

**CENTRE INTERNATIONAL EN AFRIQUE DE FORMATION DES AVOCATS FRANCOPHONES
CIFAÉ**



LES ASPECTS JURIDIQUES D'UN (PROJET) CONTRAT MINIER

Par

KAYUDI MISAMU Coco

Bâtonnier de l'Ordre du Barreau de Kinshasa/Matete-RDC

Session de formation délocalisée, Kigali, 29 septembre - 01 octobre 2020

LES ASPECTS JURIDIQUES D'UN (PROJET) CONTRAT MINIER.

Prolégomènes

L'on peut légitimement s'interroger sur le cycle de vie des exploitations minières, chacune de ses étapes, de la reconnaissance jusqu'à la fermeture en passant par l'exploration, la production ou l'exploitation.

Localiser des ressources, identifier celles qui peuvent être développées sur le plan économique, construire la mine, l'exploiter participe généralement d'un processus de long terme qui peut impliquer des décennies d'activité pour les acteurs que sont les gouvernements ou leurs agences, les entreprises privées, les institutions financières, les communautés locales.

Ce processus soulève plusieurs types des questions dont certaines sont d'ordre technique ou d'ingénierie, indispensables pour le projet **(reconnaissance, prospection, études de faisabilité)**.

D'autres considérations touchent au cadre juridique y compris les principes généraux applicables dans l'ensemble du cycle de vie d'une exploitation minière, et les processus de réglementation et les points de décision essentiels qui gouvernent certaines étapes particulières.

Le thème paraît complexe et trop large d'autant plus que les exigences juridiques dépendent non seulement d'un type de projet à un autre, mais aussi elles varient selon les différentes phases du projet. C'est-à-dire selon qu'il s'agit d'un projet d'exploration ou de recherche, d'exploitation, de traitement ou transformation des substances minérales ou encore tout simplement d'achat ou vente des produits miniers.

Cependant, nonobstant cette complexité, il y a des questions préalables de droit qu'il sied de poser et qui concernent tout projet minier à différentes phases.

Avant donc de voir les exigences juridiques particulières aux différents types de projets selon les différentes phases, il convient d'évoquer quelques considérations juridiques d'ordre général.

Tout projet minier suppose la détention d'un droit minier par le titulaire, il peut agir d'un droit de prospection ou recherche, un droit d'exploitation, de traitement ou de transformation, ou encore d'achat ou vente, qu'il s'agisse d'un cas ou d'un autre, Ce droit est constaté par un titre minier appelé généralement « *Permis* ».

Dès lors, la première question de droit qui mérite d'être posée lorsqu'on doit auditer un droit minier, est relative à **la qualité** du titulaire dudit droit, la qualité à détenir un titre minier, mieux son éligibilité au droit minier.

Dans la législation minière congolaise cette exigence légale est consacrée par l'article 23 du code minier : Il s'agit de toute personne physique majeure de nationalité congolaise, toute personne morale de droit congolais ayant son siège social et administratif dans le territoire national.

-Toute personne physique ou morale de droit étranger ayant élu domicile auprès d'un mandataire en mines et carrières établis dans le territoire national et d'agir par son intermédiaire. **(Le titre de mandataire en mines et carrières est consacré par l'article 23 du règlement minier)**

Il faut donc répondre à la question d'éligibilité selon qu'il s'agit d'une personne morale ou physique ;

Dès lors il sied d'analyser les conditions de forme et de fond, la conformité de la constitution de la société s'il s'agit d'une personne morale : D'où les conditions de forme et de fond.

Ce qui nous ramène à interroger la législation générale interne en la matière **(exemple, acte uniforme sur les sociétés commerciales et le groupement d'intérêt économique)**, mais aussi en scrutant les conditions spéciales ou particulières à ce secteur d'activité. **(Code ou règlement minier).**

En conséquence la portée d'une étude juridique à cette phase sera limitée à l'étude de la conformité aux lois et règlements en vigueur dans le pays où le projet sera localisé, et ceux permettant d'exercer légalement et régulièrement ses activités en tant qu'une société de ce type.

Un audit complet de tous les actes juridiques constitutifs de la société **(authenticité des statuts, le RCCM, l'Id. Nat, la solennité requise, la publication au journal officiel. Ou des annonces légales etc.)** ; Pour ce qui est de la forme, l'objet social, la qualité des associés, le capital social, les organes de gestion, etc.

