

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

Marc FRILET

*Avocat au Barreau de Paris
Associé – gérant « FRILET – Société d’Avocats »
Secrétaire général de l’Institut Français d’Experts Juridiques Internationaux (IFEJI)
Responsable du Groupe de travail PPP IFEJI/Barreau de Paris
Chargé de Cours « Investissements internationaux » à l’Université Paris V Descartes
Fellow of the American College of Construction Lawyers (ACCL)*

L’Afrique, qui a toujours été un continent propice aux personnalités entreprenantes et en quête de défis à relever, se révèle progressivement être un monde d’opportunités nouvelles pour les investissements étrangers, en particulier dans les secteurs structurants à la base du développement économique que sont les secteurs des infrastructures publiques et des infrastructures minières.

Même si pour l’heure, l’Afrique est rarement une priorité d’investissement pour les grands groupes et pour la communauté financière internationale, cette situation évolue vite comme le confirme les entreprises qui connaissent bien le continent et qui possèdent une vision à long terme.

La plupart des indicateurs convergent en effet dans ce sens :

- L’Afrique, située aux portes de l’Europe, compte déjà plus d’un milliard d’habitants et les prévisions en termes de population mondiale indiquent qu’elle pourrait devenir le continent le plus peuplé, devançant la Chine et l’Inde. Selon un rapport des Nations Unies, sa population devrait avoisiner 2

à 2,5 milliards de personnes en 2050, soit 22 % de la population mondiale (et 29 % des jeunes de la planète).

- La communauté internationale s'est engagée à réduire la pauvreté et à cet égard, les regards se portent de plus en plus vers l'Afrique dont les besoins sont probablement plus importants que n'importe où ailleurs dans le monde (41 % de la population y vit en dessous du seuil de pauvreté). Il est désormais reconnu que si le taux de croissance n'atteint pas, en moyenne, 7 à 9 % par an, il est peu probable de parvenir à une réduction significative de la pauvreté et d'atteindre les Objectifs du Millénaire pour le Développement (OMD) fixés par les Nations Unies à l'horizon 2015. L'un des principaux goulots d'étranglement est constitué par l'insuffisance notoire des infrastructures de service public dont l'existence est essentielle pour le développement économique et la réduction de la pauvreté (électricité, eau, routes, chemins de fer, ports, aéroports et technologies de l'information et de la communication (TIC)). Cette situation coûte en moyenne deux points de croissance économique chaque année et réduit la productivité de près de 40 %. Le coût pour surmonter le problème des infrastructures publiques en Afrique s'élève à près de 93 milliards USD par an et on sait aujourd'hui qu'il manque au moins 40% de cette somme et que l'écart ne pourra être comblé que par des investissements privés à long terme dans ce secteur.

Ces besoins, qui ne sont pas les seuls, doivent être mis en perspective avec l'immense potentiel et les richesses dont l'Afrique dispose, tant pour elle-même que pour le reste de planète :

- Les ressources minières de l'Afrique qui, à ce jour, ont été beaucoup moins bien explorées que celles des autres continents, sont extrêmement importantes et diversifiées ; notamment en ce qui concerne les minerais les plus nécessaires au développement de l'économie mondiale. Le continent africain détient en effet 30 % des réserves mondiales de bauxite et sans doute autant pour le minerai de fer, manganèse, pétrole et gaz. De récents programmes d'exploration dans le secteur du minerai de fer ont déjà livré des résultats extrêmement prometteurs. De nouveaux gisements de classe mondiale sont en cours d'évaluation en Guinée et au Congo-Brazzaville. Des gisements similaires sont également en cours d'exploration en Sierra Leone.
- L'Afrique jouit d'un potentiel sans égal en matière d'agriculture, que ce soit pour répondre à ses propres besoins ou à ceux du reste du monde. De récentes études ont en effet indiqué que l'Afrique est à même de nourrir plusieurs milliards de personnes et de devenir l'une des sources d'exportation de nombreux produits agricoles (alors que paradoxalement elle en importe en grand nombre aujourd'hui). Actuellement, seuls 12,6 millions d'hectares de terres arables sont exploités et le secteur agroalimentaire en est à ses balbutiements (874 millions d'hectares de terres arables sont en tout disponibles).
- Le potentiel de l'Afrique dans les énergies renouvelables principalement d'origine hydraulique et solaire est considérable et la classe probablement au premier rang mondial.

