir de sélectionner une entreprise qui se voit ainsi octroyer une opportunité commerciale qui peut être très rentable. En fonction du contexte politique et socioéconomique, ces fonctionnaires peuvent subir d'importantes pressions ou avoir un intérêt à utiliser leur pouvoir afin d'obtenir des avantages pour eux-mêmes ou leurs alliés. Les entreprises, pour leur part, peuvent être incitées à manipuler

12 Organisation de coopération et de développement économique (OCDE), Corruption in the Extractive Value Chain: Typology of Risks, Mitigation Measures, and Incentives (OECD, 2016), www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264256569-en.pdf

13 Aaron Sayne, Alexandra Gillies et Andrew Watkins, Douze signaux d'alerte : Risques de corruption dans l'octroi de permis et l'attribution de contrats dans le secteur extractif, Natural Resource Governance Institute, décembre 2017, www.resourcegovernance.org/analysis-tools/publications/douze-signaux-alerte-risques-de-corruptiondans-octroi-de-alerte-risques-de-corruptiondans-octroi-de

les processus d'attribution afin d'obtenir les faveurs des fonctionnaires chargés d'effectuer la sélection.

NRGI a examiné plus de 100 exemples concrets d'octroi de permis et d'attribution de contrat dans les secteurs pétrolier, gazier et minier ayant fait l'objet d'allégation de corruption. Ces cas concernent 49 pays producteurs de ressources et comprennent l'octroi de permis d'exploration et de production, ainsi que des contrats de service et des contrats sur le négoce des matières premières. Pour chaque cas, une question a été systématiquement posée : quels signes auraient pu inciter les autorités ou les organes de surveillance à redoubler de vigilance ? Douze signaux d'alertes ont été détectés, à savoir :

- 1 Le gouvernement permet à une entreprise qui ne semble pas qualifiée de participer au processus d'attribution d'un contrat, ou de le remporter.
- 2 Une entreprise ou un individu ayant un passé controversé ou criminel participe au processus d'attribution d'un contrat ou le remporte.
- 3 Une entreprise participant au processus d'attribution d'un contrat ou l'ayant remporté a une relation actionnariale ou de type commercial avec une personne politiquement exposée (PPE), ou avec une entreprise dans laquelle une PPE a une participation
- 4 Une entreprise participant au processus d'attribution d'un contrat ou l'ayant remporté présente des signes indiquant qu'une PPE en est le propriétaire réel caché.
- 5 Un fonctionnaire intervient dans le processus d'attribution d'un contrat, au profit d'une entreprise particulière.
- 6 Une entreprise effectue des paiements, offre des cadeaux ou accorde des faveurs à une PPE ayant de l'influence sur le processus de sélection
- 7 Un fonctionnaire en mesure d'influencer le processus de sélection est en situation de conflit d'intérêts.
- 8 La concurrence dans le processus d'attribution d'un contrat est délibérément restreinte.
- 9 Une entreprise utilise un intermédiaire pour obtenir un avantage dans le processus d'attribution.
- 10 Un paiement effectué par l'entreprise retenue est détourné du compte public concerné
- 11 Les modalités convenues du contrat s'écartent considérablement des normes de l'industrie ou du marché.
- 12 L'entreprise retenue ou ses parts sont vendues pour un profit important sans qu'un travail substantiel ait été réalisé.

L'expérience tunisienne nous enseigne que les signaux d'alerte ci-dessus mentionnés sont pertinents pour la détection des cas potentiels de corruption, mais cela ne veut pas pour autant dire que tous ces cas sont nécessairement des cas de corruption. Lors d'une présentation¹⁴ consacrée aux enquêteurs de l'Instance nationale de la lutte contre la corruption INLUCC, M. Ridha Bouzouada, l'ancien directeur général de l'énergie au sein du ministère chargé de l'Énergie et des Mines a expliqué que parmi les signaux d'alertes identifiés dans le rapport, deux sont les plus pertinents pour le secteur des hydrocarbures en Tunisie, notamment : le numéro 5 « Un fonctionnaire intervient dans le processus d'attribution d'un contrat, au profit d'une entreprise particulière » et le numéro 8 « La concurrence dans le processus d'attribution d'un contrat est délibérément restreinte »¹⁵.

Les signaux 5 et 8 ont été vérifiés dans plusieurs cas potentiels de corruption, ce qui laisse entendre un dysfonctionnement dans le processus d'octroi des permis, donnant la possibilité aux responsables, jouissant de larges prérogatives, d'intervenir dans le processus. De même, le signal 8 montre qu'il y a une lacune juridique liée à la concurrence dans le système actuel d'octroi. Cette étude tente donc de clarifier davantage ces défaillances et de formuler quelques recommandations pour y remédier.

Il faut noter que plusieurs rapports officiels¹⁶ et travaux d'investigation émanant de la société civile et de journalistes¹⁷ ont abordé la question de l'octroi des permis. Toutefois ces documents n'ont pas abouti encore à l'ouverture de vrais cas de corruption reconnus devant la justice.

B) L'OCTROI DES PERMIS, ENTRE L'EXPÉRIENCE INTERNATIONALE ET LE CHOIX TUNISIEN

Les cas mentionnés dans le rapport de NREGI sur les signaux d'alerte, ou « red flags », dévoilent que lors de l'octroi des permis, les risques de corruption sont élevés. Ceci est dû au fait que les titres d'hydrocarbures passent par un long chemin de négociation avec l'investisseur et sont l'aboutissement d'un grand travail d'évaluation de ses capacités. Même si ce rapport n'entre pas en détail sur la relation entre la corruption et les modes particuliers d'octroi, les modalités favorisant la transparence et la concurrence, en tant que mécanismes de limitation du pouvoir discrétionnaire lors des négociations, aident à la détection de la corruption, surtout s'il existe une vigilance de la part des organes de contrôles. Donc, une amélioration du processus d'octroi des permis par le biais de l'introduction d'aspects liés à la

14 Evènement qui a eu lieu les 28 et 29 juillet 2018, organisé conjointement par l'INLUCC et NREGI en présence des investigateurs de l'instance et les hauts fonctionnaires du ministère chargé de l'énergie à cette époque.

15 En réfléchissant sur les cas potentiels de corruption que son département a traité après la révolution, M. Bouzouada a mentionné que les autres signaux d'alertes autour desquels tournent les cas tunisien sont numéros 1 (entreprise qui ne semble pas qualifiée), 3 (une personne politiquement exposée (PPE) comme actionnaire ou contrepartie commerciale), 6 (paiements, cadeaux ou faveurs à une PPE), 7 (conflit d'intérêts d'un fonctionnaire en mesure d'influencer le processus de sélection) et 11 (contrat s'écartant considérablement des normes de l'industrie ou du marché).

16 Commission nationale d'investigation sur la corruption et la malversation, Stratégie nationale de lutte contre la corruption, (pages 278 et 279), 2011, www.businessnews.com.tn/pdf/Rapport-CICM.pdf ; Contrôle Général des Finances CGF, Rapport sur les subventions énergétiques, www.pointjuridique.com/wp-content/uploads/2017/05/Rapport_Def21-07-2014-comp_carbur.pdf ;

Cour des Comptes, Pilier de la transparence et de la redevabilité dans le secteur public, Rapport comportant une évaluation du secteur du gaz naturel, décembre 2012, www.courdescomptes.nat.tn/Fr/thematiques_58_4_10_0_1980_2019_Secteur%20du%20Gaz%20Naturel__86

17 Parmi les associations qui ont fait des investigations, il y a l'Association tunisienne des contrôleurs publics qui a publié un rapport sur les secrets des contrats pétroliers en 2019 : atcp.org.tn/wp-content/uploads/2019/05/Secrets-of-hydrocarbon-contracts.pdf, et I Watch Organisation qui a fait une investigation en 2018 sur l'affaire de cession de parts à la compagnie PA Resources : www.iwatch.tn/ar/article/611. De même le site Nawaat a fait une investigation en 2014 sur une affaire de cession de parts dans le permis pétrolier connu sous le nom de Borj El Khadra Sud : nawaat.org/portail/2014/11/19/essebsichiboub-retour-sur-une-affaire-aux-arcanes-troublantes/

transparence et la concurrence aura un effet positif sur la détection et la prévention de la corruption.

Mais il est nécessaire avant tout de comprendre les différents types de processus d'octroi des titres dans le secteur des hydrocarbures, par rapport aux modèles et pratiques au niveau international (a), ce qui permettra de comprendre le choix tunisien et ses conséquences en termes de transparence (b).

a) Typologie des modes d'octroi des permis

L'expérience internationale en matière d'octroi des permis dans le secteur des hydrocarbures montre qu'il existe deux catégories principales de système d'octroi, à savoir celui de la porte ouverte ou « open door » et celui des appels d'offres connu en anglais par « licensing rounds ». Ces deux systèmes sont décrits dans l'encadré 1 ci-dessous, et chacun a ses propres variations et sous-catégories¹⁸. Chaque système possède aussi ses avantages et ses inconvénients, le choix dépendant du contexte et de la stratégie du pays en ce qui concerne la gestion des ressources naturelles. De même, souvent, les pays adoptent un système mixte car le potentiel géologique et les informations peuvent différer d'une zone à une autre dans un même pays¹⁹.

Encadré 1 : Les différents modes d'octroi des permis

- On entend par octroi des permis le processus attribution des droits d'exploration et d'exploitation des hydrocarbures
- **Système « open door »** : les permis sont attribués à la suite de négociation entre le gouvernement et les investisseurs intéressés, une fois qu'ils ont exprimé leur intérêt (sollicité ou non sollicité par le gouvernement).
- **Système « licensing rounds »** : c'est un processus concurrentiel d'offres pour l'octroi des droits d'exploration et d'exploitation des hydrocarbures.
 - Procédures administratives : les permis sont attribués à la suite d'un processus de détermination administrative, sur la base d'un ensemble de critères définis par le gouvernement
 - Les enchères - les licences sont attribuées au mieux-offrant.

i) La porte ouverte ou négociation directe

Le choix du système de la porte ouverte ou « open door »²⁰ s'explique souvent en raison de l'efficacité de la méthode, en d'autres termes sa flexibilité et sa célérité dans le traitement des dossiers, ce qui permet généralement une réduction du coût des procédures administratives.

En outre, ce système nécessite moins d'investissement et allège la pression sur les fonctionnaires comparativement au système des appels d'offres, notamment en ce qui concerne la gestion des offres des autres acteurs, et leurs attentes respectives. Avec ce système de la porte ouverte, l'administration n'a pas à investir dans la préparation de la procédure d'appel d'offres qui implique, entre autres éléments, la collecte des données sismiques (pour attirer l'intérêt de possibles intervenants de manière concurrentielle, ce qui est la valeur ajoutée du système d'appels d'offres), la promotion (marketing) et la détermination des critères d'évaluation des offres.

