



CLAUSE INSIGHTS

... Company shall have the right to use public ...
... erated or provided by the Government or by any other Person ...
... authority of the Government, to the extent adequate (taking into account the ...
... ublic use thereof) to meet the Company's needs with respect to Operations.
... e Government shall ensure that all charges for, and other terms and ...
... ditions of, the use by the Company of public Infrastructure are fair and ...
... onable, taking into account the cost of providing such Infrastructure, and ...
... not more onerous than those that are generally applicable to others using ...
... ilar public Infrastructure in a similar manner.

- 26 -

EXONERATIONS FISCALES
ent aux dispositions du Code g
dant la durée de validité du p
ans le cadre stricte de ses recher
la valeur ajoutée (TVA) frappan
fit, cette exonération étant sou
foncière sur les propriétés bâties (CFPB) a
tés non bâties (CFPNB);
IRC) dans



Rédiger de meilleurs contrats :
le pouvoir des clauses



Notre mission

Assister les gouvernements à mieux négocier les investissements internationaux.

Notre vision

Des investissements que les générations futures comprendront, accepteront et seront fières.

<https://www.connex-unit.org/>



Veillez noter : Les articles suivants reflètent les opinions de leurs auteurs et ne traduisent pas nécessairement celles du Conseil d'administration de CONNEX, de son Comité consultatif ou de son Secrétariat.

Table des matières

CLAUSE 1: Clauses de stabilisation	4
CLAUSE 2: Tirer parti des clauses d'achat à l'échelle locale dans les contrats miniers	14
CLAUSE 3: Négocier des redevances dégressives – Tirer profit du boom, amortir la crise	32
CLAUSE 4: Accès de tiers aux infrastructures	42
CLAUSE 5: Infrastructures durables – aspects contractuels	52
CONNEX – Comment nous travaillons	64

La série « *Clause Insights* » de CONNEX vise à aider les représentants gouvernementaux négociant des contrats dans les secteurs miniers, des infrastructures et des énergies renouvelables à mieux comprendre les clauses et les aspects spécifiques à prendre en compte lors de ces négociations.

Clause Insights a également traité de la force majeure, des accords de développement communautaire, des clauses d'achat ferme dans les contrats d'achat d'électricité, des clauses d'engagement dans les partenariats public-privé et du changement climatique.

Nous serions ravis de vous envoyer des versions électroniques de ces articles ; il vous suffit de nous écrire à support@connex-unit.org ou de consulter notre site web à l'adresse www.connex-unit.org.

Bien entendu, si votre gouvernement a besoin de notre soutien multidisciplinaire en matière de négociation, n'hésitez pas à nous contacter pour en discuter. Veuillez noter que ce service est gratuit pour les gouvernements qui en font la demande.



Membre du conseil consultatif de **CONNEX**, **LOU WELLS** a enseigné pendant 47 ans à la Harvard Business School. Une part considérable de ses activités de consultant a été consacrée à l'aide à la négociation dans le secteur extractif. Ses nombreux livres et articles ont atteint de nombreux bureaux gouvernementaux et académiques à travers le monde. Lou a parcouru le globe en travaillant avec des gouvernements pour obtenir de meilleurs accords.

CLAUSE 1

Les Clauses de Stabilisation –

explorer des clauses spécifiques et partager les avis d'experts en matière de contrats miniers

Bienvenue dans le premier numéro de « Clause Insights », dont l'objectif est de mieux comprendre des clauses des contrats des matières premières dans leur complexité afin d'évaluer leur importance. Car, disons-le, leur impact pour cette génération et les générations à venir est énorme.

En raison de l'augmentation rapide de la demande mondiale de matières premières indispensables à la transition énergétique, l'importance des contrats régissant l'exploration et la production de ces richesses naturelles – lithium, cobalt, nickel, graphite, cuivre, etc. – est devenue encore plus déterminante.

La mission de CONEX, dont l'objectif est de parvenir à de meilleurs accords pour les pays riches en ressources naturelles, est de fournir aux gouvernements demandeurs une assistance multidisciplinaire à court terme et sur mesure pour les négociations dans le domaine de

l'exploitation minière, des infrastructures et des énergies renouvelables. Notre Conseil consultatif est composé de leaders mondiaux des négociations contractuelles.

Chaque numéro de « Pas plus qu'une simple clause ? » examinera des clauses spécifiques, exploitera les connaissances et partagera ces connaissances avec les équipes de négociation susceptibles d'être confrontées à des problèmes précisément liés à ces clauses. Ainsi, sans plus tarder, Lou Wells aborde l'épineuse question des clauses de stabilisation....

LW: Cette « clause de stabilisation » figure dans un contrat du secteur extractif entre un pays africain et une multinationale. Elle soulève d'importantes questions de politique et pose des problèmes de clarté dans sa rédaction :

1. Les clauses de « stabilisation » sont-elles quelque chose que les pays devraient inclure dans leurs contrats du secteur extractif ?
2. S'il faut les inclure, que doivent-elles « stabiliser » et pendant combien de temps ?

3. Cette clause particulière est-elle claire ? Si ce n'est pas le cas, quel type de différend pourriez-vous prévoir pour plus tard ?

CETTE CLAUSE PARTICULIÈRE

1. Les investisseurs demandent souvent aux gouvernements hôtes des pays en développement de leur donner des garanties que les lois et les politiques seront gelées dès lors que l'accord sera conclu. Ou, comme c'est le cas ici, ils demandent à être dédommages des conséquences de futurs changements.
J'ai vivement encouragé les gouvernements à s'opposer à de telles clauses qui constituent, pour les investisseurs, une protection qu'ils n'obtiendraient pas dans leur propre pays. Si, toutefois, le gouvernement hôte estime que des garanties sont nécessaires, j'essaierais de négocier une clause de moindre durée, offrant une moindre couverture et rédigée en termes plus clairs.
2. L'exemple assure la stabilisation pour la durée du contrat, mais les clauses de ce type ne le font généralement que pour une durée limitée. La stabilisation pour la durée du contrat, disons 20 à 30 ans, lie les mains du gouvernement pour une période bien trop longue.

3. Cette clause particulière protège l'investisseur de toutes les actions du gouvernement ayant une incidence sur la profitabilité. Mais les clauses de stabilisation modernes limitent généralement les garanties aux dispositions fiscales : taxes, redevances, et droits spécifiques, par exemple. Elles laissent de la place pour de nouvelles lois et de nouveaux règlements régissant l'impact environnemental, la sécurité, la santé et d'autres questions.

4. Cette clause prévoit un dédommagement en cas de changement. Il est déjà problématique de mesurer l'impact et de déterminer le dédommagement ne serait-ce que pour un simple changement de taux d'imposition. Si le dédommagement doit consister à modifier d'autres dispositions, comment en mesurer l'impact dans le futur ? Apparemment plus simple, une approche largement obsolète de la stabilisation demande le maintien en vigueur des lois et règlements applicables au moment de l'accord. Les taux d'imposition et les règlements, et souvent toutes les lois et tous les règlements, continuent d'être appliqués tels qu'ils l'étaient au moment de la signature de l'accord. Ce type de disposition impose aux autorités d'assumer la charge onéreuse de l'administration de différents régimes pour différents investisseurs.

5. La clause prise en exemple semble offrir une garantie à sens unique à l'investisseur : si les taux d'imposition augmentent, l'investisseur doit être dédommagé de l'augmentation, mais s'ils diminuent, il tire profit du taux inférieur. Je ne vois aucun argument convaincant pour soutenir cette approche à sens unique. Si le projet était profitable au taux d'imposition initial, il devrait le rester indépendamment des taux pour d'autres ; dans le secteur de l'exportation, les prix sont fixés par les marchés internationaux. Je ne donnerais pas à l'investisseur la possibilité de bénéficier d'une baisse des taux d'imposition ultérieure s'il refuse la possibilité d'une augmentation ultérieure de ces taux.
6. La rédaction de cette clause laisse de nombreuses questions sans réponse :
- » Qu'entend-on par réduire « matériellement » les avantages économiques ?
 - » Que se passe-t-il si les taux d'imposition augmentent mais s'ils sont accompagnés par d'autres politiques qui contrebalancent l'effet de leur augmentation ?
 - » Faut-il ignorer les bénéfices ?

- » Que se passe-t-il si les changements bénéfiques se sont produits avant les changements qui réduisent les bénéfices ?