- Grâce à son bassin forestier qui est le deuxième plus grand au monde, les ressources sylvicoles et la biodiversité africaines constituent un atout majeur pour notre planète et doivent, à ce titre, être préservées et exploitées de manière responsable. Chaque année, le bassin forestier du Congo produit 96,9 millions de mètres cubes de bois. A l'avenir, ces chiffres devraient représenter près de 20 % de la production mondiale.

Les facteurs objectifs exposés ci-dessus se sont jusqu'à maintenant avérés insuffisants, à quelques exceptions près, pour permettre le développement économique durable des États africains et ce pour un ensemble de raisons allant de l'instabilité politique à la corruption, en passant par le manque d'infrastructures essentielles et le faible niveau d'éducation. Ainsi à l'aune des standards internationaux, la plupart des États africains doivent être qualifiés de « fragiles ».

Pareille qualification a, de toute évidence, un effet dissuasif sur les investisseurs étrangers. Si l'on jette un coup d'œil au rapport de la Banque mondiale « *Doing Business* », dans lequel les États africains, sous réserve de certaines exceptions, ont un classement très médiocre. Cela est malheureusement suffisant pour écarter l'Afrique des écrans de radar des nombreux investisseurs potentiels. Toutefois, comme on peut le constater sur la base d'exemples concrets, il ne faut pas s'arrêter à « *Doing Business* » pour évaluer à leur juste mesure les opportunités d'investissement rentables dans le secteur minier et celui des infrastructures de service public.

La suite de cet article se concentre sur les pays africains de droit civil, pour lesquels l'auteur a eu l'occasion de conseiller des investisseurs étrangers et des États sur des projets miniers et d'infrastructures depuis plus de 30 ans. Le propos porte essentiellement sur les pays du Maghreb (Maroc, Algérie, Tunisie), les pays francophones d'Afrique sub-saharienne répartis entre pays d'Afrique occidentale de la zone UEMOA (Union Économique et Monétaire Ouest Africaine : à savoir Sénégal, Guinée, Côte d'Ivoire, Niger, Guinée-Bissau et Burkina Faso) et pays d'Afrique centrale de la zone CEMAC (Communauté Économique et Monétaire de l'Afrique Centrale : à savoir Cameroun, République de Centrafrique, Congo-Brazzaville et Tchad) et enfin Madagascar.

Les praticiens s'accordent aujourd'hui pour reconnaître l'existence de signes tangibles d'amélioration dans de nombreux pays. Contrairement aux idées reçues et en dépit de la crise financière, les opportunités de projets rentables et résilients à long terme sont de plus en plus nombreuses pour le secteur privé dans le cadre des infrastructures publiques ou minières.

Cette situation est le fruit d'une meilleure diffusion d'information sur les conditions de la réussite des projets d'investissement à long terme et d'une meilleure compréhension de toutes les parties prenantes (ceci vaut aussi bien pour le secteur privé que le secteur public qui se méfie souvent du secteur privé). Les leçons des expériences heureuses et malheureuses de la dernière décennie aboutissant au constat très largement partagé qu'il est nécessaire pour réussir de

promouvoir une nouvelle « approche partenariale », elle-même encadrée par une meilleure sécurité juridique tant au niveau de la réglementation que de sa mise en œuvre :

- S'agissant des conditions de l'investissement massif du secteur privé dans les infrastructures de service public qui est désormais unanimement souhaité, la Banque mondiale a montré la voie dans son Plan d'action pour des infrastructures durables de juillet 2008. Cette publication a été suivie de diverses d'études et de rapports parmi lesquels la publication du guide de référence « *Attirer des investisseurs pour des partenariats public-privé en Afrique* » par le PPIAF (*Public- Private Infrastructure Advisory Facility*, (2009)) qui est devenu une bible pour les investisseurs avisés. En effet, le guide dresse un tableau détaillé des enjeux et des précautions à prendre ainsi que des priorités à mettre en œuvre pour atteindre les résultats escomptés. Il place au tout premier rang la mise en place d'un cadre institutionnel, juridique et contractuel clair et simple, qui soit appliqué de manière efficace et professionnelle dans le respect des bonnes pratiques internationales.

- Il existe également un consensus croissant sur la nécessité d'affecter davantage de ressources à l'exploration, l'évaluation et l'exploitation des gisements miniers en Afrique.