18 Banque mondiale, Document de travail N° 179, Petroleum Exploration and Production Right: Allocation Strategies and Design Issues, 2010. Disponible à travers ce lien : documents.worldbank.org/curated/en/785881468336848695/Petroleum-exploration-and-production-rights-allocation-strategies-and-design-issues;sessionid=raRPuMplmwyQG-OHqbJDZoQW

19 Selon la version 2017 de l'Indice de gouvernance des ressources naturelles de 2017, dans plus de la moitié des 89 secteurs pétroliers ou miniers nationaux étudiés, le gouvernement fait appel à plusieurs types de processus d'octroi.

20 Parfois on utilise le terme négociations directes « direct negotiations » pour désigner ce système.

Tous ces efforts des fonctionnaires devant accompagner un appel d'offre ont parfois des échos médiatiques, résultant de la publicité qui est faite normalement et qui est une composante importante de chaque étape de cette modalité. Compte tenu de cette composante publicitaire, les attentes des acteurs augmentent, et donc les responsables publics ont en quelque sorte une obligation de résultat, celle de ne pas les décevoir. Néanmoins, l'investissement dans le secteur des hydrocarbures étant par nature risqué, les appels d'offre peuvent parfois être infructueux, et susciter moins de participation que celle initialement attendue²¹, ce qui exige beaucoup d'efforts de communication pour expliquer les raisons pour lesquelles les résultats escomptés n'ont pu être obtenus²². Ce sont ces facteurs qui expliquent la préférence dans certains cas pour le système des négociations directes avec les investisseurs : il permet en fait au gouvernement de simplement annoncer des « bonnes nouvelles », au moment de signature d'un nouveau contrat.

Il n'en reste pas moins que d'aucuns reprochent à ce système l'absence de concurrence et le trop grand pouvoir discrétionnaire dont dispose l'administration. Ce pouvoir discrétionnaire découle souvent de l'absence de critères prédéfinis pour le traitement des dossiers. Une telle situation laisse donc une grande marge de manœuvre aux pouvoirs publics à l'occasion des négociations avec les investisseurs et conséquemment réduit leur redevabilité vis-à-vis des organes de surveillance.

ii) Le système de l'appel d'offres

Lorsque le système de « *licensing rounds* » est approprié dans certaines circonstances et qu'il est bien exécuté, il a généralement de fortes chances d'être plus rémunérateur pour l'État (qui bénéficie ainsi de meilleurs rendements grâce à la mise en concurrence) et plus favorable du point de vue de la gouvernance (car répondant plus naturellement aux exigences de transparence et de redevabilité).

Ce système est donc plus axé sur la transparence et la concurrence. Et cette transparence est à double vitesse : une vitesse supérieure lorsqu'on parle de la méthode des enchères, et une vitesse inférieure lorsqu'on parle de la procédure administrative. À la différence du système de l'open door, ces deux méthodes sont basées sur une vraie concurrence entre les soumissionnaires. Mais leur mise en œuvre suppose la disponibilité de moyens financiers et humains. Cependant, des critiques sont parfois adressées à ce système à cause de sa lenteur, par rapport au système de l'open door, à cause de la multiplicité et de la complexité des procédures qui représentent une charge financière élevée. Finalement, le système de *licensing rounds* est surtout utile pour les blocs où la concurrence est utile, c'est-à-dire dans les zones à fort potentiel et où les chances de gains et donc de retour sur investissement sont élevées.

b) Le choix tunisien

Le système actuel d'octroi des permis en Tunisie, tel que prévu par le code des hydrocarbures, s'inspire en grande partie du système de la porte ouverte, avec un élément de priorité selon l'ordre dans lequel les demandes sont déposées (art. 3 de l'arrêté du 15 février 2001)²³ ; en outre, une certaine dose de stimulation de la

21 Le cas du Ghana (www.petrocom.gov.gh/licensing-round-ghanas-energy-ministry-explains-why-most-oil-companies-pulled-out/) ou du Brésil (www.nytimes.com/2019/11/06/world/americas/brazil-oil-auction.htm)

22 L'échec d'un appel d'offre peut être dû à des facteurs indépendants de la volonté des fonctionnaires ou de la structure du système d'octroi (par exemple, les conditions du marché pétrolier, les conditions politiques, etc.).

23 Le dernier paragraphe de l'article 3 dudit arrêté énonce que « La date et l'heure du dépôt de la demande fixent la priorité dans l'attribution des titres d'hydrocarbures, toutes choses étant égales par ailleurs ».

concurrence est prévue indirectement depuis 2002 dans les documents internes de l'administration²⁴. Le fait de disposer d'un système intégrant une mixité d'éléments n'est pas inhabituel en soi²⁵, mais il est important qu'elle réponde aux besoins du pays. Il est à noter que dans d'autres pays, quand le système reflète des composantes mixtes, c'est qu'il répond normalement à une différenciation des approches en fonctions de la taille des superficies / volume des ressources. Néanmoins en Tunisie, il semble que le même système hybride s'applique pour tous les blocs.

Jusqu'en 2002, la Tunisie ne disposait pas d'une procédure claire concernant les modalités d'octroi des titres d'hydrocarbures puisque plusieurs étapes pratiques, très importantes, ne figuraient même pas dans les textes. Face à ce vide, le ministère chargé de l'énergie a pris l'initiative de le combler en élaborant une note interne²⁶ en 2002, à travers laquelle un système a été mise en place qui fixe les modalités de dépôt des offres et des demandes pour l'octroi d'un permis — soit permis de prospection ou permis de recherche, soit concession d'exploitation. La note de 2002 a introduit pour la première fois le concept de l'ouverture trimestrielle des plis, qui était une forme de stimulation de la concurrence, avec un certain niveau de clarification des critères techniques et financiers. En outre, ladite note a même exigé de fournir des informations sur les actionnaires des compagnies. Mais il ne s'agit que d'un document administratif sans grande valeur juridique, et il est facile de le modifier ou d'y mettre fin.

Sur la base de l'ensemble des textes et des pratiques déjà mentionnés, la procédure d'octroi des permis en Tunisie se déroule en plusieurs étapes. Elle commence par le découpage de la superficie du pays (territoire continental et maritime) en blocs dits « libres », donc non encore couverts par un titre en cours de validité. L'opération de découpage se fait sur la base des caractéristiques géologiques, géomorphologique de chaque région et de la quantité et qualité des travaux antérieurement réalisés.

Par la suite, les compagnies intéressées consultent la base des données de l'Entreprise Tunisienne d'Activités Pétrolières, ETAP. Ensuite, elles proposent un programme de travaux sur un bloc de leur choix et déposent une offre de titre d'hydrocarbures. Les offres, selon la note de 2002, doivent inclure notamment les paramètres suivants :

- Le type de permis (permis de prospection ou permis de recherche)
- Le programme minimum de travaux d'exploration
- Les conditions du permis de recherche dans le cas d'une offre pour un permis de prospection
- Le choix de la formule contractuelle : soit le régime d'association avec l'ETAP (en indiquant le pourcentage de participation de l'ETAP), soit le régime de partage de production (en indiquant les taux de cost oil/ cost gas –profit oil/profit gas de l'ETAP et du soumissionnaire).

Les offres sont déposées par le pétitionnaire à la Direction générale chargée des hydrocarbures au sein du ministère compétent (énergie et secteurs associés) sous plis fermés indiquant la mention : « Soumission pour l'octroi du permis, à ne pas ouvrir ». Les offres sont examinées ensuite par le Comité consultatif des hydrocarbures (CCH) dans le cadre du système d'ouverture d'offres trimestrielle, instauré par la

24 Résumé sur le site d'ETAP sous le titre "Ouverture des plis relatifs à l'octroi des blocs libres" et avec un modèle d'offre. Disponible ici : www.etap.tn/index.php?id=1510.

25 Certains pays (tel que la Norvège, la Nouvelle-Zélande et la Colombie) utilisent une variété de systèmes d'octroi afin de faire face aux spécificités des différents blocs du pays (par exemple en ce qui concerne le potentiel géologique, l'accès à l'infrastructure, etc.) et l'évolution des facteurs exogènes ayant un impact sur l'intérêt des investisseurs (tel que le prix du pétrole).

26 Entreprise Tunisienne d'Activités Pétrolières, Ouverture des plis relatifs à l'octroi des blocs libres, www.etap.tn/index.php?id=1510

note de 2002. En cas d'acceptation, le pétitionnaire est invité à accepter l'accord écrit de l'Entreprise Tunisienne d'Activités Pétrolières et à déposer conjointement une demande officielle d'attribution dudit permis, conformément aux dispositions de l'arrêté ministériel de 2001. Donc on passe ici du stade de « l'offre » au stade de « la demande officielle ».

Une fois déposée à la direction générale chargée des hydrocarbures, la demande officielle est examinée à nouveau par Comité consultatif des hydrocarbures, qui recommande aux services compétents au sein du ministère la préparation des documents contractuels y afférents. En se basant sur la note interne et le code des hydrocarbures, les principaux critères utilisés par l'autorité concédante et le CCH pour l'évaluation des offres et l'octroi des permis sont les suivants :

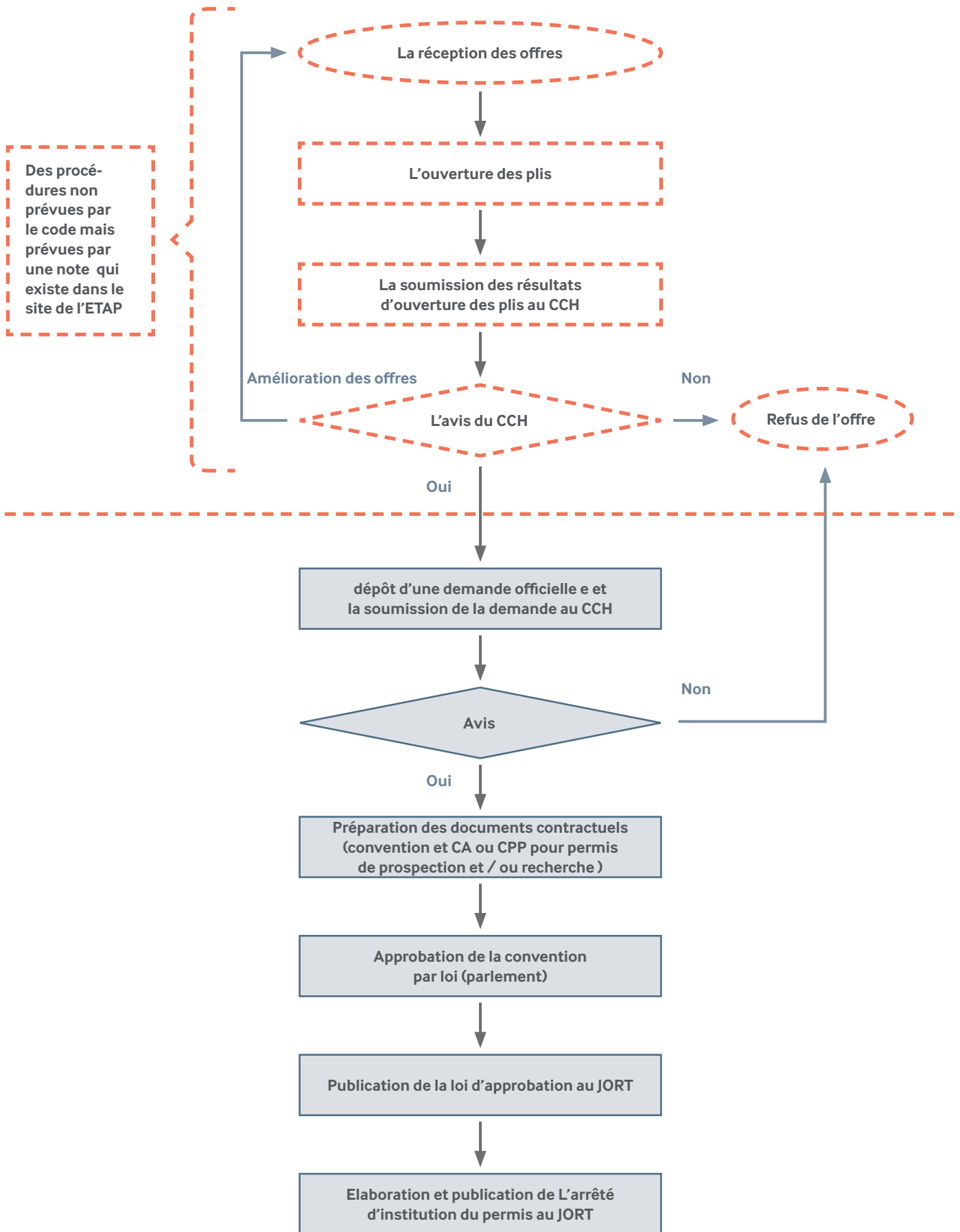
- La capacité : le demandeur doit avoir les capacités financières²⁷ et techniques²⁸ nécessaires à la réalisation des travaux proposés.
- La valeur de l'investissement : l'importance, la nature et la consistance du programme minimum de travaux proposés.
- La participation de l'entreprise nationale (ETAP) ou les conditions de partage.