De fait, un différend est apparu : le gouvernement a réduit le taux d'imposition et l'investisseur en a bénéficié. Disons que le taux d'imposition initial était de 50%, qu'il a été ramené à 25% mais qu'il est peu après remonté à 35%. L'investisseur a allégué que le taux de 25% était une nouvelle référence de détermination de l'impact de l'augmentation ultérieure à 35%, indépendamment du fait qu'à 35% le taux restait inférieur au taux fixé au moment de l'accord initial. L'investisseur a demandé un dédommagement du passage du taux à 35% en demandant un arbitrage international. Les arguments du gouvernement ont finalement prévalu, mais un arbitrage international est coûteux, constitue une perte de temps pour les fonctionnaires et menace la réputation du pays hôte.

« Cela me semble logique : offrir la stabilisation, mais au prix de la « politique de garantie ».

D'UNE MANIÈRE GÉNÉRALE

Les investisseurs craignent que, après qu'ils ont engagé des fonds, les gouvernements hôtes prennent des mesures qui réduisent le retour sur investissement auquel ils s'attendent. Dans leurs pays, ils se sentent protégés d'actions déraisonnables du gouvernement en raison de l'accès de leur secteur au processus politique et aux garanties générales de non-discrimination. À l'étranger, ils se sentent démunis, notamment dans les pays connus pour leurs changements de régimes et de politiques.

En passant, rappelons aux investisseurs que des accords bilatéraux d'investissement et des dispositions relatives aux investissements dans les accords commerciaux offrent désormais un degré de stabilité sous la forme d'une protection contre les actions discriminatoires et les violations « d'attentes légitimes ».

Si le pays hôte décide néanmoins d'accepter les exigences de stabilisation, il peut faire payer la « garantie ». Un pays a donné un choix aux investisseurs : payer un taux d'imposition gelé légèrement supérieur au taux fixé au moment de la négociation, en contrepartie d'une garantie de non-augmentation. Cela me semble logique : offrir la stabilisation, mais au prix de la « politique de garantie ».

Les accords bien ficelés peuvent eux-mêmes réduire la pression politique pour de futures modifications des dispositions fiscales. On sait par expérience que les contrats à long terme du secteur extractif ont de grandes chances de devenir instables lorsque le prix du produit augmente brusquement ou lorsque le gisement s'avère particulièrement rentable. Les pressions politiques obligent le gouvernement à s'approprier une part plus importante de la manne provenant de l'extraction de richesses nationales non renouvelables.

Lorsque les prix du pétrole ont atteint 140 \$/bbl au début des années 2000, les gouvernements ont augmenté leur part des recettes tirées de l'extraction du pétrole à peu près partout dans le monde, pas que dans les pays en développement. Des conflits ont éclaté, notamment au sujet d'accords négociés dans le milieu des années 1990, alors que les prix du pétrole se situaient autour de 15\$ le baril et que les gouvernements signaient des contrats leur laissant une faible part des recettes. Les clauses de stabilisation n'ont pas toujours protégé les investisseurs. Les gouvernements ont augmenté leur part des recettes et certains investisseurs ont eu recours à un arbitrage international, mais cela s'est traduit par d'énormes frais juridiques, des réputations ternies, une perte d'actifs, et des indemnités qui n'ont été perçues que des années plus

tard. Les risques encourus par les investisseurs suite à des changements de circonstances peuvent être en partie atténués lorsque les accords prennent cette éventualité en compte. Des dispositions fiscales bien étudiées peuvent rendre plus prévisibles les réactions des États aux aubaines : progressivité des royalties ou des impôts sur les bénéfices, par exemple. Bien sûr, les investisseurs s'opposent à de telles dispositions, dans l'espoir de profiter eux-mêmes de la manne pétrolière. L'histoire donne à penser que cet espoir peut être vain.

Pour conclure, si un gouvernement se sent obligé d'offrir des clauses de stabilisation, celles-ci doivent être limitées dans le temps et dans leur portée, gérables et rédigées de manière aussi peu ambiguë que possible. Mais une réflexion initiale peut aboutir à des conditions se prêtant moins à la controverse, donnant aux investisseurs des garanties suffisantes sans que pour autant le gouvernement renonce à ses droits de répondre à de futurs besoins et de futures conditions.



JEFF GEIPEL leads the Mining Shared Value program of Engineers Without Borders Canada working to improve the development impacts of mineral extraction in host countries through increasing local procurement by the global mining industry. Jeff co-developed the Mining Local Procurement Reporting Mechanism (LPRM) with the German Development Corporation (GIZ), now used by a growing number of global mining companies to improve transparency and dialogue on local sourcing.



CLAUSE 2

Tirer parti des clauses d'achat à l'échelle locale dans les contrats miniers

Ces dernières années, les gouvernements de pays où se déroulent des activités minières ont eu de plus en plus souvent recours à des exigences d'achat à l'échelle locale pour renforcer la participation des fournisseurs nationaux aux opérations et aux chaînes de valeur du secteur. L'objectif est d'accroître la part des intrants achetés à des entreprises locales afin de favoriser l'activité économique et l'emploi au niveau local. Depuis 2010, en raison notamment des références faites aux liens en amont dans la Vision minière africaine (2009), le Burkina Faso, le Ghana, le Mali et la Tanzanie (entre autres) ont renforcé leurs exigences d'achat à l'échelle locale. L'Amérique latine, la Colombie et de nombreuses provinces argentines ont également introduit des réglementations similaires.

Les exigences d'achat à l'échelle locale se répartissent en deux catégories :

- » Côté demande : encourager, inciter ou obliger les sociétés minières à soutenir les fournisseurs locaux en définissant des objectifs de dépenses, en réservant l'achat de certains biens et services à des entreprises nationales et en exigeant des fournisseurs internationaux qu'ils forment des coentreprises avec des entreprises nationales pour approvisionner le secteur minier.
- » Côté offre : recourir à des politiques, des programmes et des investissements pour renforcer la capacité des fournisseurs à approvisionner le secteur minier à des prix compétitifs (avec, par exemple, des programmes de formation des fournisseurs, des subventions et des financements ciblés pour leurs entreprises).

Contrairement aux secteurs pétroliers et gaziers, qui intègrent souvent des clauses d'achat à l'échelle locale aux accords de partage de production et autres types de contrats, ces clauses sont moins fréquentes dans le secteur minier.

En effet, il n'est pas toujours approprié d'utiliser des clauses d'achat à l'échelle locale avec les sociétés minières. Les gouvernements doivent donc effectuer des recherches approfondies pour déterminer s'il est oppor-

tun d'y recourir et, si tel est le cas, en quoi elles doivent consister.

Une alternative aux clauses intégrées aux accords individuels consiste à adopter une législation couvrant l'intégralité du secteur minier d'un pays (ainsi que d'autres exigences en matière de contenu local tels que les quotas d'embauche de personnel local). Mais ces législations revêtent souvent un caractère trop général et sont trop peu précises, alors qu'en intégrant des clauses d'achat à l'échelle locale aux contrats miniers individuels, il est possible de choisir des mesures spécifiquement adaptées à la société et aux actifs concernés.

CARACTÉRISTIQUES DES CLAUSES DES CONTRATS DU SECTEUR EXTRACTIF

L'étude des contrats non confidentiels permet de mettre en lumière les caractéristiques suivantes :

- » les clauses d'achat à l'échelle locale sont plus courantes dans le secteur pétrolier et gazier que dans le secteur minier ;
- » la plupart des exemples de clauses d'achat à l'échelle locale accessibles au public, que ce soit dans le secteur minier ou pétrolier et gazier, évitent les formula-

tions trop strictes et contraignantes et stipulent que les fournisseurs nationaux doivent être privilégiés « dans la mesure du possible » ou « à condition qu'ils satisfassent à des critères de qualité et de prix équivalents à ceux des fournisseurs internationaux » ;

- » certains contrats exigent que la société minière, pétrolière ou gazière transmette au gouvernement des rapports sur ses achats de biens et services et sur les mesures prises pour soutenir les fournisseurs, afin d'éclairer le gouvernement sur les actions qu'elles mènent au niveau des fournisseurs.

Mais surtout, en vertu de l'accord de l'Organisation mondiale du commerce sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce (MIC), l'obligation pour les sociétés qui investissent de s'approvisionner exclusivement auprès d'entreprises nationales est techniquement illégale, ce qui explique que la plupart des clauses (mais pas toutes) sur l'achat à l'échelle locale accessibles au public évitent toute formulation contraignante. Les accords internationaux d'investissement, tels que les traités bilatéraux d'investissement, contiennent souvent des restrictions supplémentaires sur les politiques d'approvisionnement, par exemple l'interdiction des obligations de transfert de technologie.

TYPES DE CLAUSES

Pour rédiger cet article, j'ai étudié 35 contrats miniers et contrats pétroliers et gaziers disponibles sur le site www.resourcecontracts.org. J'ai trouvé les types de clauses suivants :

- » **Clauses sur l'« obligation de moyens »** : clauses formulées de manière approximative, qui reprennent certains éléments de la législation en matière de contenu local comme celle du Botswana, pays dans lequel un contrat minier stipule que la société doit privilégier les fournisseurs nationaux mais en ajoutant des expressions telles que « dans la mesure du possible ». Ces clauses n'étant pas très précises, elles sont difficiles à appliquer correctement.