-Après cette analyse, l'étape à suivre doit être celle de l'analyse de la validité des titres miniers détenus par le titulaire du projet minier conformément aux lois et règlement du pays d'activité (d'où l'avocat doit veiller pour ce qui concerne l'exercice d'activités spéciales comme les mines, pétroles, gaz, etc. Il faut toujours consulter les législations internes ; au-delà de l'harmonisation du droit des affaires dans l'espace OHADA, car il s'agit d'un secteur stratégique sur lequel l'Etat entend toujours exercer sa souveraineté.

Ainsi, en ce qui concerne la validité des droits miniers, il faut auditer les titres selon ce qu'il s'agisse d'un permis de prospection ou recherche, le permis d'exploitation de la petite mine, permis d'exploitation, permis d'exploitation des rejets, l'achat ou vente des produits issus de l'exploitation artisanale, les entités de traitement ou de transformation, etc.

A cette phase il faut analyser : Comment l'acquisition du titre a été effectuée, est-ce par demande, cession, amodiation, etc.

1. Par demande : Il faut analyser :

- La date du dépôt de la demande au cadastre minier ou service attitré ;
- Le résultat de l'instruction cadastrale ;
- Les substances de recherche ou d'exploitation ;
- La capacité financière ;
- Liste des permis, le nombre des carrés ainsi que la durée de validité. Et ce conformément aux dispositions légales en matière.

Cette étape est suivie par celle de l'interrogation sur l'obligation de maintien de validité des droits.

- Ceci implique le délai légal de commencement des travaux et le paiement des droits notamment superficiaires.

I. REGIMES JURIDIQUES

1° Propriété du sol, des terrains miniers et des minéraux

La règle appliquée dans plusieurs Etats (d'Afrique en particulier) et consacrée tant dans les constitutions que dans les lois est que les minéraux contenus dans le sol sont la propriété de l'Etat. Celui-ci est propriétaire de toutes les ressources naturelles, ce qui inclut les minéraux se trouvant sous la surface du sol, même si les droits de surface appartiennent à une autre partie.

Il sied de mentionner le cas des USA où les droits sur le sous-sol des terrains privés appartiennent aux propriétaires ; les droits du sous-sol des terrains nationaux ou fédéraux et ceux se trouvant off-shore sont détenus par les gouvernements fédéraux et nationaux.

Comme on le sait bien, il peut subvenir un conflit entre les droits aux ressources minérales (**droits miniers**) et les droits fonciers qui peuvent être détenus par l'Etat, ou un propriétaire foncier privé, une ou des communauté(s).

En règle générale, l'Etat entreprend de développer et d'exploiter lui-même les ressources minérales dont il est propriétaire, avec ses propres ressources. Il peut aussi, et cela arrive souvent, octroyer à des détenteurs des titres miniers (**licences, permis, contrats**) le droit d'explorer et d'exploiter les ressources minérales.

2° REGIMES DE CONTRAT ET DE LICENCES

Les contrats miniers et les licences sont une caractéristique commune des cadres juridiques miniers à travers le monde. Ces instruments portent des

appellations différentes : licence, accord de développement minier, contrats de travail, conventions dans les pays de civil law mais ils servent pour un même but qui est de préciser les obligations et les droits de l'investisseur non inclus dans la loi minière et les règlements pertinents.

Ces deux régimes présentent quelques caractéristiques communes.

A. REGIME CONTRACTUEL

Dans un régime contractuel pur, le document principal régissant l'investissement est le contrat. Il est relativement long, définit les droits et obligations de l'entreprise de manière spécifique, dans les différents stades du développement du projet (**droit d'exploitation des minéraux, la nature de ceux-ci, droits et obligations en matière d'infrastructures, garanties de sécurité juridique et physique, procédures de règlement des différends**).

Très peu de pays utilisent encore un régime contractuel pur, de nombreux pays disposant de lois minières se reposant plutôt principalement sur les contrats pour déterminer la plupart des obligations de l'Etat et de l'entreprise.

B. REGIME DE LICENCES

Dans un régime de licences pur, toutes les obligations principales applicables aux opérations minières sont établies par la législation et la réglementation.

Plutôt que de signer des contrats individuels avec chacune des entreprises, le gouvernement établit un système par lequel les entreprises soumettent une application de demande de licence leur permettant de procéder à l'exploitation minière d'un terrain donné, ces licences étant assujettis à la législation généralement en vigueur en matière d'impôt, de redevances, d'exigences environnementales etc.