- Un autre consensus s'est dégagé pour promouvoir un « partenariat » d'un genre nouveau et un ensemble de « bonnes pratiques » contribuant à sécuriser le climat d'investissement. Pour tout investissement à long terme dans des secteurs clés d'infrastructures publiques et minières, pour lesquels dans les pays africains de droit civil l'État sera toujours amené à jouer un rôle majeur de gendarme et de « grand frère », il est impératif de se doter de contrats à long terme juridiquement solides au moment de leur conclusion mais également résilients. Ces contrats doivent s'accompagner « d'accords » comportant plusieurs niveaux de sanctions judiciaires dans le cadre d'une répartition de risques et de bénéfices prenant en compte les usages, normes et bonnes pratiques. Les leçons qui ont été tirées au fil des ans sur la base de nombreux projets développés dans des pays africains indiquent que des accords pérennes sont possibles même dans des États fragiles, mais sous certaines conditions uniquement. Ces conditions, qui doivent être transparentes et aboutir à des obligations contractuelles sanctionnées légalement, diffèrent substantiellement des conditions et des paradigmes financiers des projets développés dans d'autres zones géographiques. L'approche des négociations doit également être différente de celle mise en œuvre dans les autres régions du monde.

L'approche « partenariale », si elle est bien organisée, permettra d'aboutir à un projet conçu et mis en place de façon telle que sa contribution au développement économique et au bien-être des populations repose sur des principes clairs auxquels toutes les parties prenantes adhèrent sans réserve. Elle doit être conçue de façon à produire des résultats tangibles à chaque étape de développement du projet et tenir compte de l'ensemble du contexte socio-économique qui l'entoure et de son évolution possible (projets inclusifs). A cet égard, il apparaît que l'époque où le secteur privé négociait

sur la base de la contribution du projet aux recettes fiscales du pays ou de la collectivité appartient sans doute au passé. Les enseignements tirés de la situation de plusieurs pays pétroliers ou miniers qui n'ont pas réussi à d'utiliser efficacement les recettes budgétaires issues de l'exploitation des leurs ressources naturelles pour améliorer le bien-être de leurs populations doit être une leçon pour tous (privé comme public). La réalité est que les États fragiles éprouvent de grandes difficultés à affecter de manière efficace leurs recettes fiscales à la création d'investissements structurants de service public à la base du développement économique et la réduction de la pauvreté. Ils se montrent donc de plus en plus intéressés par la possibilité de « sous-traiter » certains aspects de leur développement aux investisseurs.

Lorsque cette approche est organisée de façon réaliste dans un cadre économique et financier acceptable au regard des standards internationaux (ce qui est fréquemment possible si l'on se réfère à quelques expériences récentes emblématiques), sa contribution à la sécurisation juridique d'un projet minier ou d'infrastructures publiques sur le long terme est souvent déterminante.

I. Contexte institutionnel et juridique des participations privées dans les infrastructures publiques et les projets miniers

a) Contexte historique

Les pays africains de droit civil, comme la majeure partie du continent africain, possèdent une longue tradition d'investissement et de gestion privés des infrastructures de services publics et des projets miniers. Les partenariats associant le secteur public et le secteur privé ne sont pas un concept nouveau puisque des concessions de service public dans l'eau, l'électricité, les ports et les chemins de fer se sont développées dans plusieurs pays dès la fin du XIX^e siècle et ont largement contribué à leur développement économique (dans la lignée des grandes traditions d'origine française) et dans un contexte contractuel bénéficiant d'un droit des contrats publics original et équilibré.

En Afrique, l'histoire moderne remonte à l'indépendance, soit à plus ou moins 50 ans. Il est important de garder à l'esprit qu'à cette époque, la plupart de ces pays étaient régis par un système de droit civil de tradition française. Ce système s'était développé, pendant un siècle environ, pour donner lieu à un ensemble de réglementations et pratiques spécifiques qui tiennent compte du contexte local (ex. propriété foncière et utilisation informelle des terres, développement des mécanismes ad hoc de prévention et résolution des litiges, etc.).

Le droit des sociétés s'est également largement inspiré du droit français des sociétés. Le code civil et droit des contrats étaient quant à eux quasiment identiques au droit français. En outre, l'organisation administrative, et plus particulièrement le rôle institutionnel de l'administration dans ses relations

quotidiennes avec les citoyens et les entreprises, était dans une large mesure le reflet de la situation en France et de sa tradition d'État-providence.

