



**JOURNAL DE LA DIRECTION DES AFFAIRES
JURIDIQUES DU MINISTÈRE DES AFFAIRES
ÉTRANGÈRES ET DE LA COOPÉRATION**

— HORS SÉRIE 2016 —

DOSSIER

**LE CONGO ET LE DROIT INTERNATIONAL DES
INVESTISSEMENTS**

Sommaire

Dossier : Le Congo et le droit international des investissements

- **La diplomatie au service du développement plaidoyer pour la mise en œuvre d'une diplomatie économique** **5**
Monsieur Jacques Jean Luc NYANGA – Ambassadeur– Secrétaire Général
Adjoint- Chef du Département des Services Généraux - Ministère des Affaires Etrangères
et de la Coopération
- **Les sources internationales de la protection des investissements au Congo.....** **11**
Monsieur ADOUA-MBONGO Aubrey Sidney – Directeur des Affaires Juridiques
au M.A.E.C M^{me} NSINGOULOU – ADOUA Cynthia- Juriste Fiscaliste
- **La révision de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle :
Regard d'un diplomate.....** **16**
Monsieur Sylvain BAYALAMA – Ambassadeur– Inspecteur Général au M.A.E.C
- **Les investissements dans les infrastructures condition sine qua non pour le dévelop-
pement des projets miniers au Congo.....** **24**
M. Aimé Emmanuel YOKA- Directeur Général de Congo Iron
M Florent LAGER Administrateur Général Adjoint MPD Congo

Varia

- **Les usages diversifiés des réserves aux traités.....** **35**
Mademoiselle BRAHMA Izvor- Juriste
- Chronique de droit international économique.....** **42**
Sous la direction de M^{me} NSINGOULOU – ADOUA Cynthia
- Chronique des faits internationaux.....** **46**
Sous la direction de M. DZOUBOUNGUÏ LOUNI Tite
M. NGOULOU Henri
- Chronique de Jurisprudence internationale.....** **64**
Sous la direction de M. MOUKOUANGA Joël
- Chronique des traités internationaux relatifs à l'investissement ratifiés par le Congo..** **71**
Sous la direction de Mme ITOUA LEKENGY Patience
- Bibliographie.....** **73**
Sous la direction de M. ADOUA-MBONGO Aubrey Sidney
- In Memoriam- Et si l'alchimie m'était contée : Boutros-Boutros Ghali et la sublimation
du droit international** **75**

Les investissements dans les infrastructures condition sine qua non pour le développement des projets miniers au Congo

Par

Aimé Emmanuel Yoka
Directeur Général Congo Iron
Président de la FedMines

Et

Florent Lager
Administrateur Général Adjoint MPD Congo
Vice-Président de la FedMines

Définir la notion d'investissement est complexe en raison de son caractère éminemment économique. La Convention de Washington pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements entre Etats et Ressortissants d'autres Etats⁵⁸ ne définit d'ailleurs pas cette notion. Il convient donc de se référer à la jurisprudence internationale notamment les sentences CIRDI⁵⁹ pour cerner cette notion. Dans l'affaire Fedax⁶⁰, trois critères ont été retenus pour caractériser un investissement: la durée, la prise de risque et le développement économique du pays d'accueil.

Au regard de ces critères il apparaît que les projets miniers ou pétroliers sont l'archétype de l'investissement, en raison non seulement de l'ampleur des montants investis (de quelques dizaines de millions à plusieurs milliards de Dollars US⁶¹) mais surtout :

- (i) des risques pris et du grand aléa dans la phase de recherche puisqu'en moyenne un projet sur trois cents atteint le stade du développement. Dans le secteur minier le taux de succès mesuré par le nombre de mines qui sont développées est d'un sur mille⁶², soit moins de 0,10 %. Par contraste, dans l'industrie pétrolière, le taux de succès d'un projet de recherche est de 10% dans les environnements difficiles, comme les eaux profondes du Golfe du Mexique, et presque 50% aux Etats Unis en général⁶³.

⁵⁸ L'absence de définition du terme investissement dans la Convention de Washington du 18 mars 1965 traduit la volonté des rédacteurs de concilier deux objectifs : (i) ne pas réduire le champ de compétence du CIRDI (Centre International de Règlement des Différends liés à l'Investissement), (ii) ouvrir la Convention au plus grand nombre d'États possible, en permettant aux plus réticents d'entre eux d'y adhérer avec une réserve, mentionnée à l'article 25-4 de la Convention : « tout État contractant, peut, lors de la ratification de son acceptation ou de son approbation de la Convention, ou à toute date ultérieure, faire connaître au Centre la ou les catégories de différends qu'il considérerait comme pouvant être soumis au CIRDI, réduisant la compétence de celui-ci ». À ce jour, cinq États font usage de cette faculté : l'Arabie saoudite, qui exclut toutes les questions ayant trait au pétrole notamment, la Chine, qui ne reconnaît la compétence du Centre que pour les différends concernant la compensation due en cas d'expropriation ou de nationalisation, la Jamaïque, la Papouasie-Nouvelle Guinée et la Turquie.

⁵⁹ E. Gaillard, « reconnaître ou définir ? Réflexion sur l'évolution de la notion d'investissement dans la jurisprudence du CIRDI » : in *Le droit international économique à l'aube du XXI^e siècle*, sous la direction de J-M SOREL. Paris, Pedone, 2009.

⁶⁰ Fedax NV c/ Venezuela, sentence du 11 juillet 1997. Dans cette affaire le paiement d'un effet de commerce a été assimilé à un investissement. Dans une autre sentence CSOB c/ la République Slovaque en date du 24 mai 1999 un prêt a été assimilé à un investissement. Dans la sentence Salini Costruttori c/ Royaume du Maroc en date du 23 juillet 2001 un contrat de marché public (construction d'une portion d'autoroute) a été qualifié d'investissement. Enfin la sentence rendue le 6 août 2003 Société Générale de Surveillance SA c/ République Islamique du Pakistan une activité d'inspection dont la réalisation dépassait « le territoire » d'accueil constitue un investissement.

⁶¹ Voir par exemple : « *Le secteur minier en Afrique subsaharienne : Problématiques Enjeux et Perspectives* », rapport de Performances Management Consulting 2007.