Le schéma ci-dessous explique le mode actuel d'octroi des permis.

Ainsi, la Tunisie a opté pour une version modifiée du système « porte ouverte », et cela a eu des répercussions sur le système de transparence du secteur des hydrocarbures. Quelles sont ses principales défaillances et comment peut-on y remédier ?

27 La capacité financière n'était pas définie dans le code des hydrocarbures. Par contre, la note de 2002 donne quelques détails sur les éléments qui peuvent être pris en considération pour son évaluation, à savoir les états financiers des 3 dernières années, les flux de trésorerie, le bénéfice net, le bilan et le chiffre d'affaires.

28 De même, le code n'a pas donné une définition claire de la capacité technique. La note interne donne deux éléments pour son évaluation : l'expérience technique dans l'exploration et la production /et le nombre de puits forés durant les phases d'exploration et de développement.



2. Les défaillances du système tunisien actuel et les possibilités d'amélioration

Nous commencerons par énumérer les principales lacunes dans le système actuel en Tunisie (A) ; ces défaillances laissent un espace certain à l'amélioration dans ce domaine ; la voie pour cela est de s'inspirer des bonnes pratiques internationales en la matière (B).

A) LES DÉFAILLANCES DANS LE PROCESSUS ACTUELLEMENT SUIVI EN TUNISIE

Le système actuel d'octroi des permis comporte certaines lacunes. Les principaux problèmes sont liés à l'ambiguïté de la procédure, à la timide consécration du principe de concurrence et à l'opacité qui règne tout au long du processus. Toutes ces difficultés sont autant d'obstacles à la réalisation des objectifs mentionnés ci-dessus, eu égard à tout système d'octrois de permis, tels que décrits dans la partie 1, notamment la prévention de la corruption et la génération de meilleurs revenus financiers pour l'État.

a) L'ambiguïté de la procédure

Les procédures d'octroi des permis sont éparpillées entre plusieurs textes. Cela signifie qu'il n'y a aucun texte ni document regroupant de façon claire toute la procédure. En outre, la réglementation de certaines procédures à travers des documents internes réduit la transparence et ne constitue pas une garantie pour les investisseurs dans le secteur, puisque les procédures sont ainsi facilement modifiables. Dès lors, le constat est que l'approche tunisienne ne répond pas à certaines des bonnes pratiques du système « open contracting »²⁹, notamment :

Utilisation d'informations centralisées pour expliquer pleinement et clairement le système d'octroi ;

- Communication diligente de la procédure ;
- Publication des règles du jeu.

En effet, le système tunisien actuel est régi principalement par le code des hydrocarbures (surtout les articles 7, 10.1, 12, 14 et 15.1 en ce qui concerne les permis de recherche) et l'arrêté du 15 février 2001 (fixant les modalités de dépôt et d'instruction des demandes de titres d'hydrocarbures). Mais, un élément important de la pratique actuelle d'octroi des permis, à savoir le système trimestriel d'« ouverture des plis », n'est pas actuellement inclus dans le code ; il s'agit d'une procédure interne établie par une note interne élaboré en 2002, mais publiée sur le site de l'ETAP³⁰.

Plusieurs éléments du système demeurent donc ambigus, compte tenu de l'absence d'un document centralisateur ou de références où serait regroupé l'ensemble de la procédure. Par exemple, la question de la consultation de la base de données « data room »³¹ est un des problèmes majeurs en termes de visibilité et de clarté de la procédure dans le secteur des hydrocarbures. En effet, on ne trouve pas un cadre

29 Natural Resource Governance Institute, Passation des marchés ouverte pour les droits pétroliers, gaziers et miniers, décembre 2017, www.resourcegovernance.org/sites/default/files/documents/open-contracting-report-fr.pdf

30 Entreprise Tunisienne d'Activités Pétrolières, Ouverture des plis relatifs à l'octroi des blocs libres, www.etaf.com.tn/index.php?id=1510

31 Définition de la « data room ».

officiel publié³² qui clarifie les conditions et les procédures d'accès à ladite base par les investisseurs. En d'autres termes, il est très difficile de se faire une idée des conditions préalables exigées pour l'acceptation de la demande d'accès. Pire encore, la base de données est détenue par l'entreprise nationale ETAP, qui s'immisce ici dans les prérogatives de l'autorité concédante. L'ETAP est censée jouer parfois le rôle d'opérateur direct, et en conséquence, elle est supposée être sur un même pied d'égalité avec les opérateurs privés. Ainsi, le vide législatif a engendré une sorte de conflit d'intérêt pour l'entreprise nationale, eu égard au rôle qu'elle joue dans le processus d'octroi des permis.

Malheureusement, certaines tentatives des autorités tunisiennes en vue d'améliorer le système, en comblant le vide législatif, ont plutôt compliqué les choses et ajouté à l'ambiguïté. Par exemple, le système trimestriel d'« ouverture des plis » mentionné ci-dessus et mis en place par une note interne élaborée par la direction générale de l'énergie³³ en 2002, était censé introduire une dose de concurrence en utilisant une sorte de « rounds » au cours d'un trimestre donné. La note utilise fréquemment le terme « offre » mais le code des hydrocarbures et l'arrêté de 2001 ne parle que de « demande ». La terminologie utilisée dans le code et l'arrêté de 2001 montre sans doute qu'on est face au système « la porte ouverte ». Donc, la tentative ayant consisté à introduire un élément concurrentiel, comme dans les « rounds » (en plus d'autres lacunes décrites ci-dessous), n'est pas cohérente, car dépourvue de base légale, et complique les choses pour l'investisseur qui a besoin d'un document résumant toute la procédure.

b) Une consécration timide de la concurrence

Le système actuel d'« ouverture des plis » trimestrielle mentionné ci-dessus est en effet une version modifiée du système « porte-ouverte » et une tentative pour répondre en partie à la spécificité de la Tunisie sur le plan géologique et eu égard aux ressources humaines et financières dédiées au secteur. Pour avoir une idée globale de la performance du système tunisien actuel d'un point de vue concurrentiel, il faut faire une analyse plus approfondie. Cela supposerait de pouvoir accéder à des informations actuellement non-disponibles au public, telles que le nombre des demandes qui ont été déposées pour un même bloc pendant un trimestre, le niveau des informations géologiques mises à disposition des investisseurs potentiels, et le niveau d'intérêt commercial dans les différents types de bloc. Il est généralement reconnu (par exemple dans le rapport de la Banque mondiale)³⁴ que les systèmes « portes ouvertes » sont moins concurrentiels que les systèmes d'appel d'offres.³⁵ Le système d'« ouverture des plis » trimestrielle reflète une possible concurrence pendant le trimestre si plusieurs demandes ont été déposées pour un même bloc, mais étant donné que le dépôt des demandes n'est pas annoncé publiquement (et pourrait survenir le dernier jour du trimestre), il n'y a pas de véritable promotion de la concurrence. Dans le même ordre d'idées, l'approche actuelle en matière de concurrence, prévue indirectement dans les documents internes de l'administration, révèle que le recours à une éventuelle compétition entre les investisseurs potentiels reste tributaire de la discrétion de l'administration, dans

32 En effet, on ne trouve pas de dispositions régissant l'accès à ladite base par les investisseurs, que ce soit dans les règlements ou dans des protocoles écrits émis par l'autorité compétente.

33 Devenue Direction générale des hydrocarbures.

34 Banque mondiale, Petroleum Exploration and Production Rights Allocation Strategies and Design Issues, 2010, www.documents.worldbank.org/curated/en/785881468336848695/pdf/518400PUB0REPL101OfficialUseOnly1.pdf

35 Cela ne veut pas dire qu'un système de « licensing round » serait nécessairement approprié dans tous les contextes (par exemple, lorsqu'il y a peu d'information géologique ou peu d'intérêt commercial) ou qu'il n'y a pas d'action qui pourrait être prise pour améliorer l'intérêt commercial, même dans un système porte ouverte (par exemple, amélioration de la quantité et qualité des données géologiques disponibles).

la mesure où celle-ci peut renoncer à cette démarche à tout moment, par une simple décision interne.

Il est à signaler que parmi les principales conditions d'octroi d'un permis de prospection et/ou permis de recherche ou d'une concession d'exploitation, le titre en question ne saurait être octroyé évidemment pour une zone déjà couverte par un autre permis de prospection, permis de recherche et/ou concession antérieure. Il en découle le droit exclusif du titulaire d'un permis de prospection de le transformer en permis de recherche (article 10-9 du code des hydrocarbures, tel qu'amendé par la loi n° 2017-41 du 30 mai 2017) et du titulaire d'un permis de recherche en cas de découverte, de le transformer en concession d'exploitation.