Dans ce système, les décisions administratives sont soumises à une sanction judiciaire et régies par un droit administratif souvent impératif et développé principalement par la jurisprudence. La bonne compréhension de ce particularisme s'avère souvent déterminant pour la réussite ou de l'échec des grands investissements étrangers. En effet, la France et les États africains de droit civil ont développé un ensemble de principes juridiques fondés sur l'équité, qui régissent les relations entre secteur privé et secteur public. Ces principes englobent une large jurisprudence de qualité dont la structuration est telle qu'on peut parler d'un véritable droit des contrats publics, dont l'objectif de répartir et régler « équitablement » les risques entre le secteur public et le secteur privé (en particulier pour les situations à la fois prévisibles et inconnues liées à l'adéquation des services aux besoins des usagers au fil des ans).

C'est dans ce contexte général, dans lequel les administrations nationales et locales ont un grand pouvoir de nuisance potentiel mais où le secteur privé est de son côté loin d'être désarmé juridiquement, que les grands projets miniers et d'infrastructures à participation privée ont commencé de se développer.

Néanmoins pour les projets miniers les plus importants, il a été reconnu que ces facteurs déjà bien avancés par rapport à d'autres systèmes juridiques n'étaient pas suffisants et qu'un niveau de sécurité supplémentaire était nécessaire. Ce niveau supplémentaire de sécurité juridique qui a largement contribué à améliorer la gouvernance et le développement économique de régions entières, a pris en général la forme de « Convention d'Établissement » ou encore « Convention de Base ». Celles-ci correspondent plus ou moins à un accord cadre de protection des investissements ayant le statut de loi spéciale (prévalant sur le droit commun des pays).

b) *Situation actuelle*

Malgré les crises politiques qui secouent plusieurs pays, la plupart des États africains de tradition civiliste ont modernisé leur cadre institutionnel et juridique. Cette amélioration a été possible grâce à différents niveaux de réforme juridique et réglementaire. Les résultats sont très significatifs, tant au niveau général que sectoriel.

i) *L'OHADA*

Dès 1993, 16 États africains de droit civil ont convenu de moderniser et uniformiser leur réglementation dans le cadre d'un processus unique de refonte et modernisation, baptisé « OHADA » (la République démocratique du Congo en est le 17^{ème} État membre). L'OHADA est basé sur un traité international signé

à Maurice en 1993 à la demande d'un conseil rassemblant les ministres de tous les États membres. Elle se compose actuellement de huit Actes uniformes, rédigés dans la tradition de codification propre au droit civil. Ces Actes réglementent les aspects essentiels de l'activité commerciale, notamment :

- droit commercial général ;
- droit des sûretés ;
- droit des procédures de recouvrement et voies d'exécution ;
- droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêts économiques ;
- droit des procédures collectives d'apurement du passif ;
- droit de l'arbitrage ;
- droit relatif à l'organisation et l'harmonisation des comptabilités des entreprises ; et
- contrats de transport de marchandises par route.

Les Actes de l'OHADA, qui représentent un effort sans précédent d'harmonisation et de modernisation du droit entre divers pays, sont généralement bien acceptés. Ils ont été conçus dans l'optique d'être simples, faciles à comprendre et à appliquer, bien ancrés dans la tradition juridique et la pratique commerciale, tout en tenant compte des leçons tirées des meilleures pratiques internationales. Afin de permettre une éducation juridique progressive et une mise en pratique effective, plusieurs dispositions des Actes ont force obligatoire, sans qu'il soit possible d'y renoncer (dispositions d'ordre public). Le contenu des Actes de l'OHADA a donné lieu à de multiples commentaires et analyses, plus particulièrement concernant les objectifs de sécurisation des projets d'investissement chers à la communauté des bailleurs. Dès 1999, l'IBA a organisé une conférence majeure au Cameroun, au cours de laquelle les évaluations de l'OHADA par le monde juridique américain ont fait l'objet de débats et lors de laquelle l'OHADA a été saluée comme un effort très positif pour favoriser les investissements étrangers.