*NB : Reconnaissance et exploration (**prospection par des observations aériennes, une cartographie, analyses géologiques, enregistrement des champs gravitationnels et magnétiques, analyse sismique et l'échantillonnage, géologie, hydrogéologie etc.**)*

Il est impérieux pour tout Investisseur minier, de consulter et d'interroger le cadre législatif et réglementaire du pays d'investissement. D'où l'impérieuse nécessité de consulter un avocat spécialisé dans le domaine en l'occurrence mandataire en mines et carrières. C'est également un facteur déterminant, d'interroger le code des investissements.

Aussi, pour certains secteurs sensibles comme les mines et le pétrole il y a des guides et lignes de conduites élaborées par les institutions financières internationales, ceux-ci devront être identifiés et maîtrisés.

Après l'audit des titres miniers, il sied d'avoir une vision plus large en consultant les différentes obligations du titulaire du droit minier :

- Il s'agit d'une part des obligations relatives au maintien de la validité des droits miniers et d'autre part des obligations relatives aux opérations en vertu du titre minier.

1. Obligations relatives au maintien de la validité des droits miniers

Ces obligations sont de deux ordres :

- Le délai de commencement des travaux de recherche ou d'exploitation (6 mois à compter de la délivrance du titre pour le permis de recherche, 3 ans pour le permis d'exploitation et un 1 pour le permis d'exploitation des petites mines ou des rejets.
- Et le paiement des droits superficiaires annuels ; ils sont payés par carré au moment de la délivrance du titre minier

2. Les obligations relatives aux opérations en vertu du titre minier

Ces obligations sont principalement celles qui concernent :

- La protection de l'environnement pendant la phase de recherche (la présentation pour approbation du P.A.R préalable aux opérations de recherche),
- La présentation des Etudes d'impact environnemental E.I.E et P.G.E.

Aux côtés de ces obligations, la législation minière congolaise consacre les mesures de protection du patrimoine culturel à travers l'obligation du titulaire de déclarer les indices culturels et la mise à jour des éléments du patrimoine culturel pendant les travaux de recherche et d'exploitation.

Il faut rappeler également les obligations d'hygiène et sécurité et celles relatives à l'utilisation et la planification des infrastructures du projet minier et également l'obligation d'une bonne coordination avec les autorités locales.

En plus de cela, étant donné que les projets miniers ont un large volet de construction des infrastructures (bâtiment, routes, barrages, pont, etc.), il faut interroger la législation en la matière et au cas où cette législation ne serait pas souple et attractive, envisager les négociations pour la conclusion des contrats spécifiques avec le gouvernement à travers ses services.

Dans toutes négociations, l'investisseur devra toujours faire passer de l'avant l'impact socio-économique du projet.

II. LE REGIME FISCAL ET DOUANIER

Convaincre un acteur fondamentalement motivé par des raisons économiques comme le sont les entreprises à exercer une activité non rentable s'avère être une chose pratiquement impossible.

Cela peut sembler évident mais il est bon de répéter que les entreprises ne se lancent pas dans un projet s'il n'offre que peu ou pas de possibilités de profit.

D'où l'intérêt à la fois d'une évaluation commerciale de l'exploitation minière et de la manière dont l'Etat prélève, taxe.

Pour comprendre le régime fiscal minier d'un Etat, et pour évaluer son efficacité, il faut d'abord comprendre les multiples façons dont un Etat d'abord peut prélever des revenus sur un projet d'exploitation minière. Les principaux « *outils fiscaux* » d'un « *régime fiscal* » sont :

- Les redevances ;
- L'impôt sur le revenu
- Les impôts sur les profits excédentaires ou exceptionnels
- Les taxes sur la vente des ressources
- Les paiements de primes à la signature ou pour l'atteinte d'une étape importante ou pas de porte
- Une participation dans la société minière
- Les impôts sur les gains réalisés par cessation d'intérêt dans la société minière;
- Les retenues à la source sur certains paiements effectués par l'investisseur ;
- Les droits à l'importation et la TVA prélevée sur les importations et les achats de l'investisseur
- La location de terrain ou de « *surface* »

Il convient de savoir que les instruments fiscaux ne sont pas tous créés égaux ni même équivalents, et même pas très similaires. Ils sont très différents dans la manière dont ils sont calculés, dans la fonction qu'ils remplissent en termes d'objectifs politiques, et dans la difficulté qui réside dans leur administration.

Deux de ces outils sont les plus courants ou fréquemment usités à savoir les redevances et l'impôt sur le revenu.

Ces redevances sont généralement calculées sur la valeur du produit (**système ad valorem**), mesurée à point fixe, tel que la sortie de la mine ou le point d'exploitation (**évaluation à la sortie mine, valeur netback, revenus**

nets de fonderie ou net smelter return, franco à bord ou free on board-FOB).