- » **Obligation de préférence** : seuils ou types de biens et services précis. Ici, comme pour la clause d'obligation de moyens, la société doit privilégier les fournisseurs nationaux, mais la formulation mentionne également des critères précis qui peuvent servir de base pour la mise en application. Par exemple, deux contrats mentionnés ci-dessous stipulent que la société doit s'approvisionner auprès de fournisseurs nationaux si le prix du bien ou service se situe dans une four-

chette de 10 % du prix proposé par un fournisseur international (pour un produit de qualité similaire), à condition qu'un organisme de réglementation offre des moyens de comparaison précis.

- » **Exigences applicables à la procédure de passation de marchés** : ces clauses contiennent des conditions qui ont pour but de s'assurer que les fournisseurs nationaux ont un accès équitable aux opportunités d'approvisionnement. Elles exigent notamment que tous les appels d'offres soient publiés dans le pays et pas uniquement auprès de fournisseurs internationaux et que les appels d'offres soient disponibles dans la langue nationale.

- » **Exigences liées aux plans d'achat à l'échelle locale** : reflet des réglementations sur l'achat à l'échelle locale du Ghana et de la Tanzanie, ces clauses exigent de la société qu'elle soumette au gouvernement un plan d'achat de biens et services à l'échelle locale. Elles sont généralement accompagnées d'exigences liées à la publication régulière de rapports sur les progrès accomplis selon un calendrier établi.

- » **Exigences de publication de rapports sur les achats à l'échelle locale** : clause qui oblige les sociétés minières à communiquer des données sur leurs achats locaux, par exemple le pourcentage de dépenses auprès de fournisseurs nationaux par rapport aux fournisseurs internationaux, les types de biens et services qui seront achetés et les montants associés, ainsi que les entreprises auprès desquelles la société s'approvisionne.

Sur les cinq types de clause ci-dessus, seul le deuxième (obligation de préférence) semble être en conflit direct avec l'accord de l'Organisation mondiale du commerce sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce, mais il faut savoir que l'interprétation de cet accord peut varier. Il existe toujours une part de subjectivité dans son interprétation et dans sa mise en application. Dans l'exemple de clause ci-dessous, qui stipule qu'une assurance de qualité comparable doit être souscrite à condition qu'elle se situe dans une fourchette de 10 % par rapport au prix d'un fournisseur international, un certain degré de subjectivité demeure en ce qui concerne la capacité du gouvernement à prouver la qualité du produit, ce qui est également le cas pour d'autres facteurs.

Clauses réelles¹

Vous trouverez ci-dessous, pour chacune des cinq catégories, quelques exemples de dispositions tirées de contrats accessibles au public. L'objectif est d'illustrer les catégories et non de fournir des recommandations aux gouvernements.

Obligation de moyens

L'entreprise et ses sous-traitants mettent tout en œuvre pour acheter des biens et services en/au/aux [pays]. Si des biens et services présentant une qualité et des délais de livraison adéquats et raisonnablement comparables, à un prix similaire à ceux provenant de l'étranger (frais de transport compris) sont disponibles en/au/aux [pays].

ou

L'entreprise et ses sous-traitants privilégient les biens et services produits en/au/aux [pays] ou fournis par des ressortissants du/de la/des [pays], à condition que ces biens et services soient proposés à des conditions aussi avantageuses en termes de qualité, de prix et de disponibilité aux dates et quantités requises.

1 Les clauses contractuelles citées ici sont des traductions non officielles réalisées par CONNEX/la GIZ. Les clauses originales sont rédigées en anglais.

Préférence avec un certain degré de spécificité

Préférence pour les services du/de la/des [pays]

L'Entrepreneur et ses sous-traitants s'engagent à privilégier les services, les matériaux, les équipements, les consommables et autres biens du/de la/des [pays] lorsque la qualité et les délais de livraison sont comparables à ceux disponibles à l'international, à condition que le prix en/au/aux [pays] ne soit pas supérieur de plus de 10 % au coût de services, matériaux, équipements, consommables et autres biens similaires disponibles à l'international.

ou

Néanmoins, l'Entrepreneur et ses sous-traitants acceptent de n'importer que les biens visés à l'article 26, paragraphe 1, alinéa a, dans la mesure où lesdits biens ne sont pas disponibles en/au/aux [pays] à des conditions similaires en termes de quantité, de qualité, de prix et de modalités de paiement, doivent être obtenus en urgence ou sont soumis à des critères techniques spéciaux comme indiqué par l'Entrepreneur, ses agents, contractants ou sous-traitants.

Exigences applicables aux procédures de passation de marchés

Engagement du Concessionnaire en matière de contenu local

20.1 Le Concessionnaire doit :

20.1.1 Respecter la clause de contenu local stipulée à l'annexe IX.

20.1.2 S'assurer que la préférence est donnée aux fournisseurs du/de la/des [pays] lorsque leurs offres présentent des conditions de prix, de délai et de qualité plus favorables ou équivalentes à celles de fournisseurs extérieurs au/à la/aux [pays].

20.2 La procédure d'acquisition de biens et services visant à permettre la concrétisation de l'objet du présent contrat doit :

- a) inclure des fournisseurs installés en/au/aux [pays] parmi les fournisseurs invités à soumettre des propositions ;
- b) fournir aussi les spécifications de l'appel d'offres dans la langue officielle du/de la/des [pays] ;

c) accepter des spécifications équivalentes, à condition que les bonnes pratiques de l'industrie pétrolière soient respectées.

20.2.1 L'acquisition de biens et services fournis par des filiales est également soumise aux dispositions de la présente clause, à l'exception des services qui, en vertu des bonnes pratiques de l'industrie pétrolière, sont généralement fournis par des filiales.

Exigences applicables au plan d'approvisionnement

8.14 Le Plan de développement visé à l'article 8.13 doit être basé sur des études techniques détaillées et doit comprendre les éléments suivants : ...

- m) Propositions de l'Entrepreneur relatives à l'acquisition de biens et services disponibles en/au/aux [pays] ;
- n) Plan de transfert de technologie de l'Entrepreneur ;

Obligations de publication de rapports sur les achats

Et ses entrepreneurs peuvent librement conclure un contrat avec une quelconque autre partie. La Société doit, dans un délai de 60 jours à compter de la fin de l'exercice financier, remettre au ministre un rapport décrivant l'étendue des achats de matériaux, biens et services réalisés au cours de l'année par la Société et les principaux

entrepreneurs auprès des sources préférentielles décrites dans la première phrase de la présente section [x] :

Dans un délai de soixante (60) jours à compter de la fin de chaque année civile, le titulaire de la licence est tenu de transmettre au gouvernement un rapport décrivant l'utilisation qu'il a faite des biens et services du/de la/des [pays] au cours de l'année civile.

ou

(4) L'Entrepreneur doit –

- a. (a) au début ou avant le début de chaque année civile concernée, soumettre au ministre un calendrier provisoire des services et des contrats d'approvisionnement envisagés dont la valeur estimée excède l'équivalent de cinq cent mille dollars des États-Unis (500 000 USD) par contrat et qui doivent être conclus pendant l'année civile à venir, en indiquant la date prévue de l'appel d'offres et la valeur approximative des biens et services qui seront fournis.

SUIVI DU CONTENU LOCAL

L'application de telles clauses dépend fortement des capacités du pays. La capacité limitée des gouvernements à appliquer les clauses d'obligation de moyens est encore réduite par un manque de connaissances qui les empêche de répondre aux demandes des sociétés minières qui veulent savoir si un bien produit dans le pays satisfait à ses critères de qualité. En outre, même si une clause est plus précise, par exemple, si elle mentionne un seuil de prix de 10 % comme c'est le cas ci-dessus, l'application de la clause nécessite quand même une évaluation approfondie d'autres critères tels que la qualité.

De même, le fait de demander des données sur les dépenses consacrées aux achats, sur les types de biens et services achetés et sur les fournisseurs actuels d'une entreprise peut être extrêmement utile pour un gouvernement. Ces données peuvent conduire à une évolution des politiques et à des investissements en faveur de fournisseurs spécifiques et de l'écosystème environnant, par exemple, à la création d'établissements d'enseignement professionnel pour former les travailleurs aux compétences requises pour produire les biens nécessaires. Toutefois, si les capacités nécessaires pour faire en sorte que ces données soient fournies en temps voulu, puis

analysées et diffusées correctement, n'existent pas, les informations finissent souvent par prendre la poussière sur une étagère.