Pour résumer, la concurrence n'est pas consacrée par le code, mais elle l'est par le biais de pratiques administratives, néanmoins faciles à modifier. En outre, le droit exclusif du titulaire d'un permis de prospection de le transformer en un permis de recherche (et ensuite une concession d'exploitation) limite le recours à la concurrence, dans une succession de phases où cette concurrence existe dans certains autres systèmes d'octroi considérant les permis de prospection comme de caractère non-exclusif³⁶.

c) L'opacité règne tout au long du processus d'octroi³⁷

L'opacité est considérée comme l'un des traits caractéristiques du système « porte ouverte ». Le choix de la Tunisie pour ce système a eu un impact sur le degré de transparence dans le code et par conséquent dans la pratique. En effet, comme nous l'expliquons dans les sous-sections ci-dessous, les critères de prise de décision ne sont pas clairs (i), surtout les critères techniques et financiers (ii) ; il y a aussi un manque de transparence sur certains résultats du processus d'octroi (iii), notamment en ce qui concerne les documents environnementaux, la propriété réelle et la mise en œuvre de la décision adoptée en 2016 de publier les contrats pétroliers.

i) Opacité des critères de prise de décision

Le code prévoit que l'octroi des titres se fait sur la base de plusieurs critères. À titre d'exemple, l'article 15.1 dispose que les critères pour le permis de recherche sont : les capacités techniques et financières, le programme de travaux et le niveau de participation de l'ETAP ou les conditions de partage de production. Ces critères ne comprennent pas les aspects relatifs à la fiscalité parce que ces éléments sont déjà fixés par le code, et ne font pas l'objet de négociations, si l'on fait une lecture simple dudit article. La délimitation des critères est un aspect positif du système tunisien. Néanmoins, Il faut noter que l'alinéa 2 du même article 15.1 dispose que « Dans tous les cas, le permis de recherche est attribué au choix de l'Autorité concédante, et sans que ce choix puisse donner droit à indemnisation au bénéfice du demandeur débouté totalement ou partiellement ».

36 Par exemple, au Liban et en Nouvelle Zélande. Au Liban, l'article 11(3) de la loi sur les ressources pétrolières offshore prévoit qu'une licence de reconnaissance ne sera pas exclusive et ne donnera au titulaire aucune préférence en ce qui concerne l'obtention de tout autre droit pétrolier. Voir <https://www.lpa.gov.lb/english/sector-governance/legislative-framework>. En Nouvelle Zélande les permis de prospection sont généralement non exclusifs et sont accordés en considérant que le titulaire n'a aucun droit ultérieur d'obtenir un permis d'exploration ou d'exploitation. Voir Paul Foley, New Zealand, in *The Oil and Gas Law Review (Seventh Edition)*, 2019, disponible ici : www.thelawreviews.co.uk/digital_assets/ae6011e3-9ba7-477f-a304-9346e9ce9a9e/The-Oil-and-Gas-Law-Review---7th-Edition.pdf

37 Pour plus d'information sur le lien entre transparence et concurrence dans l'octroi des titres pétroliers, voir : Rhea Brathwaite et María José Jarquin, « The Role of Information in the Allocation of Petroleum Exploration and Production Rights » disponible ici.

Ainsi, l'alinéa 2 de l'article 15.1 vide le premier paragraphe d'une partie de son sens, car il donne à l'administration la possibilité de laisser de côté ces critères, sans pour autant avoir à justifier les raisons de son refus. Le fait que le ministère chargé des hydrocarbures prenne ses décisions après l'avis du CCH, sur la base de plusieurs critères, pourrait soulever des questions sur le fondement de ces décisions et le processus peut ainsi être perçu comme excessivement discrétionnaire. Ce risque est renforcé par le fait que la Tunisie n'utilise pas (au moins pas explicitement) un système de pondération entre les critères évalués, tel que certains autres pays le font³⁸, et donc il n'est pas possible de savoir comment les critères ont été évalués et comment ils ont été comparés dans le cas où il y a plusieurs offres.

De plus, les motifs sous-jacents à la prise des décisions ne sont ni accessibles ni disponibles, notamment les rapports justifiant la décision³⁹ ou les procès-verbaux des réunions administratives. L'exemple du Mexique pourrait à cet égard inspirer la Tunisie. En effet, la Commission nationale des hydrocarbures (CNH)⁴⁰ mexicaine s'affiche comme un leader dans ce domaine, en publiant les calendriers et les ordres du jour des réunions dans lesquelles les commissaires décident de l'octroi de permis et de licences. Elles sont diffusées sur Internet permettant ainsi aux parties prenantes de suivre en direct les présentations, les documents et de voir ceux qui font l'objet de discussion. Un télécriteur en bas de l'écran souligne le point de l'ordre du jour discuté, aidant ainsi les spectateurs à suivre la réunion. En plus, le CNH publie le jour suivant une vidéo de deux minutes qui explique les décisions prises pendant la réunion et leurs raisons, ainsi que les principaux engagements que les régulateurs attendent des entreprises.

Depuis la modification⁴¹ du code des hydrocarbures en 2017, des préoccupations ont surgi quant au fait que les critères mentionnés audit article 15.1 ne seraient pas les seuls considérés lors de l'évaluation d'une offre émanant d'un investisseur. L'adoption du mécanisme d'approbation parlementaire des contrats pétroliers et gaziers consacré par le dernier amendement signifie néanmoins la possibilité de tout négociateur, même les aspects fiscaux, puisque ces conventions sont désormais approuvées par une loi⁴². Cela permet dans une certaine mesure aux contrats de déroger aux dispositions du code, les deux procédures ayant la même valeur juridique (rang de loi ordinaire). Cette grande marge de discrétion instaurée par le mécanisme d'approbation parlementaire des contrats est amplifiée avec l'abolition du système de contrat-modèle par le code des hydrocarbures, qui était de mise jusqu'en 2017⁴³. Ce contrat-modèle pouvait au moins aider les organes de surveillance à identifier les disparités entre le modèle et le contrat à signer.

38 Les systèmes de pondération sont plus communs dans les « licensing rounds ». Le rapport de la Banque mondiale donne l'exemple du Brésil (pages 22 et 75). Un autre exemple est celui du Mozambique (décrit ici).

39 Nous entendons que normalement un rapport d'évaluation est préparé pour (et en partie par) le CCH mais cette étape n'est pas actuellement claire dans la réglementation. La préparation d'un rapport d'évaluation est relativement commune dans les pays utilisant les « licensing rounds ». Ces rapports sont normalement internes au gouvernement, mais il y a des pays, par exemple le Timor Leste, où la loi exige la publication de ces rapports (art. 12.2 du décret sur l'octroi des contrats pétroliers, disponible ici).

40 Natural Resource Governance Institute, Passation de marchés ouverte pour les droits pétroliers, gaziers et miniers: gros plan sur les bonnes pratiques, www.resourcegovernance.org/sites/default/files/documents/open-contracting-report-fr.pdf

41 Loi n° 2017-41 du 30 mai 2017, modifiant certaines dispositions du code des hydrocarbures

42 Wissem Heni, Amir Shafaie, Contract transparency and monitoring, Legislation and regulation, Licensing and negotiation, Natural Resource Governance Institute, mars 2017, www.resourcegovernance.org/blog/tunisia%E2%80%99s-draft-law-parliamentary-approval-oil-contracts-missed-transparency-opportunity

43 Wissem Heni, Amir Shafaie et Hichem Mansour, Why Tunisia Should Resume Use of Model Contracts in the Hydrocarbons Sector, Natural Resource Governance Institute, mai 2019, www.resourcegovernance.org/blog/why-tunisia-should-resume-use-model-contracts-hydrocarbons-sector

ii) L'imprécision des critères techniques et financiers

Plusieurs pays, tels que le Brésil, la Norvège et le Nigeria, utilisent un système de préqualification afin de déterminer d'abord si une compagnie possède les conditions de base avant d'accepter une demande de sa part⁴⁴. Ceci permet ensuite de simplifier l'évaluation des demandes en se focalisant sur moins de critères (par exemple le programme de travail et les aspects fiscaux) et de ne pas comparer une offre financièrement intéressante mais venant d'une entreprise peu qualifiée avec une offre moins intéressante financièrement mais venant d'une entreprise très qualifiée⁴⁵.

Une évaluation des qualifications existe en Tunisie⁴⁶, mais la procédure n'est pas transparente. Par exemple, les critères techniques et financiers appliqués dans chaque cas ne sont pas identifiés. Et il ne s'agit pas d'un système de préqualification proprement dit, dans le sens où ce n'est pas un processus séparé de l'évaluation de l'offre en général. La phase de préqualification pourrait être une opportunité pour plus de transparence, par exemple en annonçant clairement les critères spécifiques utilisés pour chaque catégorie (tels qu'un chiffre d'affaires minimal, l'expérience dans certains types de projets pétroliers, etc.)⁴⁷.

Et la clarté des critères techniques et financiers n'est pas forcément réservée au système d'appel d'offre, le cas de la Nouvelle Zélande illustrant qu'il est envisageable d'établir clairement de tels critères même en dehors d'un contexte concurrentiel. En effet, le gouvernement néo-zélandais a engagé des efforts concertés pour fournir des directives claires et disponibles au public sur les critères de base des adjudications. Ces directives précisent que les soumissionnaires doivent démontrer leur capacité à couvrir les coûts de la première étape du programme de travail (durant généralement deux ou trois ans) et tous les frais associés. Les directives fournissent aussi des détails concernant les pièces justificatives de la capacité financière qui seront prises en compte⁴⁸.

Le Liban est considéré comme un pays avant-gardiste en la matière. L'Autorité Libanaise du Pétrole divulgue sur son site⁴⁹ des informations contextuelles sur le processus de préqualification, y compris des données concernant les soumissionnaires, les critères spécifiques appliqués, les entreprises sélectionnées et les raisons du refus de certaines entreprises. Le site comprend aussi des informations sur la première série d'octrois des permis du pays (2017), y compris le schéma directeur complet, un résumé de la procédure d'adjudication, un protocole de soumission, le contrat modèle et les résultats de la présélection et de l'appel d'offres.

44 La préqualification est conseillée par plusieurs documents au niveau international, y inclus la publication par Chatham House des « Guidelines for Good Governance in Emerging Oil and Gas Producers 2016 ». Disponible ici, p. 19.

45 Avoir moins de critères d'évaluation est généralement vu comme une "bonne pratique". La Charte des Ressources Naturelles (précepte 3), disponible ici.

46 Selon l'Indice de gouvernance des ressources naturelles (2017), la Tunisie a obtenu un score de 50/100 en ce qui concerne la préqualification, parce que les critères sont prévus par un document et non pas par la législation. Ici les détails des résultats : resourcegovernanceindex.org/country-profiles/TUN/oil-gas

47 Les critères de préqualification peuvent bien sûr être modifiés selon les besoins pour un bloc particulier ou selon le rôle d'une compagnie dans un consortium.

48 New Zealand Petroleum and Minerals, www.nzpam.govt.nz/permits/

49 Lebanese Petroleum Administration, www.lpa.gov.lb/prequalification.php

iii) Manque de transparence concernant certains aspects relatifs aux résultats du processus d'octroi

Le gouvernement tunisien a pris une décision historique en 2016⁵⁰, celle de publier la totalité des contrats pétroliers. Un site⁵¹ dédié à ces contrats a été créé par le ministère chargé de l'énergie en partenariat avec NRGi sur lequel les documents sont disponibles sous format « open data » avec la mise à disposition d'outils avancés de recherche et de comparaison ainsi que des résumés.