Elles peuvent l'être aussi sur le volume du produit ou sur une unité. En d'autres termes l'entreprise verse à l'Etat un montant fixe pour chaque unité de production. Elles peuvent déterminées en fonction de la rentabilité des mines mieux basées sur les niveaux de profit du projet. **(Redevance sur le profit net ou sur les intérêts nets ou sur la recette nette)**. Bien évidemment que les coûts déductibles dans le cas d'une redevance applicable à la rentabilité de la mine seront bien supérieurs aux coûts déductibles dans le cas d'une redevance ad valorem.

Enfin, les redevances peuvent être à échelle variable c'est à dire basées sur des indices notamment des prix ou à taux variable.

Au demeurant, quel que soit ses rapports apparents et étroits d'avec l'impôt, une redevance n'est pas, à proprement parler, un « *impôt* ». C'est un échange accordant un droit d'extraire le matériau. Quel que soit le fondement philosophique sous-jacent, les redevances n'en représentent pas moins un coût pour les investisseurs, tout comme les impôts.

1° IMPÔTS SUR LES SOCIETES

L'impôt sur les sociétés est un élément standard de tout régime fiscal minier. Il fait quasiment partie de la vie de toute entité commerciale (impôt sur le revenu ou les bénéfices). A chaque fois, le code fiscal local ou national en vigueur dans le pays précisera en détails le taux d'imposition du revenu applicable ainsi que les modalités de prélèvement.

2° PRIMES

Les primes sont un élément commun d'un régime fiscal minier dans lequel les droits miniers sont principalement établis par le biais de contrats spécifiques plutôt que par le l'octroi de licences dans le cadre d'un régime qui ne requiert pas de négociations leur attribution. Les exigences en matière de primes sont généralement stipulées en termes d'obligations de paiement d'une somme établie lorsque certains événements spécifiques se produisent, comme la mise en vigueur d'un contrat (prime à la signature), le début de la production commerciale (prime de production), ou l'atteinte des niveaux de production fixés.

Un exemple d'une prime de production échelonnée du contrat RDC – Tenke Fungurume (2010), à l'article 4 (d) :

« En outre, TFM [Société minière] paiera à la Gécamines [Société minière nationale] les montants supplémentaires suivants :

- 5 millions de dollars américains après que les conditions stipulées à l'article 15 de la présente aient été satisfaites et soient en pleine vigueur et de plein effet ;
- 5 millions de dollars américains à l'atteinte d'une production cumulative de cuivre du projet de 0,5 millions de tonnes ;
- 5 millions de dollars américains à l'atteinte d'une production cumulative de cuivre du projet de 1,0 million de tonnes ;
- 5 millions de dollars américains à l'atteinte d'une production cumulative de cuivre du projet de 1,5 millions de tonnes ;
- 5 millions de dollars américains à l'atteinte d'une production cumulative de cuivre du projet de 2,0 millions de tonnes ;
- 5 millions de dollars américains à l'atteinte d'une production cumulative de cuivre du projet de 2,5 millions de tonnes. »

3° PRISE DE PARTICIPATION DE L'ETAT

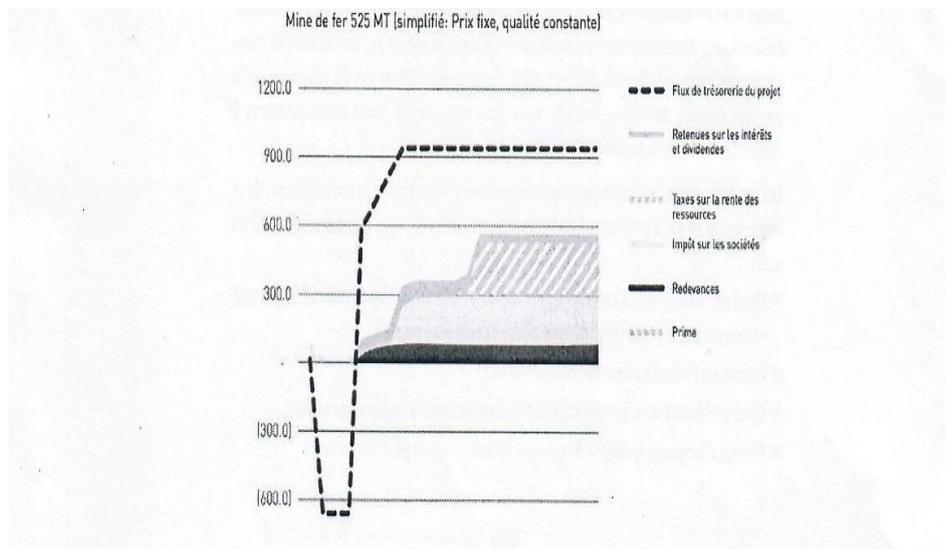
La question de la prise de participation de l'Etat dans les contrats miniers pourrait bien être l'aspect le plus controversé de toute composante du régime fiscal. La participation de l'Etat dans les capitaux propres d'un projet peut prendre nombreuses formes :