Lors des négociations avec l'entreprise, il peut également s'avérer utile pour le gouvernement d'effectuer une évaluation informelle des ressources humaines et financières qui seront nécessaires pour contrôler l'application de la clause et de s'assurer que ce montant est couvert de manière informelle par l'un des flux de revenus du gouvernement.

APPROCHES POTENTIELLES EN AUSTRALIE ET AU CANADA

Bien que les deux pays soient des fédérations, le Canada et l'Australie peuvent servir de source d'inspiration en ce qui concerne le contenu local ou les approches à adopter vis-à-vis des opérations minières individuelles, sachant que les deux pays utilisent souvent des accords de développement communautaire entre les communautés autochtones et les sociétés minières. Le Canada a recours à ce que l'on appelle des « ententes sur les répercussions et les avantages » (ERA), tandis que l'Australie utilise principalement des « accords sur l'utilisation des terres autochtones » (Indigenous Land Use Agreements – ILUA).

Ni l'un ni l'autre de ces pays ne dispose d'exigences nationales sur l'achat à l'échelle locale du côté de la demande pour le secteur minier, mais les deux types d'accords locaux précités contiennent généralement des clauses sur l'achat à l'échelle locale. Sachant que l'accord porte sur un seul site minier et une seule communauté, les exigences peuvent être plus précises, mieux adaptées et donc beaucoup plus efficaces.

EFFORTS CONSTANTS DU GOUVERNEMENT

S'il utilise des clauses dans les contrats avec les sociétés minières, le gouvernement doit se renseigner sur les types et les volumes de biens et services que la société minière achètera pour un projet particulier et les comparer à la capacité actuelle des entreprises nationales à fournir ces produits à des prix compétitifs. Même si certains gouvernements mettent l'accent sur l'obligation de moyens des entreprises, les gouvernements doivent également réfléchir aux « efforts constants » qu'ils déploient eux-mêmes pour renforcer les achats à l'échelle locale. Voici quelques-unes des solutions possibles :

- » créer des politiques d'incitation favorisant le recours au contenu local, à savoir des « récompenses » (réductions fiscales) pour les entreprises qui soutiennent le contenu local ou des « pénalités » en cas de non-utilisation du potentiel de contenu local perçu par le gouvernement dans un domaine d'approvisionnement précis ;
- » faciliter un dialogue régulier entre l'entreprise et les soumissionnaires potentiels pour s'assurer que ces derniers sont avertis suffisamment à l'avance des opportunités disponibles et qu'ils puissent ainsi soumissionner ;
- » offrir des prêts relais à court terme (si possible à des taux d'intérêt peu élevés) aux entreprises locales pour s'assurer qu'elles disposent de liquidités suffisantes pour couvrir les coûts initiaux.

Le ministère de l'Économie pourrait également mettre en œuvre des programmes pour développer la capacité de secteurs émergents de l'économie à répondre à certaines des opportunités potentielles d'achat à l'échelle locale.

ÉVALUATION DE DILIGENCE RAISONNABLE	Lors de chaque négociation, le gouvernement doit réaliser une évaluation de diligence raisonnable approfondie portant sur l'expérience, les liquidités, le personnel et l'approche adoptée par la société pour gérer des thèmes clés tels que les questions environnementales, a et de gouvernance (ESG) et le contenu local. Il doit demander aux entreprises des exemples très précis mis en œuvre dans d'autres pays, ainsi qu'un feedback honnête de la part des entreprises elles-mêmes sur ce qui a fonctionné et ce qui a échoué.
MESURE DU CONTENU LOCAL	Quelle est la priorité du gouvernement en matière de contenu local ? S'agit-il du nombre minimal de personnes travaillant sur un projet ? Du nombre d'heures consacrées au projet ? Des tonnes d'acier, des mètres cubes de béton ? Des montants dépensés « dans le pays » ? De la contribution « intellectuelle » à la conception des infrastructures nécessaires à une mine (par exemple, une voie de chemin de fer) ?



ÉDUCATION/ FORMATION

Existe-t-il des programmes que les entreprises pourraient soutenir et qui contribueraient à accroître le contenu local ? Est-il possible de soutenir un programme axé sur les ingénieurs des mines en imposant l'obligation d'embaucher un certain pourcentage de diplômés au sein de l'entreprise ? Un autre programme pourrait porter sur des compétences très pratiques telles que la rédaction du plan d'affaires, la planification financière, le calcul des coûts et la gestion des ressources humaines.

CALENDRIER

De nombreux gouvernements veulent obtenir des résultats immédiats, que ce soit au niveau de la production ou de l'emploi. Il est cependant important de trouver un équilibre. En effet, pour être « rapide » ou « plus rapide », la production devra peut-être faire appel à un plus grand nombre d'employé·e·s provenant de l'étranger, ce qui nuira à la politique de contenu local.

SUIVI

Comme indiqué plus haut, certaines clauses exigent la publication de rapports en fin d'année, tandis que d'autres souhaitent pouvoir étudier les projets de l'entreprise en amont. Le gouvernement, quant à lui, doit décider s'il préfère se contenter de recevoir des informations (après l'attribution du contrat) ou s'il préfère s'efforcer d'obtenir une proportion plus importante de contenu local en demandant à la société de s'engager avant le début des achats.

La typologie et les exemples de clauses offrent matière à réflexion pour les pays qui s'efforcent d'encourager les sociétés minières à s'approvisionner à l'échelle locale. Les opportunités économiques, l'acceptation des entreprises et, surtout, les politiques gouvernementales visant à favoriser l'acquisition de biens et services au niveau local progressent dans de nombreux pays riches en ressources naturelles. Ces conditions offrent aux gouvernements la capacité de peser davantage sur l'augmentation des dépenses dans leurs pays, ce qui leur permet de concrétiser des projets miniers prioritaires tout en développant les économies locales, régionales et nationales.



Économiste et conseillère en politique publique, **STEFANIE HEERWIG** dispose d'une expérience en matière de fiscalité minière et de modélisation financière des projets miniers et a travaillé pour des gouvernements en Afrique de l'Ouest, dans la zone Asie-Pacifique et en Amérique latine.

Économiste et cofondateur d'Econias, **IAIN STEEL** est spécialisé dans la politique fiscale et les industries extractives. Il conseille des gouvernements en Afrique, dans la zone Asie-Pacifique et en Amérique latine sur des projets d'exploitation de ressources minières, de pétrole et de gaz et sur des projets d'infrastructure.





CLAUSE 3

Négocier des redevances dégressives – Tirer profit du boom, amortir la crise

Les redevances, qui indemnisent les pays hôtes de la perte de ressources naturelles finies, constituent un aspect important du régime fiscal minier. Leur conception conditionne en grande partie les performances du secteur minier et les revenus obtenus par les pays hôtes. Si une redevance est fixée à un niveau trop élevé, elle va décourager les investissements et la production, ce qui se traduira par des recettes publiques plus faibles. À l'inverse, si une redevance est fixée à un niveau trop faible, l'État ne va pas percevoir assez de recettes issues du secteur minier, notamment quand les prix des minerais sont au plus haut.

Au cours des dernières années, de nombreux pays ont abandonné le modèle de la redevance à taux fixe sur le prix de vente pour passer à une redevance établie selon une échelle mobile. Les échelles mobiles font varier le taux de la redevance selon des critères visant à augmenter ce taux quand les bénéfices sont plus élevés et à le réduire quand les bénéfices sont plus faibles. Ces redevances établies selon une échelle mobile peuvent amélio-

rer la « progressivité » du régime fiscal : l'État prélève une part plus importante des bénéfiques quand ceux-ci sont au plus haut. L'adoption de ce dispositif tend à réduire les pressions politiques intérieures en faveur de l'instauration d'impôts sur les bénéfiques exceptionnels et d'autres modifications du régime fiscal. En contrepartie, quand les prix des minerais sont faibles et que les sociétés minières subissent de plus grandes contraintes financières, la redevance à échelle mobile allège automatiquement la charge fiscale, ce qui favorise les investissements et la production.

Dans cette version de « Pas plus qu'une simple clause ? », nous examinons les principales questions relatives à la conception de redevances à échelle mobile en nous référant à une disposition tirée du régime des redevances d'un pays d'Amérique latine :



[...] Le concessionnaire minier... doit verser une redevance équivalente à un pourcentage du prix de vente du minerai principal et des minerais secondaires oscillant entre 3 % et 8 %, en plus du versement correspondant d'un impôt sur le revenu

et d'autres impôts attribués à l'État conformément à la présente loi [...]. Le taux de la redevance à payer sera établi selon des critères de progressivité, les volumes de production du concessionnaire minier et/ou le type et le prix des minerais, conformément à la réglementation fondée sur cette loi [...].