⁶² Heffernan, V. *Worldwide Mineral Exploration: Preparing for the next boom* (Financial Times Energy, London, 1998), p. 3.

⁶³ Camara Alfaro, Corcoran, Davies, Gonzalez Pineda, Hampson, Hill, Howard, Kapoor and Kragh, "Reducing Exploration Risk" dans *Oilfield Review*, Spring 2007, p. 27.

- (ii) de l'impact économique globalement positif pour le pays d'accueil des projets miniers⁶⁴, pétroliers et ou gaziers⁶⁵ qui génèrent des externalités positives⁶⁶ même si souvent une partie de l'opinion publique tend à en douter et mentionne la « malédiction des ressources »⁶⁷ qui renvoie au paradoxe selon lequel les pays bénéficiant le plus de l'exportation des ressources connaissent une croissance économique plus faible car leur économie trop dépendante des ressources naturelles s'expose au risque de change et à la volatilité des prix des commodités⁶⁸.
- (iii) de la durée extrêmement longue pour réaliser ces projets et rentabiliser les investissements. En moyenne dix à quinze ans peuvent s'écouler entre la date de découverte des indices de la ressource recherchée et la mise en exploitation effective d'un gisement⁶⁹. Ce n'est qu'une fois la construction des infrastructures réalisées que la société minière peut commencer à produire mais elle ne fait pas encore de bénéfices puisque les flux de trésorerie positifs générés par la première phase de la production viennent rembourser les prêts des actionnaires et/ou des banques. Dès lors les premières recettes fiscales peuvent être encaissées plus de 15 ans après les premières dépenses effectuées en phase de recherche⁷⁰.

Au Congo, la plupart des sociétés minières viennent de terminer la phase de recherche géologique ainsi que leurs études de faisabilité identifiant les infrastructures qui devront être construites pour réaliser l'exploitation. De même elles ont réalisé des études d'impact environnemental et sociale⁷¹ afin d'évaluer et minimiser les impacts négatifs des projets sur l'environnement naturel et humain⁷². Ces études d'impact prennent en compte non seulement les infrastructures minières mais aussi toutes les infrastructures devant être réalisées pour le projet minier (transport, évacuation, énergie, etc.).

Dès lors les sociétés minières sont actuellement au stade de la recherche de financement qui est une étape critique particulièrement dans un contexte international de baisse continue du cours des minerais depuis deux ans⁷³. Les montants des financements requis pour la construction des infrastructures nécessaires à la production minière sont particulièrement élevés (de l'ordre de plusieurs milliards de USD) en raison de la localisation de la

⁶⁴ Voir par exemple : « *Le secteur minier un levier de croissance pour l'Afrique ?* », Secteur privé et développement Revue de Proparco, numéro 8 janvier 2011
http://www.proparco.fr/Accueil_PROPARCO/Publications-Proparco/secteur-prive-et-developpement/Les-derniers-numeros/Issue-8-mining-sector

ICMM, "the role of mining in national economy", Octobre 2012

⁶⁵ Banque Africaine de Développement et Union Africaine, « *Oil and Gas in Africa* », rapport 29 juillet 2009

⁶⁶ Les économistes désignent par « externalité » ou « effet externe » le fait que l'activité de production ou de transport affecte un tiers sans que les tiers reçoivent ou payent une compensation pour cet effet. Une externalité présente ainsi deux traits caractéristiques. D'une part, elle concerne un effet secondaire, une retombée extérieure d'une activité principale de production. D'autre part, l'interaction entre l'émetteur et le récepteur de cet effet ne s'accompagne d'aucune contrepartie marchande. Une externalité peut être positive ou négative selon que sa conséquence sur le bien-être est favorable ou défavorable.

⁶⁷ Voir par exemple le numéro spécial « *Contrats Investisseurs Etat et Développement Durable* », Investment Treaty News, n°1, volume 2, Octobre 2011, publication de l'Iisd.
http://www.iisd.org/pdf/2011/iisd_itn_october_2011_fr.pdf

⁶⁸ Le « *syndrome hollandais* » caractérise les pays riches en matières premières qui se spécialisent uniquement dans l'exploitation de ces ressources, au détriment de leur secteur manufacturier ce qui entraîne également une surévaluation du taux de change liée à l'entrée massive de devises et une inflation de la monnaie et des salaires

⁶⁹ Voir l'article de Ludovic Bernet, Stéphane Essaga et Florent Lager, « *Grands enjeux juridiques des investissements miniers et pétrolier en Afrique Francophone* », publication du Centre Africain pour le Droit et le Développement (CADEV) – COJA 2012

⁷⁰ Les projets miniers se réalisent en quatre grandes phases : phase de recherche/exploration, phase d'investissement et de construction, phase d'exploitation et phase de fermeture et réhabilitation des sites.

⁷¹ Au Congo l'article 50 du code minier de 2005 précise la liste des documents qui doivent obligatoirement être joints à une demande d'autorisation d'exploitation et il est expressément prévu qu'une étude d'impact sur l'environnement incluant un programme de protection de l'environnement et un schéma de réhabilitation des sites ou des carrières doit être transmis. La méthode, le contenu et la procédure pour réaliser cette étude d'impact sont détaillées dans le décret n°9-415 du 20 novembre 2009 fixant le champ d'application, le contenu et les procédures de l'étude et de la notice d'impact environnemental et social.

⁷² A. Mankou-Nguila, « *La prise en compte de la dimension environnementale dans le code des hydrocarbures du Congo-Brazzaville* », Recueil Penant 878 (2012), p.120 et s.

⁷³ L'industrie minière est caractérisée par un cycle commercial de périodes prospères suivies de périodes de perte qui peuvent être de longue durée. Ce cycle est beaucoup plus sévère dans l'industrie minière que dans l'industrie pétrolière et les compagnies qui ne sont pas suffisamment capitalisées n'arrivent pas à survivre pendant les années creuses.

plupart des gisements miniers, notamment ceux de fer et des polymétaux qui se situent dans des zones enclavées, éloignées des grands centres urbains, des infrastructures existantes, ainsi que de la façade maritime (Lékoumou, Niari, Bouenza, Sangha, etc.).

Dès lors pour extraire et transporter les minerais il est nécessaire de construire de nombreuses infrastructures annexes aux infrastructures minières (route, centrale électrique, voie ferrée, pipeline et port en eau profonde).