- L'Etat peut participer en tant qu'investisseur normal, et payer une part des dépenses relatives au projet proportionnelle à l'intérêt de participation qu'il a acquis.
- L'Etat peut bénéficier de ce qui est connu comme étant un « intérêt passif », de par lequel l'investisseur paie une proportion ou la totalité de la partie des coûts de projet du capital nominal de l'Etat, et récupère ce montant, majoré d'un rendement issu des dividendes qui auraient dû être versées à l'Etat.
- L'Etat peut apporter une contribution de nature non monétaire au projet en échange de son droit sur les actifs, telle que la fourniture des infrastructures.
- L'Etat peut négocier des réductions de l'obligation fiscale future en échange d'une participation immédiate dans le projet.

- L'Etat peut jouir d'une participation libre de garanties, en vertu de laquelle il ne paie rien pour cette participation et reçoit sa quote-part des bénéfices dès que tout autre investisseur dans la société minière reçoit la sienne.

L'on peut également signaler les impôts sur les plus-value, (**vente d'un objet ou du droit d'exploitation minière**), la retenue d'impôt à la source, d'autres outils fiscaux plus flexibles et autres taxes sur la valeur ajoutée (**taxe sur la consommation intérieure/ou au titre des droits à l'importation**).

Il sied d'avoir présent à l'esprit le risque de dérapages si ces outils sont évalués isolément, en dehors du cadre d'un régime fiscal. Ils doivent être considérés comme un tout.



Enfin, une bonne évaluation de ces outils fiscaux nécessite de recourir à des modèles financiers (**modélisation financière**) qui sont des instruments fondamentaux de la planification, de la négociation et de la politique fiscale. Ils donnent des réponses à des questions telles que :

- Quel est le compromis entre « l'argent rapide » obtenu avec les primes à la signature et une part plus importante des bénéfices dans le long terme ?
- Quelle est l'efficacité des indications fiscales ?
- Quel est l'équité du régime fiscal pour les investisseurs et le gouvernement ?
- Si nous changeons le régime fiscal, quel en sera l'impact pour les parties ?

- Comment un régime fiscal se compare-t-il avec les autres ?
- Quelle est l'équité des accords actuels et potentiels ?
- Quelle politique d'investissement public à long terme peut être financée et planifiée ?
- Quels sont les effets de l'évolution des prix ?

Ne pas perdre de vue d'autres défis particuliers liés à la stratégie de couverture des risques, à la stabilisation (**clause de stabilité ou d'équilibre économique**), de garanties d'indemnisation préalable équitable ou adéquate, des incitations fiscales.

De même, les difficultés qui peuvent résulter de traites internationales impactant l'économie des contrats. D'où la conclusion des traités bilatéraux de double imposition ou la question d'équité de traitement de l'ensemble des investisseurs (**clause de la nation la plus favorisée**).

La fiscalité est un des facteurs déterminant de la décision d'investir les capitaux dans un pays donné.

En République Démocratique du Congo, l'ancienne législation minière (**la loi sur les mines et hydrocarbures**) prévoyait les avantages fiscaux plus étendus qui pouvaient aller jusqu'à l'exonération, cependant le climat de marchandage ainsi que les possibilités de chantage qui pouvaient émailler les négociations des conventions minières étaient de nature à susciter les appréhensions sur les agents de l'Etat, membres de la commission interministérielle chargée d'étudier les projets.

C'est ainsi que le nouveau code minier (**celui de 2002 modifié en 2018**) a introduit une innovation en mettant en place un régime fiscal et douanier unique applicable à tous les opérateurs du secteur minier. Il s'agit d'un régime fiscal et douanier incitatif adapté aux réalités du secteur minier et fondé sur le principe de maximisation des recettes de l'Etat. Cette fiscalité est adoptée à différentes phases du projet minier. Ces avantages fiscaux et douaniers s'étendent aux sociétés affiliées des titulaires des droits miniers, aux sous-traitants ainsi qu'à l'amodiateur des droits miniers.

Le principe de non exonération est de mise.