Malgré le fait que cette nouvelle démarche d'ouverture de la part de l'administration ait été saluée par la société civile, elle laisse quand même un goût d'inachevé, et ce pour deux raisons :

**Des informations liées aux contrats ne sont pas encore publiées*

La première est due au fait qu'il y a encore d'importantes zones d'ombre concernant les résultats des processus d'octroi des permis. Plus précisément, les aspects environnementaux ne semblent pas encore touchés par cette dernière vague de transparence, puisque les études d'impact sur l'environnement ne sont pas encore publiées. Les documents clés dans ce contexte, et qui ne sont pas actuellement rendus publics, sont les études relatives aux mesures de sécurité à prendre pour la protection du personnel, des installations, de la population et de l'environnement, mentionnées à l'article 47 du code des hydrocarbures et à l'article 17 de l'arrête du 15 février 2001. Ces études exigées par le code lors de la phase d'exploitation sont très importantes pour la vérification des mesures de respect de l'environnement, vu le risque élevé qui caractérise cette étape en termes d'impact environnemental.

La question de la publication des informations concernant la propriété réelle constitue un autre volet très important de la transparence. Elle figure maintenant au nombre des exigences de la Norme ITIE⁵² pour les entreprises qui font une demande de permis ou de contrat pétrolier, gazier ou minier, de production ou d'exploration, ou y détiennent une participation directe. La norme prévoit que « dans la mesure du possible, les informations concernant la propriété effective devront être intégrées dans la documentation à déposer par les entreprises auprès des organismes chargés de l'octroi de licences dans le secteur extractif ». Le cadre juridique actuel régissant les hydrocarbures ne mentionne pas explicitement le thème de la propriété réelle. L'arrête du 15 février 2001 exige seulement de joindre les statuts de la société aux demandes de prospection de et de recherche. Ce document peut donner une idée de qui sont les propriétaires réels, surtout lorsqu'il s'agit d'une personne physique, mais l'information peut être plus nébuleuse lorsque les propriétaires sont des personnes morales. La note interne relative à l'octroi des permis exige de fournir une liste des actionnaires ou détenteurs du capital de la compagnie pétrolière soumissionnaire.

50 Wissem Heni et Amir Shafaie, Tunisia Embraces Emerging Global Norm of Contract Disclosure, Natural Resource Governance Institute, Juin 2016, resourcegovernance.org/blog/tunisia-embraces-emerging-global-norm-contract-disclosure

51 Wissem Heni, Anders Pedersen, Perrine Toledano, Charles Young, Tunisia Contracts Site Enhances Local Extractives Data Analysis, Natural Resource Governance Institute, Mars 2017, resourcegovernance.org/blog/tunisia-contracts-site-enhances-local-extractives-data-analysis

52 Aaron Sayne, Erica Westenberg and Amir Shafaie, Owning Up: Options for Disclosing, Natural Resource Governance Institute, août 2015, resourcegovernance.org/sites/default/files/documents/nrgi_beneficial_owners20150820.pdf Pour plus d'information sur la transparence des « propriétaires effectifs » voir l'Exigence 2.5 de la Norme ITIE 2019.

Ainsi, le concept de la propriété réelle, qui est un élément clé pour la lutte contre la corruption, n'est pas consacré par le code des hydrocarbures et ses textes d'application. En effet, la Tunisie a attendu jusqu'à l'année 2018 pour le reconnaître avec la promulgation de la loi n° 52-2018 du 29 octobre 2018 relative au registre national des entreprises qui définit dans son article 2 « le bénéficiaire effectif »⁵³, ce qui constitue une évolution cruciale vers plus de transparence. Désormais, les organes de surveillance ont le droit de consulter les données regroupées dans le registre national des entreprises qui est mis à disposition du public selon des dispositions de l'article 49 de ladite loi « hormis ce qui est en contradiction avec les lois en vigueur ». L'une des contraintes liée à la mise en œuvre peut résider dans la délimitation des contours des exceptions, étant donné que les services du registre national sont payants et que l'accès en ligne à ces informations demeure assujéti à certaines conditions. Néanmoins, il est important que la Tunisie possède maintenant un cadre aussi bien juridique qu'institutionnel qui régit la propriété réelle, ce qui aidera le travail de l'autorité concédante dans la phase d'octroi des titres d'hydrocarbures.

**L'oscillation dans la publication des contrats*

Avec cette décision de publier la totalité des contrats sur le portail ouvert par le ministère chargé de l'énergie et des mines, tout le monde pouvait croire que le ministère procéderait ainsi pour toutes les conventions approuvées ultérieurement. Par exemple, cette décision a bien été appliquée en 2017, puisque les conventions Nefzaoua⁵⁴ et Douiret⁵⁵ ont été publiées au Journal officiel pour la première fois dans l'histoire de la Tunisie.

En 2019, 8 documents⁵⁶ pertinents, notamment des conventions et avenants, ont été approuvés par les députés, mais malheureusement ils n'ont été publiés ni au Journal officiel ni sur le site des données ouvertes⁵⁷ du ministère chargé de l'énergie et des mines, ce qui reflète une certaine hésitation quant à la véritable application dans les faits de cette décision, qui semble dépendre du bon vouloir de chaque ministre. De fait, l'occasion a été ratée de faire de la publication une obligation légale en l'intégrant dans le code des hydrocarbures lors de sa réforme en 2017, et cela malgré le fait que NRGi et d'autres acteurs de la société civile tunisienne ont tiré l'attention de tous les acteurs sur ce risque depuis 2017⁵⁸. La Tunisie a fait partie des pays qui ont procédé à la publication des contrats pétroliers dès que l'ITIE a encouragé les pays à le faire. La Norme prévoit d'ores et déjà la publication obligatoire à compter du 1er janvier 2021.

53 Le bénéficiaire effectif selon cet article est toute personne physique qui exerce un contrôle ou une domination finale de fait, directe ou indirecte, sur une personne morale ou sur une construction juridique ou sur les organes d'administration ou de gestion ou de direction, ainsi que toute personne physique pour le compte de laquelle et au profit de laquelle des opérations sont effectuées par le moyen d'une personne physique ou morale ou d'une construction juridique. Le bénéficiaire effectif désigne également toute personne physique ayant le statut d'associé, d'actionnaire ou membre d'une personne morale ou d'une construction juridique et dont la valeur de sa participation au capital ou les droits de vote lui permettent un contrôle effectif sur cette personne.

54 Voir la loi n°60 du 24 août 2017.

55 Voir la loi n°61 du 24 août 2017

56 Voir les lois n°59, 65,66,67,68,69,70 et 74 de 2017.

57 Ces documents ont été publiés récemment au portail ouvert du ministère chargé de l'énergie suite à un remaniement ministériel.

58 Wissem Heni et Amir Shafaie, Tunisia's Draft Law on Parliamentary Approval of Oil Contracts: Missed Transparency Opportunity ?, Natural Resource Governance Institute, mars 2017, www.resourcegovernance.org/blog/tunisia%E2%80%99s-draft-law-parliamentary-approval-oil-contracts-missed-transparency-opportunity

B) COMMENT PROMOUVOIR L'OCTROI DES PERMIS EN SE RÉFÉRANT AUX NORMES ET BONNES PRATIQUES INTERNATIONALES

La Tunisie peut améliorer le processus d'octroi des titres d'hydrocarbures en s'inspirant des normes et des bonnes pratiques internationales. Nous essayerons de démontrer, tout d'abord, que l'impact d'une amélioration juridique de la procédure, en termes de concurrence, transparence et performance dépend aussi d'autres facteurs (a) ; ensuite nous formulerons des recommandations concrètes pour la prise de mesures pro-concurrence et pro-transparence (b).

a) Les facteurs et défis à considérer dans la poursuite de plus de concurrence

L'amélioration du cadre juridique est une condition nécessaire mais pas suffisante pour l'amélioration de la gouvernance du secteur (i). Si la Tunisie envisage de suivre les normes et pratiques préconisées au niveau international, il lui faudra prévoir les ressources humaines et financières pour ce faire (iii) ; de telles ressources devront également être prévues lors de la préparation de tout projet de révision du code qui nécessitera beaucoup d'efforts pour pouvoir être adapté auxdites normes standards (ii).

i) Le cadre juridique est un facteur parmi d'autres

La concurrence peut jouer un rôle important dans la création d'un secteur plus performant et transparent. Mais si elle est un objectif souhaitable, sa mise en œuvre ne dépend pas uniquement du choix des décideurs. D'autres facteurs essentiels interviennent aussi dans la détermination du niveau de la concurrence, notamment des facteurs sur lesquels le gouvernement tunisien n'a pas de contrôle, tels que le marché pétrolier mondial ou la géologie, et d'autres sur lesquels le gouvernement a un certain niveau d'influence (mais différent pour chaque facteur), tels que le régime fiscal⁵⁹, la disponibilité des informations géologiques et géophysiques, la stabilité politique, sécuritaire et sociale, le climat d'affaires (transparence, corruption, prise de décision efficace, etc.). Toute réforme du système d'octroi devrait tenir compte de ces autres facteurs et le gouvernement essayer de promouvoir la concurrence aussi à travers ces autres facteurs, en particulier ceux qu'il peut influencer.

Le monde est actuellement sous le choc des répercussions de la large et rapide propagation de la pandémie de Covid-19 sur les prix du pétrole, la Tunisie n'étant pas épargnée. L'impact sur l'exploration pétrolière risque d'être particulièrement important pour les pays comme la Tunisie dont l'industrie extractive est peu attractive pour les investissements pétroliers, et l'était même avant la crise. Il est donc d'autant plus important dans ce contexte que le gouvernement profite de la conjoncture pour mettre en place des mesures de gouvernance, afin d'atténuer au maximum de risque d'impact négatif sur le secteur pétrolier du pays.

En tout état de cause, un système d'octroi concurrentiel n'est pas toujours le plus approprié dans l'absolu. En effet, pour qu'un tel système soit bénéfique, la quantité et la qualité des données géologiques sont importantes, et la situation du marché jouer favorablement, pour susciter l'intérêt des compagnies pétrolières, ou au cas contraire les dissuader d'investir. Ces considérations font que le système concurrentiel n'est pas nécessairement le plus avantageux pour tous les pays⁶⁰. Les "licensing rounds" peuvent aussi coûter relativement cher du point de vue des moyens à mettre en place

59 Carole Nakhle et Thomas Lassourd, Assessing Tunisia's Upstream Petroleum Fiscal Regime, Natural Resource Governance Institute, Septembre 2019, www.resourcegovernance.org/sites/default/files/documents/assessing-tunisia-upstream-petroleum-fiscal-regime.pdf

60 Chatham House, "Guidelines for Good Governance in Emerging Oil and Gas Producers 2016". Disponible ici. Aussi NRG, "Granting Rights to Natural Resources" p. 3. Disponible ici.