Pendant la phase d'exploration de leurs projets, les opérateurs miniers ont été confrontés à des difficultés d'accès à leurs concessions minières alors qu'en phase d'exploitation ils devraient réhabiliter ou créer de nouvelles infrastructures⁷⁴ afin d'extraire, de transporter et d'exporter les minerais à un coût concurrentiel.

I) Identification des infrastructures nécessaires au développement du secteur minier congolais⁷⁵

La réalisation des projets miniers est conditionnée par l'accès à des infrastructures existantes et/ou la construction d'infrastructures nouvelles. Les projets miniers, surtout lorsqu'ils sont d'une certaine ampleur, constituent en effet des projets intégrés qui ne peuvent se développer sans la réalisation de différents types d'infrastructures :

- En premier lieu, les infrastructures dites minières, qui seront dédiées aux opérations minières (infrastructures industrielles d'extraction et de transformation du minerai extrait, infrastructures de transport du minerai extrait, routes privées donnant accès à l'usine, installations de captage et rétention d'eau etc.) ;
- En deuxième lieu les infrastructures énergétiques, de communication et de transport qui ne seront pas dédiées exclusivement aux opérations minières (infrastructures de transport et de distribution d'électricité, infrastructures portuaires (port minier et port de service), routes publiques, réseaux de télécommunication,...) ;
- Enfin, pour les projets impactant les communautés, la société minière en accord avec l'Etat prend également en charge la réalisation d'infrastructures communautaires (construction de logements par suite de relocalisation de la population, hôpitaux, école, etc.).

Les infrastructures de transport et d'exportation des produits miniers, ou les infrastructures énergétiques peuvent représenter des investissements considérables, devoir être partagées entre plusieurs utilisateurs ou s'inscrire dans le développement général du pays et ne peuvent donc être assumées individuellement par un opérateur. La disponibilité de ces infrastructures, leur fiabilité, leur financement, les délais et coûts de réalisation/coûts d'accès conditionnent la décision d'investissement et déterminent l'avenir des projets miniers.

Si le Congo dispose actuellement de certaines infrastructures de transport, d'évacuation et énergétiques, les études de faisabilité réalisées par les sociétés minières montrent que ces infrastructures sont soit d'une capacité insuffisante, soit inexistantes. Il est dès lors nécessaire de réhabiliter celles existantes et d'en construire des nouvelles.

1) Les infrastructures de transport des produits miniers: CFCO, pipeline et nouveau chemin de fer.

Même si ces dernières années de nouvelles routes ont été construites ou rénovées dans le sud du pays (par exemple RN1 reliant Pointe-Noire à Brazzaville), une exportation à grande échelle des produits miniers par route n'est pas envisageable tant sur le plan économique (coût du transport par camion et maintenance des routes) que

⁷⁴ Voir par exemple le « *Rapport d'examen africain sur l'exploitation minière* » du Conseil Economique et Social des Nations Unies du 29 septembre 2009
<http://www.uncsd2012.org/content/documents/AfricanReviewReport-on-MiningSummaryFR.pdf>

⁷⁵ Voir l'article de Emmanuel Yoka et Florent Lager, « *Les infrastructures un défi pour le développement des projets miniers* », Congo Economie – Journal d'Unicongo, décembre 2014

pour la sécurité des populations. Le transport de grandes quantités de produits miniers devra donc se faire par chemin de fer ou par pipeline.

La proximité de plusieurs projets de fer du Massif du Chaillu avec l'ancienne ligne de chemin de fer minéralier de l'ex-Comilog appartenant au CFCO peut sembler offrir une solution. Néanmoins les études de faisabilité réalisées par les sociétés opérant dans cette région (Congo Mining, Exxaro Mayoko ou MPD Congo) montrent qu'il est nécessaire soit de rénover cette voie soit d'utiliser une autre infrastructure de transport.

Certaines sociétés minières sont en cours de discussions sur l'utilisation des infrastructures ferroviaires du CFCO pour le transport du minerai et ont même conclu des protocoles d'accord. Les enjeux principaux des discussions sont relatifs aux coûts d'accès, à la capacité et la fiabilité du transport ou à la disponibilité des voies et du matériel roulant.

D'autres sociétés, par exemple MPD Congo ont choisi de transporter le minerai par pipeline entre le site de la mine et celui du futur port minéralier car c'est la seule option de transport qui garantisse la rentabilité du projet et minimise l'impact environnemental. Bien entendu les projets comme ceux de Congo Iron ou Core Mining situés plus au nord ne peuvent pas envisager d'utiliser le CFCO et ont donc choisi de créer un chemin de fer entre le Congo et le Cameroun. Cela permettrait également de minimiser l'impact environnemental et d'assurer la rentabilité économique de ces projets. Pour de tels projets transfrontaliers, l'Etat et les sociétés minières ont élevé la discussion à un niveau régional (CEMAC).

2) Les infrastructures d'exportation des produits miniers : Port Autonome de Pointe-Noire et futur port minéralier.

Certains projets (par exemple Exxaro Mayoko et Congo Mining) envisagent d'exporter leur production via le Port Autonome de Pointe-Noire (PAPN), à condition que ce dernier soit aménagé. Le PAPN a lancé des travaux d'extension du port et la création d'un nouveau quai. Ces travaux une fois réalisés devraient permettre le transbordement ou le chargement direct d'au moins 2 millions de tonnes de minerai de fer par an. Des accords entre certains opérateurs miniers et le PAPN ont été signés.

Toutefois, la capacité du PAPN, même après extension, ne sera pas suffisante pour l'ensemble des projets miniers. Par exemple, les quantités prévues pour le Projet Zanaga, 12 millions de tonnes par an dans une première phase puis à terme 30 millions de tonnes par an ne pourront jamais être exportées via le PAPN.

Les opérateurs miniers tels que MPD Congo, Cominco, MPC, mais aussi Exxaro Mayoko et Congo Mining envisagent donc d'exporter leur production via le port minéralier qui devrait être créé par l'Etat entre la CORAF et la Pointe Indienne.