IV. QUESTIONS ENVIRONNEMENTALES ET SOCIALES

Les acteurs du secteur minier ont de plus en plus conscience des impacts environnementaux et sociaux potentiellement énormes que provoque l'exploitation minière.

Nul doute que les effets négatifs des projets miniers sont de nos jours significatifs sur l'environnement, la biodiversité, l'écosystème notamment la pollution des terres, de l'eau, de l'air, pression sur les ressources en eau et les

autres ressources naturelles, l'érosion, la déforestation, la perte de l'habitat et la perturbation de la vie des habitants et de leurs moyens de subsistance, drainage des matières toxiques et des acides.

Les questions sociales sont elles aussi prégnantes, déstabilisantes voire de structurantes. En effet, l'impact social des projets miniers peut être grave et complexe, et tout particulièrement lorsque l'exploitation minière se fait dans les endroits habités, parfois à ciel ouvert. Il émerge souvent des problèmes tels que la prostitution, la drogue, le crime, l'exploitation illégale des enfants, le trafic d'êtres humains etc.

Les questions d'acquisitions de terres sont une cause fréquente et importante de ressentiment et de conflits associés aux projets miniers importants. **(Perturbations de l'économie locale, déplacement des populations, pertes des moyens de subsistance et donc de sources de revenus, réinsertion, relocalisation, exploitation artisanale illicite, migration intérieure, problème de préservation et protection des sites culturels, impacts différentiels sur les différents groupes au sein de la communauté etc.)**

Des réponses ont été construites autour des normes de performance de la SFI (5 et 7). Mais aussi dans l'évaluation de l'impact environnemental et social (EIES) et les plans de gestion environnemental (PGE), devenus des outils fondamentaux de planification, voire des préalables pour l'octroi des droits, un élément essentiel de la réussite.

Le processus d'EIES peut contenir différentes phases destinées à accroître les capacités d'éviter ou d'atténuer les impacts négatifs éventuels mais aussi de garantir la transparence nécessaire à sa crédibilité notamment par la consultation des populations, des communautés.

V. LE REGIME DE CHANGE ET DES GARANTIES DE L'ETAT

Le secteur minier bénéficie d'un régime de change spécial, il n'est pas soumis à celui du droit commun ; ce régime est libéral et autorise le titulaire des droits miniers de procéder au transfert à l'extérieur du territoire national des montants, des revenus. Cependant, le transfert doit se faire par le canal d'une banque agréée et n'est possible qu'après le paiement préalable des contributions fiscales, des droits de douane, taxes et autres droits dus au trésor,

1° Quant aux garanties de l'Etat,

Il sied d'interroger la législation minière et voir les garanties que l'Etat offre notamment à l'existence d'un bon climat des affaires, le respect et la jouissance des droits.

Exemple :

En RDC la loi établit comme principe la non soumission des installations minières à la mesure d'expropriation pour cause d'utilité publique. Cependant si des circonstances fixées par la loi l'exigent, une indemnité équitable sera versée à la victime au moins six mois avant l'acte matériel d'expropriation.

2° La stabilité de la législation

Plusieurs Etats garantissent la stabilité des dispositions légales et s'interdisent de les modifier autrement que si ce n'est que dans la forme prévue par la législation en la matière ;

Nonobstant cette mesure, le projet peut faire face aux aléas juridiques, politiques, économiques, etc., il est toujours prudent de prévoir et négocier au préalable dans certains contrats les clauses de stabilité (juridique, fiscale, douanière, clause de force majeure, etc.), le contrat peut envisager également les clauses d'intangibilité.

Ainsi la clause de stabilisation aura pour objectif de remédier aux aléas législatifs tandis que la clause d'intangibilité tendra à pallier les inconvénients que pourraient subir l'investisseur de l'exercice éventuel par l'Etat d'accueil de ses prérogatives de puissance publique en matière contractuelle.

À noter que les clauses de stabilisation visent le pouvoir législatif et réglementaire de l'Etat, elles ne protègent pas contre un changement des normes et valeurs constitutionnelles ou communautaires *OHADA, CEMAC, UEMOA , CPGL, etc. ,la tendance des investisseurs est de demander à l'Etat le dédommagement en cas de changement des normes) .

VI. DES QUESTIONS SPECIFIQUES

L'expérience a montré que les projets d'exploitation minière donnent naissance à des tensions en matière d'accès et d'utilisation des ressources, à des questions relatives à la sécurité professionnelle, à des conflits entre les communautés et les forces de sécurité.

