



Mission d'Assistance pour la création d'une société de patrimoine, la conception d'une structure de gestion PPP et l'acquisition de la bande passante internationale du Carrier Hôtel et de l'IXP

Rapport R2 sur l'analyse de l'environnement juridique du projet et amendements juridiques et réglementaires nécessaires

Version Provisoire



Compagnie Financière
CADMOS



Bird & Bird

PROJET WARCIP-TOGO

West African Regional Communication Infrastructure Program

Juillet 2015

Avertissement

Ce rapport s'inscrit dans l'organisation des travaux d'assistance technique portant la création d'une société de patrimoine, la conception d'une structure de gestion PPP et l'acquisition de la bande passante internationale du Carrier Hôtel et de l'IXP dans le cadre plus large du Projet WARCIP-TOGO (ci-après désigné « *le Projet* »).

La première partie de ce rapport vise à identifier les principales dispositions légales et réglementaires pertinentes afin de décrire l'environnement juridique applicable au Projet.

Plus particulièrement, il analyse les aspects juridiques du cadre sectoriel des communications électroniques (Section II.1), le régime juridique des futures entités propriétaires des actifs et/ou gestionnaires des activités relatifs au Projet (Section II.3), le droit applicable à la commande publique (Section II.4II.4) et au désengagement de l'Etat dans les entreprises publiques togolaises (Section II.5) ainsi que les règles relatives à l'investissement et à la fiscalité au Togo (Section II.6).

La seconde partie du rapport est consacrée aux éventuelles recommandations sur les amendements juridiques et réglementaires qui seraient de nature à favoriser le Projet. Les analyses et recommandations présentées dans cette note sont fondées sur des informations et données fournies essentiellement par la Coordination du Projet WARCIP (ci-après désignée « *Coordination* ») ou bien qui sont publiquement disponibles.

En l'absence d'informations suffisantes, le Conseil s'est également fondé sur la base d'informations recueillies lors de précédentes missions réalisées pour le compte de Ministère de la Poste et de l'Economie Numérique (MPEN). Celles-ci-devront être confirmées dans le cadre de la présente mission.

Le rapport et les informations qu'il contient sont données à titre purement indicatif, sans garantie quant à leur adéquation, consistance, matérialité, exactitude et exhaustivité et ne peuvent former une base de responsabilité délictuelle, quasi-délictuelle ou contractuelle de la part du cabinet d'avocats Bird & Bird, de la Compagnie Financière CADMOS, du cabinet d'expertise technique JIDCOM et du cabinet d'audit KPMG. Ce groupement d'experts, dont les co-chefs de file sont la Compagnie Financière Cadmos et Bird & Bird, est désigné ci-après le « *Conseil* ».

Ce rapport est fourni à la Coordination à titre strictement confidentiel et n'a en aucune manière vocation à être communiquée à des tiers.

Si vous souhaitez obtenir des informations complémentaires, vous pouvez contacter la personne suivante :

Monsieur Michel Matas
Avocat Associé
Bird & Bird AARPI
3 square Edouard VII
75009 Paris
France
Direct +33 1 42 68 63 60
Mob +33 6 16 57 37 24
e-mail : michel.matas@twobirds.com

Table des matières

Introduction	6
Partie 1 – Analyse de l’environnement juridique du Projet	8
I. LES DISPOSITIONS SUPRANATIONALES APPLICABLES	8
I.1. UEMOA.....	8
I.2. CEDEAO	9
I.3. OHADA	12
I.4. Union Africaine.....	14
II. L’ENVIRONNEMENT JURIDIQUE NATIONAL.....	17
II.1. Le cadre juridique sectoriel.....	17
II.1.1. Introduction	17
II.1.2. Description du cadre en vigueur	18
II.1.2.1. Dispositions générales	18
II.1.2.2. Dispositions institutionnelles	20
II.1.2.3. Régime des activités de communications électroniques	23
II.1.2.3.1. Le cadre général	23
II.1.2.3.2. La licence individuelle.....	25
II.1.2.3.3. Situation en pratique des licences d’opérateur au Togo	27
II.1.2.3.3.1. Les acteurs en présence.....	27
II.1.2.3.3.2. Les potentiels nouveaux entrants.....	31
II.1.2.3.4. Restrictions à l’établissement de passerelle internationale ou de réseaux de fibre optique nationaux ou internationaux.....	31
II.1.2.3.4.1. Restriction des licences/droits exclusifs.....	32
II.1.2.3.4.2. Exploitation exclusive de la station WACS.....	32
II.1.2.3.4.3. Régime d’un éventuel nouvel entrant sur le marché de gros des capacités à large bande	33
II.1.2.3.4.4. Régime des infrastructures alternatives.....	33
II.1.2.3.5. Le régime du futur Carrier Hôtel/ IXP	34
II.1.2.3.6. Conclusions liminaires sur le régime des activités de communications électroniques au Togo	36
II.1.2.4. Interconnexion et Accès	37
II.1.2.4.1. Dispositions générales	37
II.1.2.4.2. Mise en œuvre des modalités particulières de l’accès.....	38
II.1.2.4.2.1. Accès aux capacités de bande passante internationale	38
II.1.2.4.2.2. Accès aux capacités de bande passante nationale.....	39
II.1.2.4.2.3. Le partage d’infrastructures	39