En effet, l'Etat Congolais a initié un projet de conception et de réalisation d'une installation portuaire multi-utilisateurs (le futur port minéralier). A cet effet, l'Etat a signé, en mars 2013, un protocole d'accord avec la China Communications Construction Company (CCCC) et sa filiale China Road and Bridge Corporation (CRBC), pour le développement de ce nouveau port minéralier localisé vers la Pointe Indienne.

Début mars 2015, la société CRBC a transmis à l'Etat Congolais et aux différentes sociétés minières son étude de faisabilité et en décembre 2015 une mission de la société CIECC, bureau d'étude chargé de contrôler l'étude réalisée par CRBC, a été organisée au Congo à la demande de China EXIM Bank pour analyser l'étude de faisabilité de CRBC et des échanges ont été organisés avec les sociétés minières début janvier 2016.

Le nouveau port aurait un quai de chargement des bateaux en eau profonde une zone de stockage et de traitement des minerais, ainsi qu'un port de service qui pourrait être utilisé pour le développement des zones économiques spéciales ou des zones franches. Le nouveau port devrait être développé par phases. Il permettra d'exporter la production de différents produits miniers (fer, phosphate, potasse).

La décision d'engagement de la construction de ce port est dépendante de la finalisation des accords assurant la date de disponibilité de l'infrastructure, son aménagement, sa gestion, un accès équitable et à des coûts compétitifs en adéquation avec les besoins des opérateurs miniers.

3) Les infrastructures énergétiques : production et transport d'énergie.

Les projets miniers sont très consommateurs d'énergie (électricité et carburant) tant pour faire fonctionner les usines et les équipements sur site minier que pour les infrastructures de transport et d'évacuation.

Pour illustrer l'ampleur des besoins en électricité, rappelons que le projet Nadeba (Congo Iron) nécessitera à lui tout seul 350 MW pour sa deuxième phase. Le projet Zanaga (MPD Congo) nécessitera rien que sur le site de la mine une puissance distribuée de 114 MW pour la première phase et environ 310 MW au total lorsque la deuxième phase du projet sera réalisée. A cela il faut ajouter les besoins en électricité pour le port minéralier. L'ensemble des projets miniers, lorsqu'ils fonctionneront à plein régime, auraient des besoins de l'ordre de 500 MW. La disponibilité de l'énergie est une condition *sine qua non* de la réalisation des projets miniers.

La puissance installée actuelle au Congo qui est d'environ 600 MW ne sera pas suffisante pour répondre à la demande des projets miniers et la capacité de production actuelle doit être doublée. L'électricité actuellement produite en République du Congo provient d'une combinaison de programmes hydro-électriques et d'une centrale à gaz située près de Pointe-Noire. Le réseau de transmission d'électricité est en outre considéré comme peu fiable et connaît de nombreuses interruptions de la fourniture.

Même si la République du Congo a réalisé ces cinq dernières années des investissements significatifs dans le secteur de l'électricité avec notamment la construction de nouvelles centrales électriques et l'extension et la réhabilitation du réseau de distribution, ces investissements ne sont pas suffisants pour répondre aux besoins des opérateurs miniers. Le pays ayant un potentiel de production hydro-électrique de près de 3000 MW, le Gouvernement a confirmé son intention de le développer dans le cadre de la nouvelle étape de production électrique. Ainsi, le Gouvernement a récemment signé un accord avec l'International Finance Corporation (IFC) pour la réalisation d'études de faisabilité du projet hydro-électrique de Sounda (de 400 à 1000 MW) au sud-ouest du pays. D'autres programmes hydro-électriques existent (Liouesso, Kouembali, Mourala, Ngokeli, Ngowieri ou Chollet). Par ailleurs, la capacité de la centrale à gaz de Pointe-Noire pourrait être augmentée de 300 à 450 MW et la construction d'une deuxième usine permettrait d'atteindre une production totale de 900 MW.

Néanmoins, et en attendant que ces différents projets se réalisent, la question de l'accès à une énergie stable et à un prix compétitif est déterminante pour le développement des projets miniers⁷⁶. Des discussions sont en cours entre l'Etat et les sociétés minières pour trouver des solutions adéquates permettant le développement des projets et compatibles avec l'augmentation des besoins et de la capacité de production nationale. L'Etat est d'ailleurs en train d'élaborer avec l'assistance de la société EDF son plan directeur pour l'énergie 2016-2035 et dans l'étude de la demande les projets miniers sont pris en compte. S'inscrivant dans le projet de société de SEM le Président Denis Sassou Nguesso, « Le Chemin d'Avenir », le développement des infrastructures est au cœur de la stratégie d'émergence et de modernisation de l'économie congolaise.

II) Les éléments clés de la réalisation des infrastructures nécessaires au projet minier

Dans le DSCERP (Document de Stratégie pour la Croissance, l'Emploi et la Réduction de la Pauvreté), pièce maîtresse du Plan National de Développement (PND 2012-2016), l'Etat a prévu d'élaborer un cadre pour les Partenariats Public Privé (PPP) afin de faciliter la réalisation des infrastructures nécessaires au développement de l'agro-industrie, du BTP et des mines. Ces secteurs auront à terme des retombées importantes en termes de sous-traitance et de développement local⁷⁷. Si le Congo a déjà une expérience significative dans le domaine des PPP concessifs, avec en particulier le Port de Pointe-Noire et la mise en concession des aéroports ainsi que de très nombreux projets d'infrastructures économiques (routes, rail, port, aéroports, énergie, etc.) identifiés et à

⁷⁶ Sudeshna Ghosh Banerjee, Zayra Romo, Gary McMahon, Perrine Toledano, Peter Robinson, and Inés Pérez Arroyo, "The Power of the Mine : A Transformative Opportunity for Sub-Saharan Africa", Banque Mondiale, 2015, <http://documents.banquemondiale.org/curated/fr/2014/10/20346385/power-mine-transformative-opportunity-sub-saharan-africa>

⁷⁷ Voir la *Lettre de politique d'industrialisation du Congo* qui préconise une approche basée sur ces projets structurants dont la vocation est de créer des synergies autour d'autres industries en amont et en aval des filières dans les différents départements du pays en fonction des atouts et avantages comparatifs de chacune d'entre elles.

divers stades de réalisation, son expérience est plus limitée en ce qui concerne les infrastructures du secteur minier. De plus l'environnement juridique est aujourd'hui caractérisé par des lois et textes sectoriels qui encadrent le développement des concessions mais ne sont pas toujours adaptés au développement des PPP dans le secteur minier⁷⁸. Les éléments clés à prendre en compte pour la réalisation des différentes infrastructures nécessaires au développement du secteur minier congolais sont : l'identification du modèle contractuel le plus adapté à chaque infrastructure (1) dont dépendra la répartition des coûts et droits d'accès (2) mais aussi les délais de réalisation (3). Bien entendu les espaces fonciers nécessaires à ces infrastructures doivent être sécurisés (4) et les aspects environnementaux et sociaux doivent faire l'objet d'analyses précises dans un cadre transparent (5).