Les principes de base généraux du droit, le droit d'accès à l'eau, le droit foncier, la législation en matière de protection de l'environnement applicables au droit minier régit généralement les problèmes d'accès aux terres, à l'eau et aux autres ressources. Dans ces contrats, l'entreprise est appelée à obtenir un accès approprié et les approbations nécessaires en vertu de lois de l'Etat d'accueil.

De même, les stipulations contractuelles précisent les responsabilités des sociétés minières à la santé et la sécurité dans le cadre des activités minières. Ces questions sont par ailleurs couvertes par la législation nationale. On trouve

aussi une clause de style dans la plupart des contrats selon laquelle la société minière est tenue de fournir une protection adéquate, conforme à la loi et aux normes internationales.

La question de la sécurité est importante et sensible. Elle est nécessaire au personnel et à l'exploitation d'une mine mais soulève d'autres questions notamment qui est responsable de la sécurité, quels sont les droits de la mine en termes de forces de sécurité propres, quelles protections sont disponibles contre les abus ?

Par ailleurs, au plan du développement communautaire, les contrats demandent de plus en plus que les entreprises fournissent des services aux communautés affectées, partiellement en raison de la reconnaissance élargie de la perturbation économique et sociale qu'une mine peut créer parallèlement aux opportunités économiques.

La gestion des relations communautaires reste l'un des défis des plus difficiles dans le cadre des projets d'extraction minières. Des outils comme, les principes et normes de la SFI, les directives du centre pour la responsabilité sociale dans le secteur minier (**SRM centre for social responsibility in mining**), les boîtes à outils du CIMM (**centre international des mines et métaux**) ou de développement communautaire d'ERA peuvent se révéler utiles.

Enfin, l'évolution des lois et des réglementations environnementales et sociales peut être également gérée par le biais de « *clauses de stabilisation* » stipulant que le gouvernement ne tiendra pas les entreprises responsables de se conformer aux nouvelles lois pertinentes à l'environnement, à l'emploi ou à d'autres lois qui pourraient être modifiées au cours du temps.

Certaines clauses ne gèlent pas la loi mais exigent que le gouvernement couvre les coûts de l'entreprise liées à la conformité aux nouvelles exigences. D'autres donnent à l'entreprise minière le choix d'être régie ou non par les nouvelles lois ou les nouveaux règlements.

1° Le « local content » et vision minière Africaine

Cette vision, à l'opposé de celle des années 1990 dictée par le « consensus de Washington » a pour objectif d'intégrer le secteur minier au cœur de la croissance économique, lui faire jouer le rôle de moteur de la diversification économique.

Les exigences en matière de local content des contrats visent à assurer que des citoyens du pays d'accueil bénéficient d'un emploi et d'une formation, et que les entreprises locales obtiennent des contrats d'approvisionnement. Des mécanismes tels que l'emploi ou l'approvisionnement local, les régimes préférentiels pour les entreprises locales, l'appui au développement du capital

industriel et humain par le gouvernement, ou des facilités de financement pour les entreprises locales, représentent les méthodes permettant de réaliser les objectifs de local content.

Le développement minier nécessite une bonne infrastructure. Des équipements lourds, des fournitures et du personnel à amener sur place. Les contrats miniers spécifient généralement les droits d'accès et de construction des infrastructures connexes. Ils devraient contenir des clauses couvrant l'accès à l'électricité, à l'eau, à la construction des services publics et aux installations intégrées à l'infrastructure de l'entreprise.

2° Des aspects juridiques (et de négociation)

Il est plus qu'évident que pour engager une négociation et aboutir à la conclusion d'un contrat minier, le gouvernement comme l'entreprise auront besoin d'un éventail de compétences techniques et de personnes disposant d'une expérience juridique avérée (géologues, comptables, gestionnaires et analystes de marché, conseillers juridiques internes et externes etc.)

Tout gouvernement, toute institution financière, tout investisseur devra donc faire preuve d'une diligence raisonnable. C'est un outil essentiel dans le processus de prise de décision.

Il faut savoir choisir le bon avocat. Il est de toute évidence nécessaire de disposer d'avocats (**cabinets internationaux ou de taille plus réduite**), bien réputés, ayant une expérience avérée en matière de contrats internationaux d'investissement, sans problèmes de conflits d'intérêts. La sélection est à faire moyennant l'élaboration d'un énoncé de mission pour mieux évaluer le niveau de compétence des candidats potentiels.

Comme tout autre engagement juridique, les contrats miniers peuvent ne pas aboutir des suites des conflits, de différends. Pour les éviter ou les résoudre, une variété d'outils contractuels permettant de contribuer à un déroulement harmonieux de la négociation sont disponibles (**consultation périodiques planifiées, recours à un médiateur, aux bons offices, à l'arbitrage**).