(financiers et humains) et en termes d'impact sur le marché (au cas où un « licensing round » n'aboutirait pas). Mais il convient de rappeler qu'un système mixte est toujours envisageable, et souvent utilisé comme cela est décrit dans la première section de ce rapport, c'est-à-dire que la concurrence resterait ouverte pour certaines zones, notamment les plus prometteuses.

ii) Une approche « licensing rounds » nécessiterait une révision importante du code

Le cadre juridique actuel du secteur des hydrocarbures ne comprend pas de règles détaillées sur les procédures à suivre pour que la concurrence soit pleinement garantie, à l'exception de quelques critères objectifs tels que déjà mentionnés. En l'absence de dispositions précises relatives à la concurrence, le gouvernement est donc invité à concevoir une démarche claire et minutieuse pour la favoriser, ce qui nécessitera l'ajout de plusieurs dispositions au code afin de combler le vide actuel.

iii) Le défi lié à la mise en œuvre de la procédure : les délais et les compétences

La situation économique difficile que traverse actuellement la Tunisie appelle plus de transparence afin d'attirer et de rassurer les investisseurs. Elle exige en même temps plus d'efficacité dans le traitement des dossiers d'investissement, surtout en termes de délais. La mise en place de la procédure des « licensing rounds » prendra du temps au vu des modifications importantes qu'elle implique. À cela s'ajoute la considération des délais nécessaires pour l'approbation parlementaire des contrats pétroliers et gaziers comme prescrite par l'article 13 de la Constitution tunisienne⁶¹ et le dernier amendement au code des hydrocarbures.

Néanmoins, le ministère chargé de l'énergie souffre d'une pénurie de moyens humains et financiers, donc le changement du système actuel pour passer de « open door » au « licensing rounds », se heurtera vraisemblablement à des difficultés d'application car il suppose l'intervention d'un personnel qualifié et de ressources financières suffisantes pour garantir la bonne application des procédures.

b) Comment promouvoir une réforme dans l'octroi des permis en se basant sur les normes et bonnes pratiques internationales

Une partie des lacunes du système actuel exposées plus haut pourraient être comblées par des mesures « pro-concurrence » et « pro-transparence », tout en tenant compte bien évidemment des défis existants.

i) Mesures pro-concurrence

Nous proposons de favoriser la concurrence dans des cas spécifiques et de l'encourager dans d'autres cas par le biais notamment des mesures suivantes :

** Introduire une dose de concurrence en ouvrant des « licensing rounds » dans des cas spécifiques*

Même si la concurrence est un objectif souhaitable, pour les raisons mentionnées ci-dessus, il est difficile de concevoir un régime purement concurrentiel en Tunisie, étant donné que le pays n'a pas encore démontré tout son potentiel géologique et n'est pas encore qualifié de pays très riche en pétrole. La solution pourrait être de mettre en place un système faisant jouer la concurrence là où l'intérêt des

⁶¹ Sur la question de l'article 13 et l'approbation parlementaire, voir aussi la publication de NRCI intitulée « Parliamentary Guide for Approval of Natural Resource Contracts in Tunisia » mai 2016.

investisseurs est le plus important et / ou le risque est réduit.

Une option serait de définir les blocs les plus attractifs pour les investisseurs et de prévoir leur octroi par le biais de procédures d'appels d'offres ou « licensing rounds ». La difficulté posée par cette option serait liée premièrement à la détermination et à l'application des critères pour identifier les blocs « attractifs », tels que le potentiel géologique et les données disponibles, la proximité aux grandes infrastructures et le niveau d'intérêt commercial ; et deuxièmement il conviendra de pouvoir faire face aux défis de mise en œuvre décrits antérieurement, surtout si le nombre de ces blocs s'avèrent important.

Dès lors, avec un système mixte, les zones attractives seraient ouvertes à la compétition. Le défi majeur avec un tel système resterait de garantir la transparence quant au choix du régime applicable pour chaque bloc, en d'autres termes les critères et la procédure pour savoir si un bloc fera l'objet d'un appel d'offres ou s'il fera l'objet de négociations directes avec l'investisseur. Néanmoins, l'expérience internationale montre que l'application des deux systèmes à la fois est possible (Voir encadré 2).

Encadré 2 – Le système hybride de la Nouvelle-Zélande

Le cas de la Nouvelle-Zélande est un exemple intéressant d'approche hybride, différentes méthodes d'adjudication s'appliquant à différentes matières premières et en fonction des zones. De fait, la Nouvelle-Zélande permet trois procédures distinctes d'adjudication pour l'exploitation de ses minéraux :

- Les appels d'offres concurrentiels, occasionnels et portant sur de grandes zones ;
- Une procédure de « superficie nouvellement disponible », qui agit comme un « mini » appel d'offres pour des zones plus petites dans des régions prospectives ; et
- Une procédure non-concurrentielle (c.-à-d., par ordre de dépôt des demandes) d'« offre de programme de travail acceptable » pour toutes les autres zones.

Afin d'expliquer quelle procédure d'adjudication s'applique à un cas donné, en plus de la législation et des réglementations concernées, le site Internet du pétrole et des minéraux de la Nouvelle-Zélande fournit des explications claires sur les trois procédures, des documents guides sur les procédures et leurs différences et une base de données en ligne permettant aux utilisateurs de déterminer quelle méthode d'adjudication s'applique à une zone donnée.

Le cadre juridique tunisien envisage déjà des possibilités limitées de faire jouer la concurrence, notamment avec l'ouverture trimestrielle d'offres décrite antérieurement et aussi durant la phase d'exploitation, quand la découverte est *confirmée*, car les données géologiques sont alors disponibles et le risque beaucoup moins important que lors des phases d'exploration ou de recherche L'article 58 du code des hydrocarbures dispose que :

« À l'expiration, à la renonciation ou à l'annulation de la concession d'exploitation, celle-ci fait retour à l'Autorité Concédante (...). Toutefois, à l'expiration de la concession d'exploitation, le titulaire aura un droit de préférence pour continuer l'exploitation suivant les mêmes clauses et mêmes conditions que celles auxquelles l'Autorité Concédante serait prête à conclure avec des tiers. »

Ainsi, et dans ce cas, le gouvernement peut organiser des appels d'offres puisque la découverte et les réserves sont connues d'avance, et le choix se focalisera essentiellement sur le plan de développement (le programme de travaux pour continuer l'exploitation et / ou faire d'autres découvertes) et la participation de l'ETAP / taux de partage de production qui aura un impact sur les revenus de l'État. Il est opportun toutefois de signaler que la préférence accordée par l'article 58.2 au titulaire existant, en lui permettant d'égaliser les conditions acceptables de tiers, pourrait

décourager les autres entreprises de soumettre une offre. Mais la concurrence est déjà au moins présente ici, indirectement, même si sans exiger le suivi d'un processus absolument transparent, ce qui peut néanmoins le vider de son sens.

Si la Tunisie optait pour l'introduction d'un degré plus important de concurrence, il faudrait que ce choix s'accompagne des outils nécessaires pour renforcer l'impact positif de ce choix. Cela pourra être possible grâce à l'intégration des bonnes pratiques⁶² telles que celles décrites antérieurement sur la préqualification, la définition et délimitation des critères, et la transparence.

** Stimuler la concurrence même sans « appel d'offres », par l'adoption du système de fichier ouvert pour la phase prospection/recherche.⁶³*

Le système actuel d'appel d'offres trimestriel est une forme de mécanisme d'octroi aussi appelé « la porte ouverte », mais avec une légère variante permettant de refléter une certaine concurrence. Même si ce système est généralement critiqué pour son opacité, des améliorations en termes de transparence peuvent être introduites afin de stimuler la concurrence. En effet, le recours à la publicité durant la phase prospection-recherche promouvrait la concurrence sans nécessairement avoir à passer par la procédure spécifique des appels d'offres. Ce système, connu sous le nom de « open file system » (système de fichier ouvert), consiste à publier les demandes qui ont été déposées pour un certain bloc pendant une certaine période (par exemple un trimestre), afin d'encourager d'autres demandes pour le même bloc⁶⁴. Cette approche encouragerait en fait une vraie compétition entre les soumissionnaires, sans pour autant modifier radicalement le système actuel⁶⁵.

Il est toutefois opportun de signaler que certaines entreprises pourraient — dans le cadre du système « open file » — déposer leurs demandes à la dernière minute afin d'échapper à la procédure de publicité. Pour remédier à cette situation, la législation pourrait prescrire dans un tel cas une extension des délais de dépôt des offres et des demandes, afin de donner la possibilité de participation à d'autres compagnies pétrolières.

ii) Mesures pro-transparence : s'inspirer de la norme Open Contracting

Quel que soit le système d'octroi des permis retenu, la transparence reste indispensable, notamment pour la mise en œuvre de la redevabilité. Le mécanisme « open contracting » ou la passation de marchés ouverte peut constituer une source d'inspiration et une référence fiable pour l'introduction de dispositions relatives à la transparence dans le code des hydrocarbures.

62 Banque mondiale, documents.worldbank.org/curated/en/785881468336848695/pdf/518400PUB0REPL101OfficialUseOnly1.pdf

63 Une possibilité serait de créer une version digitale (et disponible publiquement) du registre mentionné dans l'arrêté du 15 février 2001 (art. 2.3 et art. 22).

64 Dans le document de Chatham House "Guidelines for Good Governance in Emerging Oil and Gas Producers 2016" (disponible ici, p. 20) l'exemple est donné d'une période de 90 jours utilisée par le gouvernement pour inviter les soumissionnaires à concourir et rivaliser avec une demande qui vient d'être faite par une compagnie. Le rapport de la Banque mondiale (disponible ici p. 14) fait aussi référence à une telle possibilité pour adapter le système dit de la porte ouverte.

65 Cette approche laisserait entière la question de la priorité accordée par le code au titulaire d'un permis de prospection dans sa transformation en permis de recherche. La question se pose si le titulaire d'un permis de prospection soumet une demande pour transformer son permis et que pendant la même période une autre entreprise soumet aussi une demande offrant des conditions plus intéressantes (par exemple une participation plus importante pour l'ETAP).

* Définition

La norme « open contracting » regroupe un ensemble de règles visant à ouvrir toutes les phases du processus de passation des marchés, notamment la planification, l'adjudication et l'exécution. L'objectif de cette norme est d'inspirer les décideurs, les organes de surveillances et le secteur privé sur les perspectives de réformes du système de passation des marchés pour parvenir à plus de transparence. Cette norme est désormais reconnue à l'échelle mondiale⁶⁶.

NRGI et l'Open Government Partnership (OGP) ont collaboré ensemble pour adapter les principes de *l'open contracting* au secteur des hydrocarbures et des mines, cette collaboration ayant abouti à une étude⁶⁷ résumant les bonnes pratiques dans le secteur : elle se base sur l'expérience internationale, d'autant plus que plusieurs pays dans le monde ont considérablement progressé vers davantage d'ouverture dans le processus de passation des marchés dans le secteur extractif. Plusieurs pays essaient de suivre leurs traces.