Dans cette disposition, la base de la redevance est le « prix de vente du minerai principal et des minerais secondaires » de la mine. Une redevance calculée sur le prix de vente est relativement simple à gérer, bien que les déductions prévues, par exemple, pour les frais liés au traitement, au raffinage, au marketing et aux transports maritimes internationaux puissent affecter la création de recettes et la facilité de gestion tout en accroissant le risque d'évasion fiscale. Il faut donc examiner attentivement les déductions pouvant être autorisées et les spécifier clairement dans la loi et les contrats pour réduire l'incertitude. Cette disposition inclut expressément les minerais secondaires. Les mines produisent souvent plusieurs minéraux : par exemple, un dépôt de cuivre peut aussi contenir de l'or et de l'argent. Grâce à cette

disposition, le pays hôte reçoit aussi une compensation pour la perte de ces minerais secondaires.

Au lieu d'asseoir le calcul de la redevance sur le prix de vente, on peut le baser sur les bénéfices d'exploitation comme au Chili et au Pérou. Cette approche est plus « efficiente », puisque les bénéfices d'exploitation reflètent mieux la capacité d'une société à payer des redevances que les recettes des ventes. Il y a donc moins de risques qu'elle décourage les investissements et la production.

Toutefois, par rapport à une redevance calculée sur le prix de vente, une redevance basée sur les bénéfices d'exploitation est plus difficile à gérer et expose à un plus grand risque d'évasion fiscale. Cet aspect est particulièrement important quand les sociétés minières effectuent des transactions avec des sociétés liées et peuvent gonfler les coûts pour réduire la redevance. En outre, une redevance calculée d'après les bénéfices d'exploitation ne garantit pas au pays hôte qu'il recevra une compensation sur toutes les unités de minerai produites, puisqu'aucune redevance ne serait payée dans le cas où les bénéfices d'exploitation seraient inférieurs ou égaux à zéro. Pour éviter cet inconvénient, le Pérou, complète la redevance basée sur les bénéfices d'exploitation par une redevance ad valorem minimale.

FIXATION DU TAUX DE LA REDEVANCE

Le taux de la redevance fluctue entre 3 % et 8 %, mais le mécanisme de l'échelle

mobile n'est pas spécifié. Au lieu de cela, des règlements peuvent établir l'échelle mobile d'après les éléments suivants :

An alternative to sales value is to use operating profits as the royalty base, as in Chile and Peru. This approach is more “efficient”, as operating profits better reflect a company's capacity to pay royalties than revenue from sales. It is therefore less likely to deter investment and production.

- » critères de progressivité ;
- » volumes de production ;
- » type et prix des minerais.

VOLUME

Si l'on vise à améliorer la progressivité de la redevance, on utilise rarement le volume comme principal critère, parce que les volumes de production ne sont pas forcément en corrélation avec la rentabilité. En effet, dans certains cas, comme dans le cas de l'extraction du charbon en Colom-

bie, on utilise un taux plus faible pour les mines de taille modeste. Cette approche peut aussi apporter des simplifications : par exemple, les activités de faible ampleur ne sont pas soumises aux redevances à échelle mobile, qui sont plus complexes. Toutefois, les gouvernements devraient veiller à ce que le seuil ne produise pas d'effets indésirés en incitant les sociétés minières à réduire artificiellement leur production pour rester au-dessous du seuil et profiter ainsi d'un taux plus favorable.

PRIX

La fixation d'une redevance selon une échelle mobile faisant référence aux prix des minerais améliore la progressivité. Dans ce cas, le contrat stipule des taux plus élevés quand les prix montent et des taux plus faibles quand les prix baissent. Les prix constituent un indicateur indirect de la rentabilité, puisque l'augmentation des prix des minerais entraîne souvent une hausse des bénéfices.

Une redevance à échelle mobile peut présenter de grands avantages quand les prix sont élevés. Par exemple, une grande mine de cuivre produisant 400 000 t par an pré-Covid-19 aurait payé une redevance annuelle de US \$120 millions à 5 % du prix de vente en 2019, quand les prix du cuivre oscillaient autour de 6 000 USD/t. Quand,

en 2021, les prix du cuivre ont flambé pour atteindre la valeur record de 9 300 USD/t, une redevance à 5 % aurait engendré des recettes égales à US \$185 millions. Il faut toutefois considérer qu'une redevance calculée selon une échelle mobile avec un taux de 8 % aurait engendré des recettes égales à US \$300 millions, soit US \$115 millions de recettes publiques en plus pour financer le développement du pays (voir tableau 1).

Taux de redevance pour cuivre	Taux de la redevance de 5 %	Redevance à échelle mobile (3 % quand le prix est bas ; 8 % quand le prix est élevé)	Impact de l'utilisation de l'échelle mobile sur les redevances
Prix du cuivre faible (6 000 USD/t), 2019	US \$120 millions	US \$70 millions	- US \$50 millions
Prix du cuivre élevé (9 300 USD/t), 2021	US \$185 millions	US \$300 millions	+ US \$115 millions

D'une manière similaire, la redevance à échelle mobile pourrait réduire le taux à 3 % à des prix plus bas, ce qui aurait ajouté 50 millions USD aux flux de trésorerie de la société en 2019 quand les prix étaient plus bas. Pendant les années où les prix se maintiennent à un bas niveau, une réduction de la redevance peut éviter à une société minière de subir des pertes menaçant la durabilité de ses activités afin qu'elle puisse rester financièrement viable et continuer à investir dans un projet.

La redevance à échelle mobile basée sur le prix présente de grands avantages : elle est facile à gérer et prête moins le flanc à l'évasion fiscale, notamment quand le tableau des taux se réfère à des prix de minerais cotés en bourse qui peuvent être vérifiés aisément. La conception soulève des questions plus précises telles que

- » la fixation des taux précis et des seuils de prix pour chaque minerai ;
- » Les modalités d'application de l'échelle mobile aux minerais secondaires ;
- » les modalités d'ajustement des seuils de prix en fonction de l'inflation. Cette approche est appliquée au Burkina Faso, en Côte d'Ivoire, en Mauritanie, en Zambie, au Zimbabwe et dans d'autres pays africains.

Toutefois, les redevances à échelle mobile basées sur les prix ne sont pas toujours efficaces. En effet, dans certains cas, les coûts des intrants peuvent augmenter plus que les prix si bien qu'une société minière peut se retrouver à payer une redevance plus élevée alors même que ses bénéfices sont en baisse. C'est pourquoi le Pérou et le Chili, entre autres, utilisent les bénéfices d'exploitation pour déterminer le taux applicable. Une redevance basée sur les bénéfices d'exploitation est plus efficace, car le taux de la redevance augmente seulement quand les bénéfices effectifs augmentent eux aussi. Par contre, elle est plus difficile à gérer et prête davantage le flanc à l'évasion fiscale, notamment quand le taux et la base de la redevance sont tous deux déterminés par des bénéfices d'exploitation qui dépendent de transactions à haut risque avec des entreprises liées.

Impact potentiel d'une redevance à taux variable en fonction des prix par rapport à une redevance à taux fixe, pour une mine de cuivre à grande échelle, à des prix du cuivre faibles et élevés en 2019 et 2021.

CONCLUSIONS

Il n'existe pas d'approche qui produise des résultats optimaux dans toutes les situations. Lors de la conception d'une redevance, il faut trouver des compromis entre différents objectifs comme l'efficacité et la progressivité, d'une part, et la simplicité et la minimisation des risques d'évasion fiscale, d'autre part.

Pour un gouvernement, il est préférable de concevoir une redevance donnée en tenant compte de sa situation et de ses objectifs spécifiques plutôt que de suivre des approches adoptées ailleurs. Il est notamment souhaitable d'évaluer la redevance de manière globale en tenant compte des autres éléments du régime fiscal – impôt sur le revenu, retenues à la source – et des autres impôts génériques ou spécifiques du secteur minier.

L'utilisation d'une échelle mobile peut améliorer la progressivité d'une redevance, mais il existe d'autres options pour améliorer la progressivité globale du régime fiscal. Parmi ces options figure l'adoption d'un impôt progressif sur le revenu ou d'une taxe économique des rentes des ressources (impôt sur les flux de trésorerie accumulés d'un projet après que l'investisseur ait obtenu un retour sur investissement minimum). Pour concevoir un régime

fiscal moderne, efficient et progressif, il est important d'utiliser des modèles financiers pour estimer ses performances et l'impact que les différents types de redevances peuvent produire sur les résultats globaux dans une large gamme de scénarios économiques.



KEES HÖRCHNER est co-proprétaire et directeur de RebelGroup (Pays-Bas), où il conseille les gouvernements et les investisseurs sur des projets d'infrastructure complexes et de partenariats public-privé, en mettant l'accent sur des solutions pratiques et commercialement viables qui génèrent des impacts sociaux et environnementaux positifs dans les domaines de l'énergie, des transports, de l'eau et des infrastructures sociales.