1) La clarification du modèle contractuel applicable aux différents types d'infrastructures

Pour la réalisation des infrastructures minières il existe de nombreuses formes contractuelles possibles et elles sont généralement regroupés sous l'appellation de Partenariat Public Privé qui se réfère à une participation du secteur privé dans la conception, le financement, la construction et/ ou l'exploitation et la maintenance d'un «service public d'infrastructure».

Le partenariat public privé (PPP) peut ainsi être défini comme un contrat :

- i) à long terme par lequel l'Etat associe une entreprise privée ou à un groupement d'entreprises à la conception, la réalisation, la maintenance et l'exploitation d'un service ou d'une infrastructure publique ;
- ii) qui établit un partage des responsabilités, des risques et des bénéfices entre les partenaires public et privé ;
- iii) qui intègre des critères de performance matérialisés par des indicateurs techniques et financiers sur lesquels s'engage l'opérateur privé de manière à améliorer la qualité d'une prestation de services ou d'une infrastructure destinée aux citoyens.

Au Congo comme dans de nombreux pays d'Afrique subsaharienne, en particulier francophone, la culture administrative et contractuelle inspirée du modèle français⁷⁹, s'articule autour de la distinction très nette entre marchés publics, PPP concessif (type délégation de service public) et PPP non-concessif (type PFI ou Contrat de Partenariat).

Dans le cadre d'un PPP non-concessif (ou à paiement public), en échange de la prestation du service, le partenaire privé perçoit une rémunération (un loyer ou une redevance, selon le type de PPP utilisé), conformément aux normes de services et aux autres critères stipulés dans le contrat et c'est l'autorité publique qui assume le risque lié à la demande et qui garantit l'opérateur privé en lui versant une redevance basée sur la disponibilité des biens et services destinés aux contribuables. Dans le cadre d'un PPP concessif (délégation de service public), le partenaire privé perçoit tout ou partie de sa rémunération par le biais de revenus tirés de l'exploitation commerciale de l'infrastructure dont le montant est substantiellement payé par les usagers. Les contrats de type PPP peuvent revêtir différentes formes allant du simple contrat de service⁸⁰ à des prestations beaucoup plus complexes

⁷⁸ Une mission d'appui à la définition et à la mise en œuvre d'une stratégie de développement des partenariats Public-Privé (PPP) en République du Congo a été réalisée en 2013 conjointement avec différents experts et le ministère du développement industriel et de la promotion du secteur privé.

⁷⁹ Marc Frilet, « Investissements étrangers dans les infrastructures publiques et le secteur minier : Relever le défi dans les pays africains de droit civil - les clés de la réussite », Revue congolaise de droit des affaires – janvier 2012

⁸⁰ Dans le contrat de service l'opérateur privé met des moyens humains et techniques à la disposition de la personne publique contre rétribution durant une période précisée dans le contrat et la personne publique conserve la propriété et la gestion de l'ensemble des installations et des actifs.

telles que le BOT⁸¹, le DBO (Design, Build, Operate)⁸² en passant par le contrat de gestion⁸³ ou le contrat de concession⁸⁴. Dès lors le choix du type de contrat dépendra du type d'infrastructure à construire. Pour les infrastructures exclusivement dédiées aux opérations minières qui sont construites par l'opérateur minier ou par un tiers pour le compte de l'opérateur ces infrastructures seront en principe privées et à l'usage exclusif de l'opérateur minier. Par conséquent l'intervention de l'Etat devrait se limiter à autoriser l'occupation des terrains nécessaires à la construction de ces infrastructures via la vente des terrains, l'octroi de titres d'occupation telle que l'autorisation d'occupation du domaine public⁸⁵ ou la conclusion de conventions tel un bail emphytéotique⁸⁶. Pour les infrastructures relevant en principe de la seule responsabilité de l'Etat, telles que les routes publiques, en principe, l'Etat assure seul, le financement, la conception, la construction, l'exploitation et/ou la maintenance. L'Etat peut néanmoins avoir recours à des formes de concession, d'affermage ou de société mixte pour réaliser ce type d'infrastructure. La question est plus complexe en ce qui concerne les infrastructures qui requièrent une participation de l'Etat, de tiers et des opérateurs miniers (futur port minéralier, centrale électrique et système de transport d'électricité). Dans ce cas le montage contractuel sera nécessairement spécifique et dépendra des infrastructures concernées mais aussi des objectifs de chaque intervenant et des conditions économiques. Pour le futur port minier, le schéma contractuel pourrait être un des types de partenariat public privé mentionné précédemment même si le modèle le plus courant dans ce secteur est celui d'une concession de service public. Pour les réseaux de transport et de distribution d'électricité, le schéma contractuel pourrait être celui d'une concession de service public conclue entre l'Etat et une société dédiée commune créée entre l'Etat/SNE et les opérateurs miniers compte tenu du monopole de la SNE sur le transport et la distribution de l'électricité. Il peut également être envisagé que ce soit les opérateurs miniers qui fassent réaliser la centrale électrique sur le modèle de contrat « take or pay »⁸⁷ Enfin en ce qui concerne les infrastructures communautaires dans la zone du projet (ex : facilités à usage médical, scolaire, sportif et récréatif), elles peuvent être à la charge de la société minière ou partagées entre l'Etat (entretien et gestion) et les sociétés minières (construction).

2) L'optimisation des coûts de réalisation et des droits d'accès aux infrastructures

L'accès à ces infrastructures à des coûts compétitifs (par rapport aux autres projets similaires dans d'autres pays) prend une acuité particulière dans le contexte international actuel de baisse conséquente des cours des minerais⁸⁸.