Après dix ans de mise en œuvre, le bilan est globalement positif même si plusieurs textes d'application manquent encore à l'appel au niveau étatique et même si certaines institutions essentielles pour la sécurisation des investissements doivent encore être organisées ou devenir pleinement opérationnelles (tel est le cas pour le Registre du commerce et du crédit immobilier). Certains Actes sont déjà révisés ; de nouveaux en préparation (le droit des contrats et le droit du travail). Globalement, il est indéniable que l'OHADA a amélioré le niveau de sécurisation notamment en matière de droit des sociétés, de transport, des faillites, de comptabilité et d'arbitrage.

ii) *Traités de protection des investissements*

Les États africains de tradition civiliste ont conclu plusieurs traités d'investissement, qui jouent un rôle important pour les investisseurs étrangers désireux d'investir dans les infrastructures publiques ou le secteur minier. Ces traités peuvent être de nature multilatérale ou bilatérale.

- De nombreux traités bilatéraux ont été signés avec la France sous une forme assez classique, mais également avec d'autres pays.
- Des traités régionaux ont également été conclus, tels que la charte des investissements de la CEMAC, qui s'applique aux États francophones d'Afrique centrale appartenant à la zone monétaire de la CEMAC (basée sur une devise unique (FCFA) indexée sur l'euro). La charte des investissements de la CEMAC prévoit, par exemple, que les États membres s'engagent à promouvoir l'état de droit et une sécurité juridique et judiciaire, ainsi qu'à mettre en place le Traité de l'OHADA. Elle veille également à ce que les États garantissent le bon fonctionnement du système économique. Des dispositions spéciales concernent les relations de partenariat à développer avec le secteur privé et l'article 7 de la charte fait état de ce qui suit : « Les États membres font confiance à l'efficacité du secteur privé pour impulser le développement et la croissance économiques. Ils entendent associer le secteur privé à la définition de stratégies et à la solution des problèmes de développement. »

La charte fait également la promotion de l'instauration d'un cadre fiscal et douanier simple et équitable. Elle reconnaît qu'il est essentiel de moderniser l'administration des impôts et des douanes.

iii) *Codes ou chartes d'investissement*

Plusieurs pays ont promulgué des codes ou chartes d'investissement, qui préconisent souvent des principes similaires à ceux énoncés dans les traités bilatéraux ou multilatéraux, en matière de garantie des investissements, rôle du secteur privé, traitement équitable, etc.

iv) *Règlementations sectorielles*

Les réglementations sectorielles indispensables pour garantir un projet d'investissement dans le secteur minier et les infrastructures publiques ont fleuri dans les pays africains de droit civil.

v) *Secteur minier*

Tous les pays miniers qui offrent de véritables perspectives en termes de développement minier se sont dotés de codes miniers depuis de nombreuses années.

A la fin des années 1990, ces codes ont été modernisés dans plusieurs pays, en tenant compte des leçons apprises, et le processus d'actualisation se poursuit.

Toutefois, depuis le début de ce siècle, la majeure partie de la structure et de l'organisation des codes, ainsi que leurs principes de base sont solidement établis et ne diffèrent pas fondamentalement d'un pays à l'autre. Ces codes tiennent compte des traditions juridiques qui s'appliquent à ces pays, par exemple en ce qui concerne :

- la nature et le périmètre des licences et permis ;
- la propriété du gisement ;
- l'obligation d'investissement et de développement ;
- la réduction de la taille du gisement lors du renouvellement des licences expirées ;
- la cessibilité des permis ;
- les régimes fiscaux et de redevances ;
- les dispositions sur la protection des investissements, les régimes fiscaux et douaniers etc.

Madagascar a promulgué, additionnellement à son code minier, une loi détaillée portant sur les grands investissements miniers (Loi n°2001-031 d'octobre 2008). Cette loi organise de nombreuses procédures et garanties pour les investissements miniers au-delà d'un certain seuil. Lorsqu'un projet est soumis à cette loi, il bénéficie ainsi de garanties renforcées pour protéger les investissements (y compris une clause étendue de stabilisation juridique et réglementaire, qui est généralement considérée comme un facteur important dans la décision d'investir ou non).