CLAUSE 4

Accès de tiers aux infrastructures :
redéfinir les clauses relatives aux capacités excédentaires figurant dans les contrats de concession

LE CONTEXTE

Les infrastructures sont exigeantes en capital et nécessitent généralement une certaine échelle minimale pour fonctionner efficacement. Par exemple, il est impossible de construire une ligne de chemin de fer qui fonctionnerait sans au moins une voie complète. Cette échelle minimale crée inévitablement une capacité de base qui dépasse parfois les besoins immédiats ou à long terme de l'utilisateur principal. C'est typiquement le cas d'infrastructures telles que les lignes de chemin de fer, les ports, les usines de dessalement et les systèmes de transmission d'énergie et d'électricité. Cette problématique prend de plus en plus d'importance aujourd'hui vu la multitude de projets de corridors actuellement en développement dans le monde.

Dans les contrats de concession, en particulier dans le domaine de l'extraction minière, de la production d'énergie ou de la fabrication d'hydrogène vert, l'infrastructure

n'est peut-être pas le sujet principal mais elle peut être cruciale pour la viabilité de l'exploitation. Dans ce type de cas, l'exploitation de l'infrastructure est souvent sous-traitée à des prestataires de services spécialisés tandis que l'infrastructure en elle-même demeure la propriété publique. Voici l'un des scénarios possibles :

L'investisseur A a développé la mine A et construit la ligne de chemin de fer A pour exporter son minerai. Cet investisseur construit essentiellement la ligne et il y aura totalement accès mais l'État devrait rester propriétaire. Que se passe-t-il si un investisseur B arrive, découvre du minerai dans la région et souhaite avoir accès à la ligne de chemin de fer A ? Les réserves, à moins d'être immenses, justifieront difficilement une deuxième ligne. Donc la question centrale est la suivante : dans quelles conditions l'investisseur A (et le gouvernement) peuvent-ils autoriser l'investisseur B (ou tout autre investisseur) à accéder à la ligne de chemin de fer ?

Tout dépend de la manière dont l'accord entre l'investisseur A et le gouvernement a été négocié. De fait, la possibilité qu'un autre investisseur accède à la ligne de chemin de fer a-t-elle été même abordée, voire réellement discutée, au moment des négociations entre l'investisseur A et le gouvernement ? En dehors d'un autre investisseur,

qu'est-ce que le gouvernement a négocié sur le transport des marchandises et des personnes ? Ou a-t-il négocié ? Une affaire de taille est en jeu, l'investissement en capital étant estimé à plus d'un milliard d'euros.

Les contrats de concession devraient inclure des dispositions autorisant des tiers à utiliser les disponibilités ou les capacités excédentaires des infrastructures. De telles clauses sont surtout pertinentes lorsque l'exploitant privé (le « titulaire ») bénéficie de droits d'usage de l'infrastructure publique sans en être propriétaire. Généralement, ces dispositions visent à octroyer un droit d'accès à des tiers (investisseur B) dans la mesure où cela n'a pas d'impact négatif sur l'exploitation de l'infrastructure par l'utilisateur actuel (investisseur A) et n'entraîne pas de coût supplémentaire pour ce dernier.

L'ENJEU

Si le principe est clair, l'application pratique en revanche présente quelques difficultés.

1. Ambiguïté dans la mesure des capacités excédentaires

Il est compliqué de déterminer objectivement les capacités excédentaires. Cela implique de calculer la capacité

totale et d'en soustraire l'usage actuel et l'usage prévu, les deux pouvant varier considérablement du fait de la variation également des conditions du marché. En plus, la capacité proprement dite n'est pas fixe, elle dépend de la manière dont l'infrastructure est exploitée. Par exemple, la capacité d'une ligne de chemin de fer dépend de la vitesse, de la fréquence et de la configuration des trains. Il est donc possible que les titulaires hésitent à accepter des études basées sur des hypothèses qu'ils ne maîtrisent pas, qui engendreraient des coûts d'exploitation supplémentaires ou qui leur imposeraient de modifier leurs systèmes d'exploitation existants. Ils pourraient être obligés, par exemple, d'utiliser des trains plus longs, d'investir dans du matériel roulant et de modifier leurs installations de chargement et de déchargement ainsi que les procédures opérationnelles.

2. Impact opérationnel d'un usage partagé

L'usage de l'infrastructure par des tiers réduit souvent sa flexibilité opérationnelle. Or, cette flexibilité entre généralement en ligne de compte dans la planification du titulaire et les opérations effectuées au quotidien. Cet « usage » caché de l'infrastructure peut réduire considérablement les capacités excédentaires disponibles. La perte de flexibilité peut être considérée comme un impact

négatif légitime et acceptable si le titulaire est censé exploiter l'infrastructure publique d'une manière qui optimise l'efficacité de son utilisation .

3. Interruption due à une extension

Si une extension des capacités est nécessaire pour accueillir des tiers, les travaux d'extension risquent d'interrompre temporairement le fonctionnement de l'infrastructure. Même lorsqu'ils sont engagés par des tiers, ces travaux peuvent compromettre l'efficacité et la fiabilité de l'utilisation de l'infrastructure par le titulaire. L'interruption est généralement de courte durée et peut être compensée mais cela doit être négocié au départ.

4. Affectation des coûts

Les tiers accèdent à l'infrastructure sans en supporter les coûts (irré récupérables) que représente l'investissement initial. Même si les coûts marginaux d'utilisation sont faibles, cette situation crée des inégalités car les nouveaux venus bénéficient de l'infrastructure sans avoir contribué aux investissements précédents.

RECOMMANDATIONS : STRUCTURER LES CLAUSES EN VIGUEUR

Pour relever ces défis et veiller à ce que les dispositions relatives aux capacités excédentaires aient force exécutoire et soient en même temps équitables, il est recommandé de prendre les mesures suivantes :

1. Objectifs communs d'orientation générale

Le contrat doit stipuler clairement que le gouvernement et le titulaire ont comme objectif commun d'optimiser et de partager l'infrastructure pour éviter des discussions sur l'impact négatif légitime (voir point 2 ci-dessus).

2. Maintien des droits d'extension

Le gouvernement devrait se réserver le droit d'étendre les capacités des infrastructures selon les besoins, lorsqu'elles demeurent la propriété publique, en fixant les limites des droits d'usage privé.

3. Droits d'accès unilatéraux

Le gouvernement devrait conserver le pouvoir d'octroyer l'accès de l'infrastructure à des tiers sans demander l'autorisation du titulaire, dans la mesure où les études indépendantes qui ont été menées ne prévoient pas

d'impact négatif déraisonnable à long terme qui ne soit pas correctement compensé. Toute latitude devrait être expressément accordée pour déterminer ce qu'est une « perturbation raisonnable » ou l'usage d'une infrastructure existante dans le contexte d'un système à plusieurs usagers. En effet, un projet d'extension ou de réaménagement a souvent un impact temporaire sur les capacités disponibles de l'infrastructure.

4. Modèles à usagers multiples

En cas de capacités excédentaires importantes, ce qui est très souvent le cas lorsque l'infrastructure a été construite pour un seul usager, il convient d'envisager un modèle à usagers multiples avec une gestion indépendante de l'infrastructure. Cela garantit un usage juste et efficace entre les différentes parties prenantes. Selon ce modèle, non seulement des entreprises différentes et souvent concurrentes peuvent utiliser une même infrastructure de transport telle qu'une ligne de chemin de fer ou un port, mais cette infrastructure peut servir également à transporter différentes catégories de marchandises et même des passagers. Il est ainsi plus facile de mettre en place des corridors à usages multiples pouvant avoir un impact majeur sur le développement d'une région.

5. Évaluation transparente des capacités

Le contrat de concession doit définir une méthode claire de calcul des capacités de l'infrastructure qui sera appliquée par une entité indépendante. Cette méthode intégrera, dans l'idéal, des modèles opérationnels dynamiques ne donnant pas un poids démesuré aux insuffisances opérationnelles que connaît le titulaire.

6. Partage équitable des coûts

L'extension d'une infrastructure existante peut revenir comparativement moins cher que l'investissement initial pour la construction de l'infrastructure. Il convient de mettre en place des mécanismes de partage des coûts pour compenser les coûts irrécupérables engagés par le titulaire (comme les dépenses en capital engagées par l'investisseur A dans le scénario ci-dessus) ainsi que les pertes de flexibilité. Cela assure un juste équilibre entre les avantages et les charges.