Seuls les projets dont les coûts opérationnels sont compétitifs ont des chances d'être réalisés et le coût d'utilisation de ces infrastructures est une composante importante des coûts opérationnels⁸⁹. La question des coûts et droit d'accès est différente selon qu'il s'agit d'infrastructures existantes ou d'infrastructures à réaliser par les sociétés minières, l'Etat et/ou des tiers.

⁸¹ Dans le contrat BOT (Build, Operate, Transfer) l'Etat confie à l'opérateur privé la construction, le financement, l'exploitation et l'entretien des infrastructures et en contrepartie, l'opérateur perçoit sa rémunération sur les tarifs payés par les usagers, afin de recouvrer les coûts. L'installation est transférée à l'Etat à l'expiration du contrat.

⁸² Dans le contrat DBO l'opérateur privé conçoit, construit et gère une installation pour une période déterminée. Une fois l'installation construite, l'opérateur transfère à la personne publique la propriété des installations. Le risque de conception et gestion est supporté par l'opérateur privé, qui est rétribué par la personne publique.

⁸³ Dans le contrat de gestion l'opérateur privé assume davantage de responsabilités et de risques: il assume la responsabilité des opérations quotidiennes de toute l'entreprise, et non d'un aspect spécifique et en contrepartie, l'opérateur privé perçoit une commission de gestion

⁸⁴ Le contrat de concession est un contrat de longue durée par lequel une personne publique, le «concedant», attribue à une personne privée, le «concessionnaire», l'exécution même d'un service public et/ ou de travaux publics, ledit concessionnaire ayant la charge du financement de l'opération et en contrepartie, l'opérateur privé est rémunéré par les revenus tirés de l'exploitation.

⁸⁵ Article 15 du décret n° 2005-515 du 26 octobre 2005 fixant les modalités d'occupation du domaine public.

⁸⁶ Article 30 du décret n° 2005-552 du 7 novembre 2005 fixant les modalités d'attribution des biens immobiliers du domaine privé de l'Etat.

⁸⁷ Patrick Blanchard, « Montages contractuels de projets de production indépendante d'électricité dans les Etats en développement », RDAI n°4/5, 1998

⁸⁸ A titre d'exemple le cours du minerai de fer est passé de 130 USD par tonnes en 2014 à 37 USD par tonnes en janvier 2016

⁸⁹ Olivier Fille-Lambie, « Aspects juridiques des financements de projets appliqués aux grands services publics dans la zone OHADA », RDAI n°8, 2011

Pour les infrastructures déjà existantes, l'Etat congolais doit garantir l'accès et l'utilisation des infrastructures existantes qui sont nécessaires à la réalisation des projets miniers soit gratuitement ou contre-partie du paiement d'une redevance plafonnée. Les redevances ou droits d'accès doivent être non discriminatoire, correspondre à la contrepartie du service rendue et compétitive par rapport aux autres pays.

Pour les infrastructures à construire la question des redevances et droits d'accès est intimement lié aux coûts de construction ainsi qu'au modèle juridique qui sera choisi pour réaliser ces infrastructures. Tel que mentionné précédemment les risques financiers et les coûts varient énormément en fonction de la typologie des contrats et du modèle économique choisi. Eu égard au contexte économique international, des solutions novatrices et économiquement viables doivent être recherchées par l'Etat et les sociétés minières.

3) La coordination pour la réalisation des infrastructures

Les infrastructures énergétiques et de transport et d'évacuation des minerais sont indispensables au développement des projets miniers qui ne pourront voir le jour sans elles. Afin que ces infrastructures soient efficaces, leurs constructions doivent être coordonnées avec les projets miniers et aussi entre elles. Ainsi, une infrastructure de transport de minerai est inutile en l'absence d'infrastructure d'exportation et une mine ne peut pas produire s'il n'y a pas d'énergie disponible.

Les projets miniers et les infrastructures étant interdépendants, tout retard pris dans la construction ou la maintenance de l'une des infrastructures impacte négativement le délai de réalisation globale des projets miniers et entraîne des surcoûts pour l'opérateur minier. De même, le retard pris dans la réalisation d'un projet minier affecte négativement la rentabilité d'une infrastructure construite exclusivement ou dimensionnée en fonction de ce projet. Ces infrastructures n'étant pas exclusivement dédiées à un seul projet minier, elles peuvent faire l'objet d'usages communs et concertés entre les opérateurs miniers eux-mêmes et entre les opérateurs et l'Etat et leur financement peut être mutualisé afin d'être effectif⁹⁰.

Dès lors, dans leur dimensionnement, capacité, coûts, etc., ces infrastructures doivent, non seulement répondre aux besoins techniques et économiques des opérateurs miniers, mais également aux attentes de l'Etat et ou des opérateurs privés qui pourraient les réaliser.

4) La sécurisation des espaces fonciers pour la construction des infrastructures

La réalisation d'un projet minier implique d'une part l'accès à des infrastructures existantes et d'autre part la construction et l'exploitation d'infrastructures nouvelles. Or, pour pouvoir construire ou même faire construire ces infrastructures nouvelles, il faut nécessairement s'assurer de la disponibilité des espaces fonciers. Les infrastructures nouvelles peuvent se situer dans le périmètre minier, qui correspond au périmètre pour lequel est délivré un titre minier mais elles peuvent également se situer en dehors du titre minier⁹¹.

La localisation des infrastructures dans ou en dehors du titre minier a un impact important sur la sécurisation juridique de l'accès aux espaces fonciers pour la réalisation des infrastructures.