vi) Participations privées dans les infrastructures de service public

Au plan strictement juridique, il n'est généralement pas nécessaire dans les pays africains de droit de créer une législation nouvelle sur les participations privées dans les infrastructures de service public étant donné que la plupart de ces pays ont déjà pu conclure des concessions de service public ou d'affermage et ce depuis de nombreuses années. Ces formes contractuelles qui sont les formes les plus complexes de partenariat sont les seuls types de PPP qui peuvent se développer à grande échelle car elles n'augmentent pas significativement la dette publique. Plusieurs pays ont néanmoins promulgué des réglementations dans ce domaine. C'est notamment le cas de la Guinée et du Sénégal (lois générales) à la fin des années 1990, de Madagascar (eau et électricité), ainsi que du Cameroun et de la Tunisie il y a quelques années.

vii) Environnement

Ces 20 dernières années, les réglementations environnementales se sont progressivement développées en vue de limiter les désastres écologiques qui ont été largement médiatisés par le passé. L'effort consenti pour améliorer la réglementation dans ce domaine a été rendu possible grâce à l'intervention d'organismes multilatéraux, et plus particulièrement du Groupe Banque mondiale. Certains pays, comme Madagascar, ont été de vrais bancs d'essai à cet égard.

Ces actions et leur mise en œuvre pratique ont permis le développement progressif d'un système réglementaire complet bien adapté aux projets miniers et d'infrastructures publiques. Ces progrès ont parfois été acquis à l'occasion d'échanges approfondis avec de grands investisseurs internationaux pour des projets phares.

Plusieurs codes ont ainsi été promulgués. Ils définissent en détail des normes et conditionnalités environnementales, y compris des principes socio-économiques que ces projets doivent respecter. Ils régissent par exemple : : les conditions relatives à la préparation de l'évaluation de l'étude d'impact social et environnemental avec la participation de toutes parties prenantes locales, nationales et internationales, les conditions de la tenue des audiences et du déroulement des enquêtes publiques, les conditions relatives aux études de suivi, les conditions de mise en place des plans de gestion environnementaux et leur contrôle, les conditions relatives à la délivrance des permis y afférents et leurs conséquences etc. (voir en particulier les réglementations de Madagascar, de Guinée et du Congo-Brazzaville).

Dans l'ensemble, ces réglementations se situent désormais au niveau des bonnes pratiques internationales (même si elles sont parfois incomplètes, comme en matière de réinstallation).

viii) Utilisation des sols

Le droit pour un projet minier ou d'infrastructures publiques de disposer des terrains nécessaires à la réalisation des projets est réglementé dans la plupart des pays d'Afrique de tradition civiliste. Cette réglementation repose sur une longue tradition et s'accompagne d'une procédure détaillée, connue sous l'appellation de « déclaration d'utilité publique ». En substance, l'État ne peut se permettre de mettre à la disposition d'un projet un terrain dont il n'est pas propriétaire ou qui est utilisé dans le cadre de droits coutumiers par les populations locales, sans déclarer au préalable ce terrain d'utilité publique, ce qui entraîne ainsi soit une cession amiable ou une expropriation par l'État.

La déclaration d'utilité publique est un processus, très structuré qui commence par une enquête publique préalable. Lorsque l'utilité publique est déclarée, une seconde enquête est nécessaire afin d'identifier les propriétaires détenteurs de titres de propriété réels ou de droits coutumiers de différents types. C'est uniquement lorsque ce processus est arrivé à son terme qu'un comité

d'évaluation propose une vente à l'amiable ou une expropriation. Les lois prévoient toujours une compensation équitable, à la valeur du marché (mais sans le supplément de valeur que l'existence de projet pourrait donner aux terrains).

II. Le monde réel des investissements étrangers dans les projets miniers et d'infrastructures publiques

Le monde réel dans ces deux secteurs est différent du monde de l'investissement étranger dans les autres secteurs. Cette situation est généralement mal comprise en Afrique ou à l'étranger. Il suffit pourtant d'évoquer trois raisons principales :

1. *La durée :*

L'investissement nécessite le plus souvent plusieurs années d'étude puis de travaux et le retour sur investissement se chiffre en dizaine d'années. Ceci nécessite un cadre juridique qui doit être amélioré sur de multiples aspects (à la fois sur le plan des textes et des procédures) par rapport à celui applicable aux projets privés classiques. Il ne faut pas oublier que l'Afrique est un pays où il est couramment admis que le retour moyen sur investissement est extrêmement élevé (4 ans en moyenne). Une telle situation sans doute unique au monde, comme aiment le faire remarquer les africains eux-mêmes, s'explique par différents facteurs où le juridique ne tient pas une place essentielle. L'investissement traditionnel ne nécessite donc pas le même niveau de sécurité juridique que les investissements dans les secteurs visés par cet article.