7. Définition précisée de l'impact négatif

La notion d'« absence d'impact négatif » devrait se limiter aux perturbations déraisonnables telles qu'elles sont évaluées par une entité tierce neutre et s'aligner sur l'objectif plus général qui vise à optimiser l'utilisation de l'infrastructure. Une fois de plus, si l'utilisation de l'in-

frastructure est optimisée et augmente les capacités pour tous, les investisseurs devraient tous s'en réjouir malgré la période d'interruption à court terme.

8. Règlement séparé des litiges

Dans l'idéal, les litiges relatifs à l'utilisation de l'infrastructure par des tiers devraient être réglés en dehors des mécanismes prévus par le contrat de concession plus vaste. Le fait que cet aspect soit convenu en amont clarifie la position du gouvernement sur l'usage multiple de l'infrastructure, dissociant les droits et les obligations concernant l'infrastructure d'autres droits économiques octroyés à un investisseur. Étant donné les revenus en jeu pour l'entreprise privée et pour le gouvernement, il est essentiel de promouvoir une culture et une pratique du dialogue pour résoudre les différends.

9. Définition du processus consistant à octroyer l'accès à des tiers

Les parties ne devraient pas se contenter de consigner par écrit les principes d'un usage multiple mais s'efforcer de détailler le processus consistant à octroyer l'accès à des tiers ou l'extension de l'infrastructure. Cela permettrait de préciser en amont l'organisme ou les organismes décisionnaire(s), la manière dont les garanties sont appli-

quées aux usagers existants et si une compensation doit être versée ou non.

TRANSFORMER LES CLAUSES CONTRACTUELLES EN MOTEURS DE CROISSANCE

L'accès octroyé à des tiers dans les grandes concessions peut être crucial pour dégager une valeur économique dépassant le cadre d'un seul projet ou exploitant. Toutefois, pour être efficaces, ces clauses doivent être rédigées avec une extrême prudence. Elles doivent comporter des définitions claires, des évaluations indépendantes et des conditions de partage équilibré des coûts pour garantir que l'infrastructure publique réponde à des objectifs de développement plus larges, sans compromettre les droits et l'intégrité opérationnelle du titulaire. Si les dispositions du contrat sont bien conçues, le gouvernement peut s'appuyer sur l'infrastructure de manière plus stratégique et donc promouvoir la croissance, l'efficacité et une concurrence loyale.



DR MICAELA BEHRENS (née Mihov) est conseillère au sein de l'Infrastructure Solutions Incubator de la Société allemande de coopération internationale (GIZ), où elle accompagne les gouvernements dans l'intégration de la durabilité dans la planification, le financement et le développement des infrastructures.





CLAUSE 4

Infrastructures durables – aspects contractuels

Face aux déficits d'investissement en infrastructures qui se chiffrent actuellement en milliards de dollars américains (USD), les contrats d'infrastructure offrent un vaste potentiel d'apport de valeur pour la population et pour l'environnement. Ces opportunités sont économiquement justifiées et ouvrent la voie à des projets générationnels qui permettent d'obtenir plus pour moins cher. Cet article présente quelques aspects importants dont les gouvernements doivent absolument tenir compte avant de conclure des contrats d'une telle ampleur.

QUE SIGNIFIE INFRASTRUCTURE « DURABLE » DANS UN CONTRAT ?

Le terme « durabilité » fait généralement référence à l'atténuation du changement climatique ou à la protection de l'environnement, ce qui ne représente pourtant qu'un quart environ de sa signification réelle. La durabilité

possède quatre dimensions particulièrement pertinentes au niveau des contrats :

- » La dimension économique ou financière associe le rapport coût/avantages et le recouvrement adéquat des coûts, appuyé (si nécessaire) par des subventions bien ciblées afin de maintenir son caractère abordable. Les risques associés au projet doivent être transparents et répartis équitablement entre les partenaires
 - *Dispositions d'ordre économique et financier : réfléchissez aux clauses qui permettent de s'assurer que l'investisseur crée un bon rapport coût/avantages (ainsi que de la valeur pour l'économie), par exemple en l'obligeant à joindre, en annexe, un plan d'affaires pour le projet ou à utiliser des biens et services locaux (et à mesurer très précisément ce que cela signifie, notamment pour faciliter l'utilisation de biens et services locaux). Le plan d'affaires a-t-il été triangulé avec des expert-e-s du gouvernement ? Dans le même temps, le gouvernement doit s'assurer qu'un taux de rendement favorable pour l'entreprise n'entraîne pas de perte de valeur pour l'État ou pour les citoyens.*

- » La dimension environnementale englobe notamment l'utilisation de matériaux de construction durables, l'application de technologies permettant d'améliorer l'efficacité et la circularité des ressources ou le recours à des approches innovantes en matière de résilience au changement climatique.
- *Plans de gestion des impacts sociaux et environnementaux : incorporer une clause sur la conformité au plan de gestion des impacts sociaux et environnementaux, en incluant le suivi.*
- *Exemples possibles ici : limiter l'utilisation du béton ou de l'acier (en raison de leur empreinte carbone importante) ou assurer le suivi des tendances, ce qui pourrait conduire à réduire le champ d'application d'un projet, par exemple en favorisant les solutions de mobilité publiques plutôt que les solutions individuelles traditionnelles comme la voiture.*
- *Une avancée technologique est susceptible de faire baisser sensiblement le montant d'un investissement ou un aspect financier de l'exploitation et de la maintenance. Comment l'État et l'entreprise se mettront-ils d'accord sur son introduction, son expérimentation potentielle et le paiement de la technologie ?*



- » La dimension sociale signifie que l'infrastructure se doit d'être inclusive, accessible et abordable pour tous. Les marchés d'infrastructures doivent être transparents vis-à-vis de la société civile, respecter les droits humains et le droit du travail et préserver le patrimoine culturel.
- *Clause de divulgation : clause qui décrit la communication des informations et des données non confidentielles au public pendant toute la durée du cycle de vie du projet.*
 - *Les projets qui ont une empreinte physique importante, donnant lieu à des réinstallations de population ou ayant un impact sur leurs moyens de subsistance, doivent tenir les organisations de la société civile informées et leur offrir la possibilité de s'exprimer. Ces organisations peuvent faire le lien avec les communautés concernées. Si vous ne faites pas appel à elles, cela risque d'avoir un impact négatif sur le projet.*
 - *De même, si vous faites abstraction des problèmes sociaux, vous augmentez fortement les « risques non techniques », ce qui nuit à la valeur économique du projet et peut entraîner des retards considérables.*

- *Certaines infrastructures (par exemple, portuaires) n'ont pas de marché traditionnel, ce qui signifie que l'aspect de l'accessibilité ou du prix abordable n'est pas aussi important. Par contre, un projet qui touche davantage de personnes, par exemple un service de transport, doit tenir compte du marché et des utilisateur-riche-s potentiel-le-s, et fixer le tarif du service en conséquence. Cela peut notamment consister à déterminer dans quelle mesure l'infrastructure sera accessible au grand public en dehors de la finalité principale du projet (ce que l'on appelle « accès de tiers »).*
- » La dimension institutionnelle fait référence aux systèmes de gouvernance et aux capacités institutionnelles qui définissent les procédures de planification, d'acquisition et d'exploitation des infrastructures et de leurs services.
 - *Clause de surveillance : clause garantissant la durabilité institutionnelle, qui pourrait consister à assurer la surveillance de la ressource conformément aux exigences de conception et de planification de l'autorité contractante.*
 - *Même si un ministère assume la responsabilité du marché, il est important que les gouvernements incluent tous les ministères concernés afin d'éviter les*

surprises ou les obstacles potentiels. Les agences de contrôle ne doivent pas se contenter de constater la répartition des ressources humaines et financières appropriées, elles doivent la planifier afin d'assurer une bonne surveillance du projet.

OBSERVATIONS PRATIQUES TIRÉES DE CONTRATS D'INFRASTRUCTURES DURABLES DANS DIFFÉRENTS SECTEURS

Les exemples suivants montrent comment tenir compte des différentes dimensions de la durabilité dans les contrats associés à différents types d'infrastructures.

- 1. Dispositions d'ordre économique et financier pour les infrastructures routières :** le plan d'affaires du projet doit être annexé au contrat et inclure une analyse coûts/avantages comparant le modèle de PPP à ce que coûterait la construction et l'exploitation de la route avec d'autres méthodes. L'évaluation des coûts et des risques d'un projet utilisant des ressources publiques doit faire l'objet d'un audit ou d'un examen externe. Les agents publics peuvent s'appuyer sur l'expérience d'autres juridictions et impliquer des conseiller-ère-s expérimenté-e-s. Pour les routes assorties de concessions à péage, une analyse

approfondie de la demande doit être incluse dans le modèle d'affaires joint en annexe.