Si la législation minière ne donne pas automatiquement (c'est-à-dire en vertu du titre minier) le droit à l'entreprise extractive d'accéder aux terrains dans l'enceinte du périmètre minier et qu'il est nécessaire d'obtenir des autorisations spécifiques, néanmoins la procédure pour accéder aux terrains ou les occuper est moins contraignante qu'à l'extérieur du périmètre minier. Ainsi la législation minière congolaise prévoit que l'exploitant minier peut être autorisé par arrêté préfectoral, à occuper les terrains qui sont nécessaires à son exploitation et aux installations indispensables, à l'intérieur du périmètre minier. En revanche à l'extérieur du périmètre minier,

⁹⁰ Perrine Toledano, Sophie Thomashausen, Nicolas Maennling, Alpa Shah, "A Framework to Approach Shared Use of Mining-Related Infrastructure", Columbia Center on Sustainable Investment, mars 2014

⁹¹ Pour une analyse détaillée voir l'article de Ludovic Bernet, Florent Lager et Gilbert Itoua, « La sécurisation du foncier dans le cadre des projets miniers », Publication du Centre Africain pour le Droit et le Développement (CADEV) – COJA 2014

l'exploitant minier doit recourir à une déclaration d'utilité publique en sus de l'arrêté préfectoral. En dehors de son périmètre minier, l'exploitant minier ne bénéficie d'aucun droit spécifique et est placé dans une situation similaire à tout autre projet de toute nature et il doit recourir au droit commun pour occuper ou utiliser les terrains qui sont nécessaires à la réalisation de son projet. De plus que ce soit à l'intérieur ou à l'extérieur du périmètre minier, l'autorisation d'occuper les terrains par l'entreprise extractive ne pourra intervenir qu'après accord des propriétaires et exploitants de surface et versement d'une indemnité⁹² au propriétaire et à l'exploitant de la surface ou après expropriation qui impliquera également le versement d'une indemnité. De même, en général, les servitudes d'occupation et de passage qui sont instituées sur les terrains en raison des travaux réalisés par le titulaire du titre minier ouvrent droit à une indemnité sur la base du préjudice subi par le propriétaire du sol, de ses ayants-droits ainsi que des exploitants de surface incluant donc notamment les opérateurs forestiers. Le calcul de cette indemnité est en principe fixé à l'amiable mais, en absence d'accord amiable, le montant de l'indemnisation peut être calculé comme en matière d'expropriation⁹³, ce qui est loin d'être pleinement satisfaisant en termes de prévisibilité des coûts. De plus les sociétés minières qui respectent les normes de la Société Financière Internationale (SFI) doivent élaborer un plan de réinstallation des populations impactées par le projet minier (mais aussi par la réalisation des infrastructures en dehors du permis minier) et de ce fait il est également nécessaire de sécuriser le foncier pour les zones où les populations seront réinstallées. La question de la disponibilité et la sécurisation de l'accès aux espaces fonciers nécessaires à la construction des infrastructures doit être appréhendée en même temps que la question des coûts d'expropriation et de réinstallation car ils impacteront le coût de l'infrastructure et mécaniquement celui du montant des droits d'accès et au final cela impact la faisabilité du projet minier et sa viabilité.

5) Le respect des normes environnementales et sociales et de transparence

Comme indiqué précédemment la plupart des législations nationales en matière d'exploitation minière impose la réalisation d'étude d'impact environnementales et sociales afin d'évaluer et minimiser les impacts sur l'environnement et les populations riveraines, encadrer la cessation d'activités minières et de restauration des sols mais aussi de maximiser le développement socio-économique du pays⁹⁴.

Au-delà du respect des législations nationales la plupart des entreprises minières (ou pétrolières) internationales s'engagent sur une base volontaire à respecter les directives et bonnes pratiques promulguées par les institutions internationales et notamment les Standards de performance et la politique de développement social et économique durable promus par la SFI ainsi que les principes de l'Équateur notamment pour le financement de projets.

En matière de protection de l'environnement de nombreuses normes internationales servent de référence aux opérateurs miniers tels que la Charte mondiale des Nations Unies, les recommandations de l'International Council on Mining and Metals (ICMM), etc.⁹⁵. Ces directives et bonnes pratiques doivent être prises en compte dans le cadre de la construction et de l'exploitation des infrastructures.

De même, les droits des communautés⁹⁶ établies autour des sites miniers et des infrastructures doivent être protégés et il convient de s'assurer qu'elles retirent de ces exploitations un avantage économique⁹⁷

⁹² L'article 112 du Code minier Congolais prévoit ainsi qu'un décret viendra fixer « les modes d'évaluation de l'indemnité d'occupation des surfaces des tiers par les exploitants ou les explorateurs titulaires de titres miniers ».

⁹³ C'est ce qui est par exemple prévu par l'article 113 du code minier Congolais.

⁹⁴ Groupe de Recherche sur les Activités Minières en Afrique (GRAMA) Université du Québec. « *The challenges of development, mining codes in Africa and corporate responsibility* », juin 2003, <http://www.grama.uqam.ca>

⁹⁵ On peut également citer : les lignes directrices de l'Organisation pour la coopération et le développement économique (OCDE) à destination des entreprises multinationales, le Guide de bonne pratique (GBP) en matière minière et de biodiversité, le Business and Biodiversity Offset Programme (BBOP), etc.

⁹⁶ Rappelons que la protection des droits des peuples autochtones est une obligation légale non seulement en vertu de la Déclaration des Nations Unies 61/295 sur les droits des peuples autochtones de 2008 mais aussi en application de la législation nationale. Par exemple le Congo a adopté la loi n° 5 - 2011 du 25 février 2011 portant promotion et protection des droits des populations autochtones.

⁹⁷ Banque Mondiale, « *Sharing Mining benefits in developing countries* », Extractives Industries for development series 21 June 2011.

tout en garantissant un environnement sain et le respect des droits de l'homme⁹⁸.

Enfin les obligations de transparence, dans la réalisation des infrastructures devront être prise en compte puisque les sociétés minières sont soumises à plusieurs normes que ce soit sur une base volontaire telle que l'Initiative de Transparence des Industries Extractives (ITIE)⁹⁹ ou contraignante telles que les législations internationales visant à lutter contre la corruption¹⁰⁰ telle le « *UK Bribery Act* » ou encore la future loi sur la transparence fiscale qui devrait être adoptée prochainement par le parlement congolais.

L'ensemble de ces normes devra être pris en compte pour la réalisation des infrastructures nécessaires au développement du secteur minier.