<i>II.1.2.4.2.4. L'itinérance nationale</i>	40
<i>II.1.2.4.2.5. Le dégroupage de la boucle locale</i>	40
II.1.2.4.3. Bilan sur la mise en œuvre des obligations d'interconnexion et d'accès	41
II.1.2.5. Dispositions relatives aux opérateurs exerçant une puissance significative sur un marché des communications électroniques	41
II.1.2.6. Dispositions spécifiques relatives au développement de la société de l'information et de l'économie numérique	41
II.1.2.7. Mise en œuvre de la régulation	42
II.2. Dispositions contractuelles susceptibles d'impacter le Projet	43
II.3. Le régime juridique des futures entités propriétaires des actifs et/ou gestionnaires des activités relatifs au Projet	44
II.3.1. Entreprises publiques	45
II.3.2. Sociétés commerciales de droit privé	46
II.3.3. Entités à vocation non commerciale ou à but non lucratif	48
II.3.3.1. Le groupement d'intérêt économique	49
II.3.3.2. Les sociétés coopératives	50
II.3.3.3. Les associations	53
II.4. Droit de la commande publique	54
II.4.1 Le décret n° 2009-277 portant code des marchés publics	54
II.4.2 La délégation de service public subdivisée en trois contrats distincts	55
II.4.3 La procédure spécifique des passations des DSP	56
II.4.4 Les règles et procédures relatives de la Banque mondiale	57
II.5. Règles relatives au désengagement de l'Etat dans les entreprises publiques togolaises	59
II.6. L'influence des questions fiscales et comptables sur l'accessibilité économique des PPP	60
II.6.1. La Zone Franche Industrielle	60
II.6.2. Le Code des investissements	61
II.7. Les autres règles de droit impactant le Projet	62
Partie II – Conclusion	63
I. SYNTHÈSE	63
II. RECOMMANDATIONS PRELIMINAIRES	64
II.1. Collecter les différents engagements contractuels susceptibles de porter sur les différents accès du Togo aux capacités de bande passante internationale	64
II.2. Assurer l'effectivité de la régulation de l'interconnexion et de l'accès	64
II.3. Dynamiser la concurrence en favorisant l'entrée sur le marché de nouveaux acteurs .	65
II.4. Définir suffisamment en amont le régime du Carrier Hôtel/IXP	66
II.5. Prendre en compte si besoin les réformes à l'étude relatives au droit de la commande publique	68

Annexe 1 - Liste des documents déjà disponibles	69
Annexe 2 - Liste des documents restant à obtenir	73
Annexe 3 - Liste des abréviations et acronymes	74

Introduction

Synthèse du Projet et de ses objectifs

Le Ministère des Postes et de l'Economie Numérique de la République du Togo a lancé en mars 2014 un appel d'offres international pour le recrutement d'un consultant en charge de l'assistance technique pour la création d'une société de patrimoine, la conception d'une structure de gestion PPP et l'assistance à l'acquisition de la bande passante Internationale du « Carrier Hôtel » et de l'IXP (ci-après désigné le « **Projet** »). Le Projet se situe dans le cadre plus large du Programme Régional Ouest-Africain de Développement des Infrastructures de Communications (traduction anglaise : West African Regional Communication Infrastructure Program – WARCIP).

Le programme WARCIP a pour ambition d'étendre et d'améliorer la connectivité et de rendre plus performantes les communications électroniques dans les pays de l'Afrique de l'Ouest. L'objectif principal est de permettre aux pays participants d'accroître la couverture géographique des réseaux à large bande et de diminuer les coûts des services de communications.

Il vise également le renforcement de la connectivité régionale et internationale en facilitant : i) la connexion de tous les pays en Afrique de l'Ouest à l'infrastructure mondiale de réseaux à large bande et ii) l'extension des infrastructures de transmission régionales et nationales.

Dans ce cadre, une des activités principales porte sur la construction, la gestion dans le cadre d'un partenariat public-privé (PPP) d'un centre d'hébergement ou « *Carrier Hôtel* » neutre et ouvert, offrant un accès compétitif à la bande passante internationale, et assurant également le rôle de point d'échange internet (Internet Exchange Point – IXP) tout en offrant des salles blanches pour l'hébergement des serveurs des différents acteurs du secteur des TIC.

La réalisation du Projet permettra également qu'une capacité de bande passante internationale suffisante soit disponible et accessible à des conditions raisonnables pour tous les opérateurs autorisés à fournir de services de communications électroniques sur toute l'étendue du territoire national et au bénéfice des usagers.

Pour mémoire, il n'existe actuellement qu'une seule station de câble sous-marin raccordant le pays à un câble sous-marin (WACS¹). Cette dernière est gérée par l'opérateur historique TOGO TELECOM. Ayant financé l'atterrissage du câble WACS au Togo, TOGO TELECOM détient les droits exclusifs liés à la station d'atterrissage et à la capacité sur le câble WACS (*West Africa Cable System*). D'un point de vue structurel, cette position ne semble pas créer un environnement concurrentiel notamment sur les prix tels qu'ils sont observables dans d'autres pays connectés par plusieurs stations d'atterrissage et/ou qui ont mis en œuvre une régulation des tarifs de la capacité internationale via l'action du régulateur sectoriel et/ou encore au travers d'une gestion de la station dans le cadre d'un PPP.

¹ Cette station est devenue opérationnelle le 11 mai 2012. Elle permet de connecter le Togo aux pays de l'Afrique australe, Afrique de l'Ouest ainsi qu'à Europe, offrant un accès direct à d'autres câbles sous-marins mondiaux.