- 2. Plans de gestion sociale et environnementale d'une infrastructure portuaire :** l'augmentation du trafic maritime associée à la construction et à l'agrandissement des ports peut nuire à la biodiversité marine. Il est également fréquent d'enregistrer des problèmes de congestion du trafic et de détérioration de la qualité de l'air en raison du nombre important de véhicules lourds. Ces risques doivent être atténués dans le cadre des plans de gestion sociale et environnementale, après consultation des parties prenantes et recours aux analyses d'expert·e·s. Il est indispensable d'effectuer une étude de référence pour chaque impact potentiel : ce qui n'a pas été mesuré ne peut pas être contrôlé.
- 3. Surveillance des projets de construction de ponts :** l'état et la qualité des ponts ont un impact significatif sur la sécurité des populations. La surveillance doit donc identifier les segments de pont endommagés et les risques de sécurité potentiels. Le contrat doit mettre la surveillance en exergue et garantir sa mise en œuvre publique en attribuant des capacités suffisantes aux organismes de surveillance. La sur-

veillance peut également inclure des innovations, notamment au niveau de la numérisation, par exemple en utilisant des capteurs pour collecter les données ou des drones pour évaluer les dommages ou les fissures. Ce type de technologie d'infrastructure permet d'améliorer la sécurité d'utilisation des ponts et d'économiser des fonds publics. Il est également important que des postes du budget national soient affectés à ces fonctions importantes. La pratique, beaucoup trop courante, qui consiste à demander à l'entreprise privée de rémunérer les inspecteurs publics est largement considérée comme un conflit d'intérêts.

QUATRE RECOMMANDATIONS À PRENDRE EN COMPTE AVANT DE RÉDIGER UN CONTRAT D'INFRASTRUCTURE DURABLE :

1. **Le rapport coût/avantages est synonyme de valeur pour la population** – tous les projets d'infrastructure coûtent de l'argent sur leur durée de vie (10 à 30 ans environ), ce qui signifie qu'il est crucial, dès la phase de planification, de calculer le financement sur toute la durée de vie du projet. Cela signifie également que l'investisseur doit produire un plan d'affaires solide assorti d'un juste retour sur investissement.

- 2. Repenser la manière dont le gouvernement gère les marchés d'infrastructures** – collaborer avec des expert·e·s des marchés et de la durabilité pour identifier les lacunes potentielles (achat de matériaux locaux, incitations à acheter localement pour les entreprises, etc.) de vos politiques d'approvisionnement pour éviter les partenariats coûteux, non rentables et non durables avec des entrepreneurs privés. En quoi les habitudes ont-elles changé depuis le COVID-19 ? Tout projet élaboré avant la pandémie doit faire l'objet d'un réexamen approfondi pour vérifier qu'il est encore viable (par exemple, un projet de transport a pu voir la demande diminuer en raison des nouvelles règles sur le télétravail).
- 3. Impliquer largement les parties prenantes et les expert·e·s de la durabilité avant le contrat** – pour réussir à créer de bons plans de gestion sociale et environnementale pour les infrastructures, il est important d'obtenir les contributions des personnes qui dépendent de l'infrastructure (communautés locales, société civile, syndicats et associations professionnelles), ainsi que d'expert·e·s de la durabilité et de l'aménagement urbain. De nombreux projets estiment que l'évaluation des impacts environnementaux est suffisante pour gérer les impacts cruciaux.

Or, certaines questions sont trop sensibles pour n'être évoquées qu'au moment de l'évaluation des impacts environnementaux, c'est-à-dire trois à six mois après la signature du contrat. En ayant un premier aperçu des options potentielles et de leurs implications (conception, impacts sur les terres, les populations et les ressources naturelles, etc.), il est possible d'économiser beaucoup de temps et d'argent au moment de l'évaluation des impacts environnementaux. N'oubliez pas qu'il est préférable de dialoguer, de concevoir, puis de livrer un projet plutôt que de le concevoir, de le livrer et d'être ensuite obligé de le défendre..

- 4. Intégrer des normes à la planification et au suivi** – les donateurs bilatéraux et multilatéraux souhaitent de plus en plus souvent pouvoir s'appuyer sur des normes (normes de performance de la Société financière internationale, Principes du G20 pour des investissements de qualité dans les infrastructures, etc.) pour assurer le suivi des objectifs et des impacts financiers, institutionnels, environnementaux et sociaux des projets. Si vous pouvez démontrer que vous avez incorporé ces normes à la conception de votre projet et que vous en assurez le suivi, vous améliorez l'attractivité de vos opportunités d'investissement.

Pour réussir à atteindre les Objectifs de développement durable et l'Accord de Paris, les gouvernements doivent valoriser et surveiller ces composantes de durabilité dans tous leurs contrats. Les projets d'infrastructures peuvent et doivent jouer un rôle actif dans le développement socio-économique et la croissance durable des économies émergentes. En comprenant mieux à la fois les grands thèmes et les petits détails des contrats d'infrastructure (avec l'aide d'expert-e-s techniques et juridiques), les gouvernements seront mieux placés pour négocier de meilleurs accords, apportant ainsi davantage de valeur et de meilleurs services à la population.

Pour en savoir plus sur les infrastructures durables et pour trouver l'outil qui vous convient le mieux pour planifier et développer votre portefeuille ou votre projet d'infrastructure, la GIZ et le PNUÉ ont créé le Sustainable Infrastructure Tool Navigator, une base de données d'outils en ligne assortis de directives, de normes et de systèmes de notation qui sont disponibles ici : [Home - Infrastructure Tool Navigator \(sustainable-infrastructure-tools.org\)](https://www.sustainable-infrastructure-tools.org). Consultez-le dès aujourd'hui pour créer des infrastructures capables d'apporter de la valeur à la population et à l'environnement !

CONNEX – COMMENT NOUS TRAVAILLONS

L'initiative CONNEX du G7 soutient les gouvernements de pays émergents dans leurs efforts pour négocier des contrats d'investissement à grande échelle.

Fournir une expertise et des conseils juridiques, stratégiques, financiers, environnementaux, sociaux, géologiques et techniques.

AXÉ SUR LE MONDE ENTIER : Afrique, Asie, Amérique latine et les Caraïbes.

MULTIDISCIPLINAIRE : Fournir une expertise technique, financière, juridique, stratégique, environnementale et sociale.

CROSS-SECTORAL : On intervient dans les secteurs suivants : exploitation minière, l'infrastructure et de l'énergie renouvelables (y compris l'hydrogène vert).

EFFICACE : Soutien à court terme permettant d'obtenir des effets à long terme et durable.

AXÉE SUR LA DEMANDE : Répondre à la demande et aux besoins des pays partenaires.

COMMENT DEMANDER UN APPUI À LA NÉGOCIATION

8 à 10 semaines

Échange informel avec le Secrétariat de CONNEX

Demande de soutien officielle du gouvernement

Vérification et approbation par le Conseil d'administration de CONNEX

Définition de l'étendue du soutien

Identification des experts

Mise en œuvre de l'appui à la négociation

Évaluation
Révision
Ajustement

Veillez contacter support@connex-unit.org

par exemple, IPA ou la Commission des investissements, le bureau du Premier ministre, le ministère des Mines ou de l'Énergie, etc.

Avec l'équipe de négociation (interministérielle)

6 à 12 mois

DOMAINES DE SOUTIEN POTENTIELS

- » Modélisation financière
- » Évaluation de la faisabilité technique
- » Examen des études d'impact environnemental et social
- » Structuration de l'investissement et rédaction juridique
- » Élaboration et adaptation de la stratégie de négociation
- » Préparation des procédures d'appel d'offres
- » Soutenir les processus de fermeture des mines

NOTES:

NOTES:



Impression :

Cette publication a été réalisée avec le soutien financier du ministère fédéral allemand de la coopération économique et du développement (BMZ), de l'Union européenne (UE), de la Norvège et de UK International Development. Ses contenus relèvent de la seule responsabilité de la GIZ et ne reflètent pas nécessairement les vues du BMZ, de l'UE, de la Norvège ou du Royaume-Uni.

Deutsche Gesellschaft für
Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH
Siège social
Bonn et Eschborn
Allemagne

Friedrich-Ebert-Allee 32+36
53113 Bonn
Allemagne
T +49 228 44 60-0
F +49 228 44 60-17 66

Contact :

CONNEX Support Unit
Potsdamer Platz 10
10785 Berlin
Allemagne
E support@connex-unit.org
I www.connex-unit.org

Conception :

flmh - Labor für Politik und Kommunikation GmbH

Crédit photos :

GIZ

Janvier 2026

UN BON CONTRAT EST LA SOMME DE SES CLAUSES

Pour plus d'informations, veuillez visiter notre site web ou nous contacter par courriel à l'adresse :

support@connex-unit.org