2. *Le profil de risque de l'investissement :*

L'investissement doit se fonder sur une analyse économique, qui comprend un scénario économique solide et un taux de rendement interne qui dépend lui-même de plusieurs facteurs (notamment des facteurs associés au pays en question). Certains de ces risques peuvent être raisonnablement estimés par des ratios de sensibilité ad hoc, sous réserve que le projet ne dure que quelques années. Il est en revanche bien plus difficile, voire quasi impossible, d'appréhender les risques encourus, par exemple, sur un horizon de 20 ans qui s'avère en général nécessaire pour récupérer l'investissement.

3. *La nature des investissements :*

Ces derniers nécessitent toujours une négociation avec l'Etat ou une administration aboutissant à une relation contractuelle ou à un permis soumis à de multiples conditions (ce qui leur confère, de fait, un caractère contractuel). Il est important de noter à cet égard que dans les pays africains de droit civil, l'État est considéré comme agissant dans l'intérêt général de tous les citoyens ; à ce titre, il a le droit en principe

d'interférer dans l'exécution d'un contrat (et donc d'en modifier unilatéralement les termes).

Ces divers éléments obligent l'investisseur étranger à aller au-delà de l'exercice de *due diligence* traditionnel, ainsi que de la simple connaissance et analyse des réglementations et des pratiques locales. L'investisseur doit également dépasser l'approche contractuelle classique. Il est fondamental à cet égard d'identifier les précédents significatifs (ce qui nécessite une longue expérience) et de prévoir les difficultés les plus probables sur la base des leçons tirées de projets similaires dans le même pays ou dans d'autres pays africains de droit civil.

Il faut également apprécier à sa juste valeur la portée d'un texte ou d'une procédure ou l'absence de texte ou de procédure pour une situation donnée. On est très loin en cela du monde de la Common Law où traditionnellement il n'y a pas d'usages et de principes juridiques implicites qui peuvent l'emporter sur les dispositions contractuelles.

Par exemple, en application au droit des contrats publics (qui, comme le droit des contrats dans les pays de Common Law, se fonde essentiellement sur la jurisprudence), les autorités publiques disposent d'une batterie de droits spéciaux « exorbitants du droit commun » qui prévalent sur toutes dispositions contractuelles contraires, sous réserve que ces droits souverains soient mis en œuvre dans l'intérêt public.

En contrepartie, ce même droit des contrats publics contient de nombreux principes qui garantissent une indemnisation ou compensation équitable pour l'investisseur privé qui peut prendre diverses formes. Par ailleurs, le droit des contrats publics prévoit des droits d'indemnisation ou de compensation spéciaux au bénéfice de l'investisseur, qui peuvent aller au-delà des clauses contractuelles et même parfois bénéficier à l'investisseur nonobstant toute clause contractuelle contraire.

A ces considérations extrêmement importantes et trop souvent oubliées par les juristes et autres conseils, il faut ajouter la nécessité d'analyser en permanence les disparités entre les dispositions des réglementations, les procédures et la pratique réelle sur le terrain.

Sur la base de ces considérations juridiques et pratiques, le monde réel de l'investissement privé dans les projets miniers et d'infrastructures publiques de grande envergure apparaît aléatoire et trop risqué pour beaucoup.

Cela ne signifie pas pour autant que ces projets sont à déconseiller. Cela signifie simplement que la méthodologie pour réussir ce type de projets doit être très rigoureuse et adaptée aux réalités du pays (et non l'inverse : à savoir essayer d'adapter la réalité aux attentes de l'investisseur).

III. Conditions de la réussite des Projets

Les développements ci-dessus révèlent que malgré des évolutions et améliorations récentes facilitant l'investissement privé dans les secteurs miniers

et d'infrastructures, l'investisseur aura pendant longtemps encore un important travail à réaliser en amont pour évaluer à leur juste mesure les enjeux et prendre les dispositions qui lui permettent de bien sécuriser son projet.