VII. DES MANQUEMENTS AUX OBLIGATIONS ADMINISTRATIVES ET DES SANCTIONS - DES RECOURS - DE LA RESOLUTION DES DIFFREND CONTRACTUELS

L'investisseur devra donc avoir la maîtrise que le projet encoure en cas de manquement aux obligations administratives ainsi que les sanctions qui en découleraient (déchéances comme sanction administrative, poursuites pénales, etc.)

Mais aussi il doit connaître les **moyens de recours** qui lui sont possibles en cas de réclamation ou d'abus) cette question est extrêmement délicate et

importante en raison de l'insuffisance de ressources humaines et logistiques, dans la formation et l'expertise des dossiers d'investissement, l'ingérence de l'exécutif dans le judiciaire et face aux exigences de la transparence. Un choix se doit d'être opéré entre la juridiction nationale ou le tribunal arbitral (CIRDI, ICC, OHADA, CCJA, LCIA, SIADC, DUBAI etc.)

Il sied à cet égard de vérifier si l'état d'accueil est signataire de la convention de New-York de 1958, de rediriger la clause en prévoyant le droit applicable, la juridiction compétente et la procédure à suivre par le ou les arbitres d'une part et d'autre part de ne pas perdre de vue qu'il existe en la matière des immunités de juridiction, d'exécution, des clauses de renonciation et éviter des rédactions qui pourraient poser problème quant à l'arbitrabilité du litige (clause dites pathologiques).

Parmi les dispositions pertinentes des contrats, l'on retrouve deux éléments importants : la loi qui régira le litige et la méthode de résolution des différends.

Il y a deux façons principales de résolution formelle d'une dispute : par le biais des tribunaux nationaux ou par le biais d'un arbitrage international.

En effet, la question de la loi applicable ou qui doit régir l'accord est d'extrême importance au vu des scénarii qui peuvent se présenter. De nombreux contrats stipulent que le droit du pays dans lequel se trouve la mine régit l'exploitation du projet, l'interprétation et l'application de contrat, et les droits et obligations des différentes parties.

Face à des préoccupations en matière de corruption et le manque d'indépendance ou d'efficacité du système judiciaire, l'investisseur peut obtenir du gouvernement qu'il accepte de régler les différends devant les tribunaux de son pays d'origine ou une solution par voie d'arbitrage. Recours peut également être fait aux traités d'investissement bilatéraux ou multilatéraux (qui assurent en ce cas une sorte de protection juridique extra contractuelle et restreignent le pouvoir de l'Etat (voir clause de la nation la plus favorisée, liberté de transfert des revenus, poursuites judiciaires à l'encontre du pays d'accueil) et sa condamnation aux réparations).

CONCLUSION

Le rôle de l'avocat est donc essentiel, voire primordial pour réussir à mettre en œuvre un projet minier et en assurer la veille juridique.

Fait à Kinshasa, le 28 septembre 2020

Bâtonnier KAYUDI MISAMU Coco

INDICATIONS BIBLIOGRAPHIQUES

1. **Bakandeja wa Mpungu Grégoire**, Droit minier et hydrocarbure en Afrique centrale pour une bonne gestion rationnelle, formalisée et transparente des ressources naturelles, Bruxelles, Larcier, 2009
2. **Tseki Nzalabatu Timothée**, Le droit minier Congolais, Edilivre, Paris, 2020
3. **Owenga Odinga Emile Lambert**, Droit minier, Tome 1 : Régime minier général pour les mines et les carrières, Ed PPDC, 2014
4. Contrats miniers, comment les lire et les comprendre, Booksprint, 2014(ouvrage collectif)
5. **Kabwe Sabwa Héribert**, Droit minier en République Démocratique du Congo, genèse, évolution et perspective, 1^{er} éd, 2019
6. **Kayudi Misamu Coco**, Aspects juridiques d'un projet minier, présentation, Conakry, avril 2017
7. **Hervé Lado, Christophe Vadot, Ibrahim Amani**, La renégociation des contrats miniers en Afrique : cas du Niger et de la Guinée, VCAC, 'Etude, Mai 2017
8. **Mary Kimani**, **l'industrie minière Africaine** : Les Etats cherchent à négocier des contrats équitables, in Afrique renouveau, avril 2009
9. **Benjamin Rubbers**, Les sociétés africaines face aux investissements miniers, in politique africaine, 2013/3 n° 131
10. **Stéphane Brabant**, Aspect juridique d'un projet minier, Présentation, Haïti, décembre 2017