La Tunisie fait partie des 30 pays qui se sont engagés lors du Sommet de Londres⁶⁸ à mettre en œuvre les principes de la passation ouverte des marchés dans le secteur extractif en lien avec l'ITIE. La Tunisie a réitéré son intérêt et engagement à l'application de la Norme dans le 3^e plan PGO comme déjà mentionné dans l'introduction de cette étude.

Il découle des considérations qui précèdent que le système d'octroi des permis et titres en Tunisie comporte encore des lacunes importantes, surtout en matière de transparence. Les recommandations suivantes sont donc faites afin de promouvoir la transparence dans ce domaine, qui s'inspirent et prennent pour référence de la norme *open contracting*.

* Recommandations

Avant de passer aux recommandations, il est utile de faire deux remarques préalables. Premièrement, la norme *open contracting* peut aider les gouvernements à engager des réformes, mais ces dernières ne sont pas nécessairement d'ordre juridique ; d'autres types de réformes peuvent s'avérer utiles, par exemple de nature organisationnelle et qui ne nécessitent pas forcément de grandes réformes juridiques pour être mises en pratiques. Néanmoins nous nous focaliserons sur quelques aspects de la norme qui peuvent être traduites en termes juridiques et par conséquent peuvent être utiles dans la préparation de réforme du code des hydrocarbures prévue en Tunisie. Le deuxième facteur est que la Tunisie a déjà fait plusieurs pas importants vers la transparence. Ainsi, nous nous concentrerons sur la manière de capitaliser ces progrès, en proposant la prise de mesures supplémentaires ou complémentaires, y compris le cas échéant l'intégration dans le code des hydrocarbures des politiques déjà adoptées, telle la publication des contrats. Certaines de ces mesures existent déjà dans l'engagement pris au niveau du plan d'action national OGP. Nous organisons nos recommandations autour des phases constitutives du processus de passation des marchés selon la norme « *open contracting* ».

66 Avec l'obtention du soutien de l'OCDE, du G20, du Sommet de la lutte contre la corruption organisée à Londres en 2016 et aussi l'initiative Partenariat pour un gouvernement ouvert (OGP).

67 Natural Resource Governance Institute, Passation de marchés ouverte pour les droits pétroliers, gaziers et miniers : gros plan sur les bonnes pratiques, www.resourcegovernance.org/sites/default/files/documents/open-contracting-report-fr.pdf

68 Anti-Corruption Summit– London 2016, Tunisia Statement of Commitments, www.assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/522734/Tunisia.pdf

** La phase de promotion*

L'étape de planification, et notamment de promotion des blocs libres, est cruciale à la réussite du processus d'attribution des permis. Toute défaillance au cours de cette étape peut discréditer le reste des étapes qui suivent et entraîner d'énormes pertes pour l'État et ses citoyens. En outre, la transparence durant cette étape est fondamentale puisqu'elle permet aux citoyens de réagir et de s'opposer éventuellement à un projet, par exemple, pour les risques d'impact sur le plan environnemental.

Comme déjà mentionné dans le graphique sur le processus d'octroi des titres d'hydrocarbures en Tunisie, la phase de planification/promotion telle que décrite dans le code des hydrocarbures n'est pas suffisamment élaborée. À titre d'exemple, nous ne trouvons pas de dispositions parlant des méthodes de délimitation des blocs libres. Ce vide législatif a donné lieu à des chevauchements dans les rôles des autorités publiques en charge de cette tâche : en effet, le ministère en tant qu'autorité concédante, est censé être le responsable de cette phase ; or, dans la réalité, c'est l'ETAP qui joue ici un rôle très important.

Afin de garantir un processus de planification clair, efficace et transparent, nous formulons les propositions suivantes à prendre en considération en cas de réforme du code :

- **Prévoir une procédure pour la délimitation des blocs libres**, qui soit transparente et participative. Par exemple, en Norvège un processus transparent et surtout participatif précède toute ouverture d'une nouvelle zone aux investisseurs pétroliers, un rôle très important étant donné au parlement concernant la décision⁶⁹.
- **Clarification des rôles des acteurs publics**, en énonçant explicitement que le ministère est en charge de la gestion des informations cartographiques des zones libres et de leur mise à jour.
- **Clarification des conditions et des procédures d'accès à la « data room »** : qui en est responsable, les critères d'accès à cette base de données qui contient les informations géologiques sur les blocs libres, etc.

** La phase d'adjudication et d'attribution des contrats et des permis*

La norme *open contracting* recommande que les règles du jeu soient transparentes. Nous avons déjà mentionné que les règles sont éparpillées, discrétionnaires et lacunaires. Pour remédier à ces insuffisances, nous proposons pour le code et ses textes d'application ce qui suit :

- **Intégrer les éléments essentiels du système d'octroi tunisien dans le code et les textes d'application** : Il est critiquable qu'une partie des procédures soit définie par des notes et des textes internes, qui peuvent être très facilement modifiées, ce qui porte atteinte aux principes d'égalité et de transparence. De même, le domaine des hydrocarbures étant très complexe puisqu'il touche aussi à d'autres secteurs, les contrats modèles peuvent jouer un rôle fondamental pour clarifier la procédure. Malheureusement, la Tunisie a renoncé au système du contrat-type en 2017⁷⁰ comme déjà mentionné. L'adoption et la publication d'un modèle de contrat constituerait néanmoins une garantie supplémentaire

69 Natural Resource Governance Institute, Passation de marchés ouverte pour les droits pétroliers, gaziers et miniers : gros plan sur les bonnes pratiques, pages 25 et 26, www.resourcegovernance.org/sites/default/files/documents/open-contracting-report-fr.pdf

70 Wissem Heni, Amir Shafaie et Hichem Mansour, Why Tunisia Should Resume Use of Model Contracts in the Hydrocarbons Sector, Natural Resource Governance Institute, May 2019, www.resourcegovernance.org/blog/why-tunisia-should-resume-use-model-contracts-hydrocarbons-sector

de transparence pour tous les acteurs. L'existence et l'application de documents modèles devraient faire partie du code.

- **Organiser un système clair de préqualification** : cela signifie la fixation d'exigences préalables aux compagnies avant qu'elles puissent présenter une demande. Ces exigences préalables peuvent être des critères spécifiques utilisés pour chaque catégorie de projet. La Tunisie peut adopter un système souple selon la spécificité géologique du bloc ou la nature du projet. Pour cela, le code des hydrocarbures peut fixer les règles générales et imposer une transparence pour chaque projet, par exemple la publication des critères spécifiques sur le site du ministère. Le code peut également prévoir des éléments relatifs à la capacité des compagnies candidates, dans le domaine financier, technique, et autre. La note interne de 2002 liste déjà une bonne partie de ces critères, tels que le chiffre d'affaires minimal, l'expérience dans certains types de projets, pétroliers, etc. qu'il conviendrait de formaliser. Ces critères peuvent varier au besoin selon les projets et la procédure qui s'appliquera. Le code peut exiger également la publication desdits critères de façon détaillée pour chaque projet, et notamment l'identité des entreprises candidates à la pré-qualification, et celles qui ont été qualifiées.
- **Consacrer le principe de transparence tout au long du processus de prise de décision** : La réforme du code des hydrocarbures doit aboutir à la publication de l'information susceptible d'aider à la compréhension des motifs des choix des investisseurs, à l'évaluation et au classement des offres et des demandes par l'autorité concédante. Par exemple, le code peut exiger la **publication d'un rapport sur l'évaluation des demandes** expliquant le raisonnement justifiant les décisions prises. Les pièces justificatives dans ce contexte sont essentiellement les procès-verbaux du CCH. Nous notons ici que le ministère chargé de l'énergie et des mines a préparé en 2016 un projet de décret⁷¹ réorganisant la composition et le fonctionnement du CCH, et que ce décret exigeait la publication des procès-verbaux de cet organe ; malheureusement, ce projet est tombé dans l'oubli à cause des fréquents remaniements ministériels.
- **Incorporation de dispositions relatives à la transparence des résultats** : La transparence suppose la publication d'une liste des offres reçues surtout dans le cas où plusieurs compagnies ont soumis des demandes/offres pour le même bloc.

Le code devrait exiger la **publication des données relatives à l'identité de la compagnie qui a été sélectionnée, et notamment de ses « propriétaires réels »**. Si la Tunisie adhère à l'ITIE en 2020, comme prévu par l'engagement contenu dans le plan d'action national 2018-2020 du Partenariat pour un gouvernement ouvert (OGP), un gros travail sera requis et rapidement sur la question puisqu'il s'agit maintenant d'une exigence à part entière de l'ITIE comme expliqué précédemment. Le défi consistera à harmoniser le secteur extractif et les autres secteurs, surtout après l'adoption de la nouvelle loi relative au registre national des entreprises comme déjà mentionné. En effet, cette nouvelle loi parle de la publicité et la mise à disposition du public des informations liées aux bénéficiaires effectifs, mais l'accès au registre demeure soumis à certaines conditions. Une réforme du code pourra permettre d'exiger la publication de ces données pour le secteur extractif, pour répondre à la Norme ITIE et en l'occurrence exiger la vérification des propriétaires réels avant l'octroi des titres pétroliers et gaziers⁷².

71 Entretien avec M. Kais Mejri, ancien directeur général au sein ministère de l'Énergie et des Mines, chargé des affaires juridiques et président de la cellule de bonne gouvernance.

72 Erica Westenberg, Aaron Sayne, Examen de la propriété réelle : mesures pratiques pour réduire les risques de corruption dans les procédures d'octroi de licences extractives, Natural Resource Governance Institute, octobre 2018, www.resourcegovernance.org/analysis-tools/publications/examen-de-la-propriete-reelle-mesures-pratiques-pour-reduire-les-risques

La réforme du code est aussi l'occasion de faire que la publication des documents contractuels (conventions particulières et contrats de partage de production ou contrats d'association ainsi que leurs annexes et avenants) soit une obligation légale. Lors des discussions parlementaires autour du projet de loi relatif à la modification du code des hydrocarbures en 2017⁷³, sept députés ont proposés l'ajout de dispositions exigeant la publication des conventions et des contrats, mais leur proposition a été rejetée. Les deux premières conventions adoptées après l'amendement du code de 2017 ont été publiées au Journal officiel, puis cette pratique a semble-t-il cessé d'être suivie régulièrement comme évoquée antérieurement. La publication des documents contractuels au Journal officiel peut néanmoins être une procédure longue, surtout s'il est nécessaire de disposer d'une version électronique exacte du document, et de le traduire. Une solution serait de prévoir l'obligation de publication des documents au moins sur le site officiel du ministère chargé des hydrocarbures.