La clé du succès réside dans une approche de *due diligence*, d'une ampleur différente de celle généralement réalisée à l'aune des standards internationaux. Cet exercice doit intégrer une analyse approfondie des multiples dispositions et pratiques implicites, lesquelles doivent être soumises à plusieurs séries de tests préalables puis constamment actualisés au cours des différentes phases d'investissement et d'exploitation. Il est également essentiel de s'intéresser à l'avance au fonctionnement des différents ministères qui auront directement ou indirectement un rôle à jouer pour octroyer permis, visa ou pour valider ou modifier des procédures ou des textes; et sans lesquels l'investissement sera risqué. Cette *due diligence* doit également prendre en compte une évaluation des réactions prévisibles des services techniques et des cabinets des différentes administrations clés, puisque en pratique les hauts fonctionnaires jouent en Afrique de tradition civiliste un rôle très important tout au long de la réalisation des projets.

En outre, étant donné que la plupart des pays concernés sont en phase de modernisation de leurs droits et procédures et puisque l'anticipation doit être le maître-mot de tout investissement à long terme dans les secteurs miniers et d'infrastructures publiques, il est souvent essentiel de mettre en place une politique de contacts réguliers avec les organismes internationaux et plus particulièrement les multilatéraux, bilatéraux et la communauté des ONG. En effet, ces institutions et organismes jouent en pratique un rôle important à de multiples égards dans le cadre des projets d'investissement privé de grande envergure. Il s'agit non seulement de la synthèse et de la diffusion des bonnes pratiques ou procédures que les Etats appliquent progressivement aux projets mais également des mesures d'accompagnement (telles que les actions de formations professionnelles, actions communautaires, réinstallation, environnement et autres auxquelles les promoteurs de projets devront directement ou indirectement s'intéresser).

A l'issue de l'exercice de *due diligence*, l'investisseur constatera le plus souvent un « gap » réglementaire et pratique engendrant un niveau de risques trop élevés et il recherchera alors comment renforcer la sécurité juridique.

Dans les pays d'Afrique de droit civil, cette amélioration nécessaire pour les grands projets est tout à fait possible et même conseillé. Une des voies privilégiées est celle de la Convention d'Établissement, par laquelle l'État s'engage à garantir de nombreux droits moyennant des engagements supplémentaires de l'investisseur dans l'intérêt du projet.

Cette voie s'est révélée, en pratique, très efficace pour des projets phares à de nombreuses occasions à travers la conclusion de vrais « accord-cadre de partenariat public-privé » ratifiés par le Parlement et qui prévalent sur toute loi contraire, existante ou à venir.

IV. Conclusions

Pour conclure, il y a tout lieu d'être optimiste sur les perspectives d'investissement rentable et à long terme pour les grands projets miniers et d'infrastructures publiques dans les pays Africains de droit civil. En effet, un ensemble de précédents significatifs révèlent qu'il est désormais possible de sécuriser à l'avance les investissements à des niveaux acceptables et compétitifs par rapport aux investissements possibles dans d'autres zones géographiques tout en respectant le cadre des standards internationaux, notamment en matière de risques, de rentabilité, de gouvernance et de responsabilité sociale et environnementale (RSE).

Toutefois, cela nécessite une approche préalable volontariste (trop peu souvent mise en œuvre) basée sur une méthodologie très organisée et fondamentalement différente sur de nombreux aspects par rapport à celle applicable dans d'autres régions du monde.

Si le projet est bien préparé sur ces bases, l'investisseur va rapidement se rendre compte que le développement du projet va nécessiter des ressources humaines et des compétences qui dans les secteurs autres que techniques doivent être plus importantes de celles qu'il a l'habitude d'employer. En effet, s'il ne veut pas prendre des risques inconsidérés, il ne pourra faire l'économie d'une négociation partenariale avec l'Etat et les diverses autorités pour améliorer ab initio la sécurité juridique et pour entretenir et développer par la suite une politique responsable de monitoring et d'adaptation en pleine transparence.

De telles ressources sont encore très rares et il est dès lors facile de comprendre que l'une des conditions du succès des projets dans les pays francophones réside dans la capacité de l'investisseur à savoir s'entourer d'experts rompus aux techniques juridiques et institutionnelles et capables de surcroît de les traduire dans des actions qui devront elles-mêmes s'inscrire dans une éthique souvent nouvelle pour la plupart des pays concernés.

L'éthique, condition du succès des grands projets en Afrique : c'est sans doute la leçon la plus porteuse d'espoir pour le continent.