6) Les coordinations politiques : mise en place de synergie

La capacité du secteur minier à jouer le rôle qui est attendu de lui pour améliorer sa contribution à l'investissement et la croissance¹⁰¹ est liée à plusieurs paramètres aux niveaux de l'Etat. La Banque Mondiale dans son rapport de 2012 « revue du secteur minier congolais »¹⁰² a fait une série de propositions visant à améliorer le développement des infrastructures dans le secteur minier. Il nous semble que ces propositions peuvent servir de base pour l'élaboration d'un plan d'action pour la réalisation des infrastructures nécessaires au développement du secteur minier afin d'optimiser les synergies entre le secteur minier et le reste de l'économie. En premier lieu la Banque mentionnait l'amélioration de l'environnement juridique¹⁰³ en matière d'infrastructures. Ceci est en cours et en bonne voie puisqu'un processus de réforme a été lancé par le Gouvernement congolais sous forme d'un Plan d'Action adopté en 2009.

A ce jour, ce processus de réforme s'est déjà matérialisé par plusieurs réalisations concrètes, notamment la mise sur pied d'une structure permanente - le HCDPP (Haut Conseil du Dialogue Public Privé)¹⁰⁴ - qui, placée sous l'autorité directe du Chef de l'Etat, est chargée d'animer et de gérer un dialogue public privé, structuré, permanent et constructif entre l'Etat et les entreprises.

La Banque a également souligné la nécessité d'un accompagnement volontariste du Gouvernement pour le développement des infrastructures dans le secteur minier, à travers une coordination renforcée des administrations et des services techniques impliqués, ainsi que des procédures ad hoc pour tenir les délais de réalisation (facilitation et simplification des autorisations administratives, avantages fiscaux et douaniers accordés par les conventions et le Code minier, amélioration des délais de dédouanement et d'acheminement des équipements). Le rapport insiste sur la nécessité de renforcer la coordination inter-départements ministériels étant donné que les porteurs de projet miniers font face à une multiplicité d'autorités ministérielles ce qui est particulièrement

⁹⁸ Voir le rapport de John Ruggie du 21 mars 2011 qui présente les principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme. Pour une application spécifique de ce rapport dans le secteur minier voir le guide de l'ICMM : « *Les droits de l'homme dans l'industrie des mines et des métaux. Intégration de la diligence raisonnable en matière de droits de l'homme aux processus de gestion des risques des entreprises* », mars 2012, <http://www.icmm.com/page/75929/human-rights-in-the-mining-and-metals-industry-integrating-human-rights-into-diligence-into-corporate-risk-management-processes>

⁹⁹ Voir l'article de Florent Lager, « *Les sociétés minières congolaises et l'ITIE* », Congo Economie – journal d'Unicongo, décembre 2014. L'ITIE est un processus de déclaration et réconciliation des paiements réalisés par les compagnies extractives et des recettes perçues par l'Etat et ses démembrés. Les montants déclarés par chaque partie sont publiés dans des rapports annuels et vérifiés par des auditeurs indépendants.

¹⁰⁰ Voir l'article de Florent Lager, « *Audit des bonnes pratiques et lutte contre la corruption* », COJA 2012 publication du Centre Africain pour le Droit et le Développement (CADEV).

¹⁰¹ Voir l'article de Emmanuel Yoka et Florent Lager, « *Les mines solides : quel apport à la croissance ?* », Congo Economie - Journal d'Unicongo, Décembre 2014

¹⁰² Banque Mondiale, *République du Congo - Revue du Secteur Minier*, Octobre 2012, Département Mines, Pétrole et Gaz

¹⁰³ Le guide « *Attirer des investisseurs pour des partenariats public-privé en Afrique* » édité par le PPIAF (*Public- Private Infrastructure Advisory Facility*, (2009)) sous l'égide de la Banque Mondiale précise que la réussite des PPP est conditionnée par la mise en place d'un cadre institutionnel, juridique et contractuel clair et simple, appliqué de manière efficace et professionnelle dans le respect des bonnes pratiques internationales.

¹⁰⁴ Décret n°2011-258 du 25 mars 2011 portant création, attributions et organisation du haut conseil du dialogue public-privé modifié par le décret n°2014-48 du 3 mars 2014.

symptomatique dans le cadre des infrastructures tel que le port minéralier qui implique au minimum huit ministères. Dans le souci d'un développement harmonieux et concerté des infrastructures nécessaires au développement du secteur minier il est essentiel d'assurer une compréhension commune des enjeux et des contraintes de l'industrie minière. La coordination entre les départements pourrait, par exemple, se faire à travers la formation d'une cellule de coordination des grands investissements pour chaque projet d'ampleur ayant dépassé la phase de préféabilité. Une telle cellule devrait être placée sous une tutelle suffisamment élevée pour pouvoir rendre ses décisions effectives. Dans le cadre de projets spécifiques tel que Mbalam-Nabeba et Avima avec leur situation géographique isolée qui sont par nature transfrontalier et implique des discussions et un accord au plus niveau entre le Congo et le Cameroun et afin d'éviter une compétition aveugle et renforcer la position des Etats face aux investisseurs, un forum de discussion sur « le fer et le chemin de fer » pourrait être organisée à l'échelle régionale et impliquer le Congo, le Cameroun et le Gabon. La CEMAC a également un grand rôle à jouer dans le développement des infrastructures minières et a déjà conduit des travaux de planification prospectifs et identifié le secteur minier comme enjeu régional en raison des infrastructures liées et des possibilités de mutualisation. 3,528

Au-delà des efforts de planification qui reposent toujours sur des hypothèses peu maîtrisables, le dialogue entre l'Etat et les sociétés minières doit être permanent pour faciliter les prises de décision des uns et des autres¹⁰⁵.

Si la date de démarrage effectif d'une production minière est difficile à prévoir de manière certaine et que l'Etat (coactionnaire des projets¹⁰⁶) peut hésiter à engager des fonds publics pour des infrastructures énergétiques, de transport et d'exportation, la disponibilité dans les délais et à des coûts compétitifs de ces infrastructures conditionne l'existence même et la survie des projets miniers. Le financement par l'Etat de certaines infrastructures clés plutôt que d'être considéré comme une dépense doit être analysé comme un investissement dans le développement économique, les emplois futurs et la prospérité à long terme.

¹⁰⁵ Afin de faciliter ce dialogue huit sociétés minières se sont regroupées afin de créer la Fédération des Mines Solides du Congo –Fed-Mines sous l'égide d'Unicongo.

¹⁰⁶ Conformément au code minier de 2005, l'Etat reçoit 10% des actions de la société minière d'exploitation dans les conditions fixées par les conventions d'exploitation minières signées en 2014.