Accorder plus d'importance à la transparence des engagements en matière sociale et environnementale⁷⁴ : le code réformé pourra exiger la publication des plans de recrutement et de formation prévus aux articles 47.e et 66.2 du code actuel⁷⁵ et des études d'impact sur l'environnement (cf. article 47 du code actuel et article 17.5 de l'arrête du 15 février 2001). Sur ce dernier point, la Norme ITIE a connu une évolution importante en 2019⁷⁶ avec l'incorporation des plusieurs exigences en matière environnementale, essentiellement la publication des paiements environnementaux faits par les compagnies au gouvernement et en encourageant la publication des informations contextuelles sur le contrôle du respect de l'environnement. La Tunisie pourrait même aller plus loin avec l'obligation de publier lesdites études, la pollution causée par le secteur extractif étant une question d'actualité dans le pays.

** La phase de mise en œuvre et le regroupement des informations*

Pour rendre les responsables publics redevables, la transparence des phases de planification et d'attribution est nécessaire mais pas suffisante. C'est pour cette raison que la norme *open contracting* recommande le suivi de l'exécution des engagements contractuels, en d'autres termes la mise en œuvre des contrats. En effet, les enjeux financiers, environnementaux et sociaux de ces contrats sont les plus importants lors de la phase de la mise en œuvre. La norme incite donc les gouvernements à **publier les résultats commerciaux, sociaux et environnementaux de chaque projet** et à les comparer aux règles fixées pour celui-ci afin de surveiller le respect de ces conditions.

73 MSG, Débats tenus lors de la séance plénière de 18 avril 2017, www.arp.tn/site/debat/AR/fiche_deb.jsp?cd=97980

74 Si certains éléments sont ajoutés au processus d'octroi afin de promouvoir des considérations environnementales et sociales dans la décision d'ouvrir certains périmètres à l'exploration pétrolière, la transparence devrait aussi couvrir les documents pertinents, par exemple la publication des études d'impact stratégique / préliminaire et / ou les documents produits et décisions prises suite aux consultations.

75 D'autres plans prévus dans le code, tels que les plans d'intervention urgente (art. 59.2(e)) et le plan d'abandon des sites (art. 61), pourraient aussi être ciblés pour la transparence, mais ils ne sont pas mentionnés parce qu'ils ne font pas partie de la phase d'octroi et de mise en œuvre des permis (la transparence d'autres éléments comme la production et les revenus étant aussi prévue).

76 Initiative pour la transparence dans les industries extractives, Lancement de la Norme ITIE 2019, janvier 2019, www.eiti.org/news/eiti-launches-2019-eiti-standard

La complexité des projets pétroliers est telle que la réforme du code des hydrocarbures ne sera pas suffisante pour consacrer pleinement le principe de transparence. Ces projets touchent en effet plusieurs domaines d'activités et sont régis par plusieurs textes juridiques (outre le code des hydrocarbures) et plusieurs structures gouvernementales. Le suivi de l'exécution des projets nécessite donc plusieurs types d'information (par exemple les paiements des compagnies au gouvernement, la responsabilité sociale des entreprises, etc.) et l'existence de toute une batterie de textes peut éventuellement faire obstacle à la transparence souhaitée. Pour que le principe de transparence soit idéalement respecté, il est recommandé de **regrouper les diverses informations concernant un projet dans un lieu unique**. La Figure 1 ci-dessous extraite du rapport NRG-OGP fournit un résumé de la manière dont un pays peut, pour chaque projet, centraliser de façon transparente tous les thèmes liés à la mise en œuvre de la norme de passation des marchés ouverte.

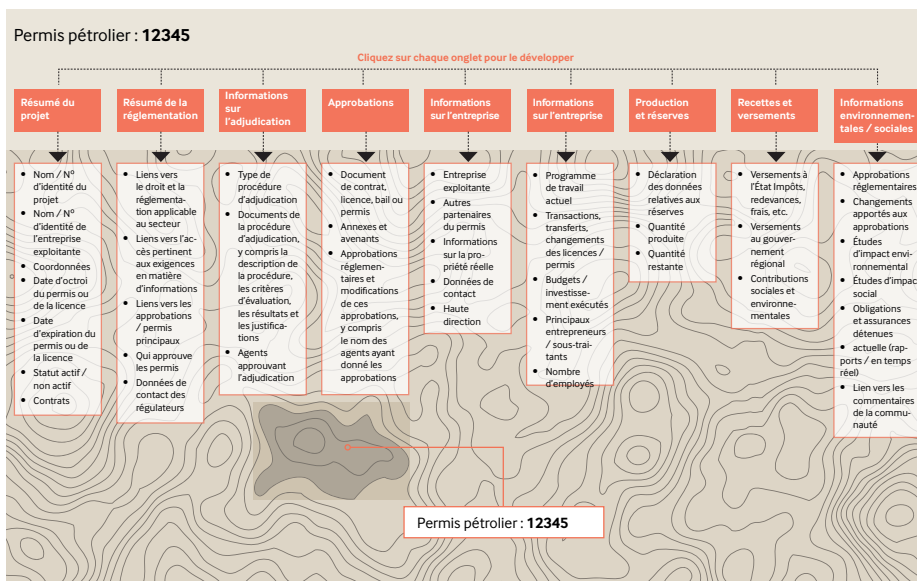


Figure 1. Modèle possible pour la centralisation transparente des informations relatives à un projet

La Tunisie a créé l'année dernière le site « Taketna »⁷⁷ dans l'optique de rendre le secteur de l'énergie plus transparent. Même si l'initiative, sous la direction de la présidence du gouvernement, est louable, la version actuelle du site ne répond ni au standard *open contracting* ni aux besoins des citoyens tunisiens exigeant plus de transparence dans le secteur des hydrocarbures. La Tunisie pourrait utilement s'inspirer de l'exemple du Mexique dans ses efforts de transparence. Le site de la Commission Nationale des Hydrocarbures du Mexique (voir Figure 2 ci-dessous) est un bon exemple de site comportant l'ensemble des éléments essentiels concernant chaque projet pétrolier et gazier.

77 Taketna, www.taketna.tn

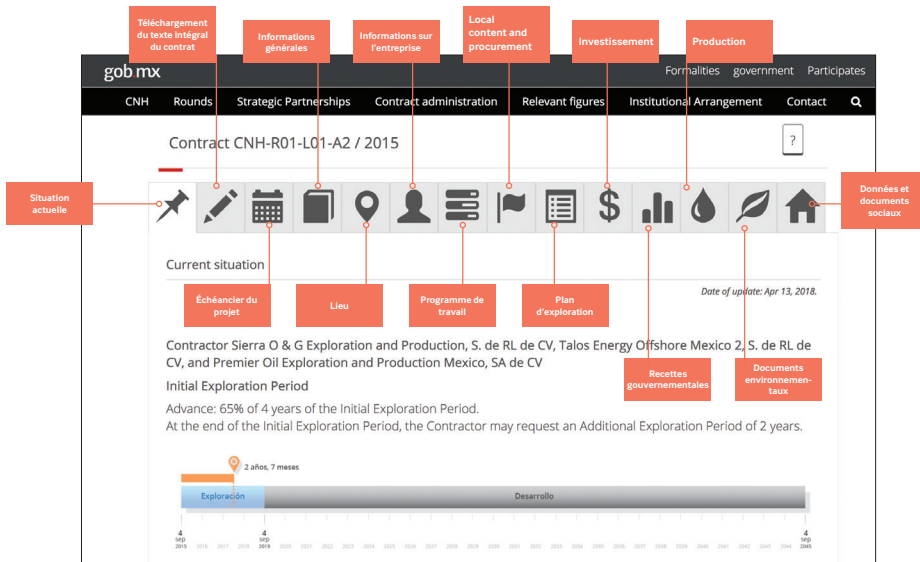


Figure 2. Site de la Commission Nationale des Hydrocarbures du Mexique

Ainsi, la réforme du code devrait idéalement être accompagnée de la création d'une plateforme de données regroupant toutes ces informations pour faciliter la recherche des données relatives au secteur. En l'état actuel de la situation en Tunisie, il existe deux plateformes⁷⁸, ce qui pourrait être revu pour assurer une meilleure coordination entre les différents services publics.

78 Ministère de l'Industrie de la Tunisie, Portail des données ouvertes, www.data.industrie.gov.tn

Conclusion

La procédure d'octroi des titres pétroliers et miniers est très vulnérable à la corruption en Tunisie. Le choix des compagnies et les critères de sélection fixés pour cela déterminent en grande partie la capacité des investisseurs à mener à bien leur projet et à faire prospérer le pays. Le système d'octroi actuel comporte d'importantes faiblesses en termes de transparence, permettant d'ouvrir la porte aux réformes pour apporter les améliorations nécessaires. L'incorporation de nouvelles dispositions relatives à la transparence constituera un message positif pour tous les acteurs, à savoir les compagnies pétrolières, les organes de surveillance et le public en général. Le secteur privé aura plus de visibilité et les organes de surveillance, au même titre que les citoyens, bénéficieront de garanties supplémentaires pour ce qui est de la redevabilité de la part de l'ensemble des parties prenantes concernées. La norme *open contracting* peut être le cadre idéal pour mener ces réformes puisqu'elle regroupe toute une série de pratiques exemplaires à l'échelle internationale.

La transparence du processus d'octroi des permis requiert non seulement la publication des données pertinentes, mais aussi de garantir quelques prérequis, en l'occurrence des institutions compétentes et efficaces. En outre, la transparence n'est pas un objectif en soi, si elle ne conduit pas à obliger les responsables à rendre des comptes, ; en d'autres termes, une transparence ne sert à rien si elle ne permet pas de tirer les conséquences au niveau de la gestion des affaires et des ressources publiques, lorsque cela s'avère nécessaire. Seule la compétence des organes de surveillance (y compris la société civile, les parlementaires, les médias, etc.) garantira une transparence efficace.

Mais la promotion de la transparence dans le processus d'octroi des titres ne résoudra à elle seule tous les problèmes. Il faut placer la réforme dans un cadre stratégique plus large afin de lui donner un sens. Par exemple, il conviendra de d'attaquer à d'autres aspects liés au secteur tel que la fiscalité (sur la base du potentiel géologique existant), et même aller plus loin en réfléchissant au vrai rôle des compagnies pétrolières eu égard à la situation économique et sociale alarmante des régions riches en hydrocarbures. La détermination de la stratégie et des objectifs en tenant compte du potentiel et des ressources disponibles (naturelles, humaines et financières) devra permettre d'aboutir aux modèles et mécanismes les plus appropriés. Le recours à la concurrence doit répondre à des besoins bien précis et résoudre des problématiques bien définies pour déboucher sur la conclusion d'accords avantageux pour l'État et pour que cet avantage ne transforme pas en un fardeau administratif et financier sans utilité pour le pays. Ces choix devront être faits dans un cadre participatif impliquant tous les acteurs concernés, y compris la société civile, afin de garantir l'appropriation des réformes et leur efficacité.

L'Institut de gouvernance des ressources naturelles (NRGI, Natural Resource Governance Institute) est une organisation indépendante à but non lucratif qui aide les populations à tirer le meilleur parti des richesses pétrolières, gazières et minières de leur pays, grâce à la recherche appliquée ainsi qu'à des approches innovantes de renforcement des capacités, de conseil technique et de plaidoyer. **Pour en savoir plus, rendez-vous sur www.resourcegovernance.org.**

