

ELEMENTS D'UN CONTRAT MODELE: DISPOSITIONS POUR FACILITER LA GOUVERNANCE, LE CONTROLE ET L'INSISTANCE SUR LES PRIX OBJECTIFS

Les dispositions ci-dessous ont été rédigées par le Carter Center / Columbia Law School collaboration avec le International Senior Lawyers Project (ISLP) à New York, lors du processus de révisitation et renégotiation des contrats miniers.

L'analyse de plusieurs contrats miniers majeurs, dont vous trouverez les conclusions générales dans le memorandum Ropes & Gray (« Etude des Conventions Minières en République Démocratique du Congo), nous a permis d'identifier certaines failles communes aux contrats. Nous avons proposé un Avenant modèle pour le Gouvernement qui, nous espérons, l'utiliserait comme base systématique pour remédier aux lacunes récurrentes lors des renégotiations.

A notre connaissance, l'Avenant type n'a malheureusement pas été utilisé. En d'autres termes, les dispositions représentent des lacunes aussi bien dans les contrats actuels que dans de potentiels conventions futures. Puisqu'une partie importante des gisements en phase d'exploitation ont déjà été attribués, les avantages d'un contrat modèle ne se feront sentir que dans un futur lointain. Par conséquent, nous pensons que les lacunes mériteraient d'être comblées aussi bien dans les contrats actuels que futurs.

Il convient de souligner que l'avenant, n'étant pas un contrat à part entière, ne peut résoudre toutes les questions qui surviendront lors de nos discussions. Certaines dispositions n'ont pas été incluses car elles avaient trait à des contrats isolées ; d'autres n'ont pas été jugées prioritaires, bien que souhaitables. Notamment, les dispositions relatives à l'évaluation des apports respectifs, la structure du capital social, la protection des actionnaires minoritaires, l'impôt sur le profit exceptionnel, et d'autres problématiques mériteraient d'être discutées.

Nous serions prêts d'aider à les élaborer si besoin il y a, or nous recommanderions fortement de consulter des experts internationaux en droit fiscal pour combler ces lacunes. Plus généralement, nous souhaiterions qu'à l'issue de la rédaction initiale, le contrat modèle soit revu par une équipe indépendante d'experts et puisse être consulté et commenté par le public.

DROIT APPLICABLE

Le Code et le Règlement Minier visent à créer un cadre général applicable de façon systématique à tous les opérateurs miniers. Étant de droit contraignant, il convient de réaffirmer sa suprématie par rapport aux relations entre particuliers et entre le Gouvernement et le partenaire privé.

Exemple d'une clause garantissant l'application de la législation minière

La Loi N° 008 / 2002 du 11 juillet 2002 portant Code Minier (le « Code Minier ») et le décret N° 038 / 2003 du mars 2003 portant règlement minier (le « Règlement Minier ») périodiquement modifiés s'appliquent aux Contrats Miniers ainsi qu'aux droits et aux obligations du Gouvernement et de la Société Minière, sous réserve de la garantie de stabilité figurant à l'Article 276 du Code Minier. En cas de divergence entre les dispositions du Code Minier et du Règlement Minier, et des dispositions du présent Contrat, il est fait application des dispositions du Code Minier et du Règlement Minier, sauf disposition contraire spéciale du présent Contrat et de ses Annexes.

GARANTIES CONTRACTUELLES POUR PAIEMENT DES CONTRIBUTIONS A L'ÉTAT

Une Société Minière à projets multiples peut compenser les pertes d'un projet par les bénéfices de l'autre, ce qui annule les bénéfices totaux et donc les impôts redevables sur le bénéfice ainsi que les dividendes. Pour éviter cela, l'on peut exiger de calculer les taxes pour chaque projet individuel (voir (a) ci-bas). Par ailleurs, pour permettre un revenu constant pour l'Etat, l'on peut assurer que le contribuable paie au moins x% de son revenu brut soit comme un impôt sur le revenu, soit comme un impôt supplémentaire (voir (b)).

Exemple d'une disposition pour assurer des contributions minimales pour l'Etat

(a) Impôts et Taxes. Sauf disposition contraire de l'Article 276 du Code Minier et sauf indication contraire de l'Annexe [], la Société Minière [et la Joint-Venture] seront responsables du paiement de la totalité des Impôts et des Taxes prévus par la Loi [en faisant suivre à chaque Concession Minière le régime d'une entité fiscale distincte, à savoir, chaque propriété foncière sera isolée pour déterminer sa qualité de contribuable]. Pour l'application du présent Avenant, il est fait application des définitions suivantes : (i) les Impôts et Taxes désignent la totalité des impôts sur le revenu, sur les bénéfices, sur les plus-values, sur les sociétés, et la totalité des taxes sur le chiffre d'affaires, des impôts et des taxes applicables aux salaires, la totalité des impôts, des droits et des autres prélèvements sur le revenu imposés par l'État et (ii) Loi désigne le Code Minier, le Règlement Minier, la constitution, les obligations des traités, les ordonnances ou d'autres actes de souveraineté du Gouvernement, à l'exception du présent Avenant ou des Contrats Miniers.

(b) Impôts Supplémentaires. Dans la mesure où les impôts exigibles pour toute année imposable en application de [l'Impôt sur les Sociétés] sont inférieur à [x] pour cent du Revenu Brut du [contribuable] pour cette année imposable, un impôt supplémentaire égal à la différence, si celle-ci est positive, entre [x] pour cent du Revenu Brut du [contribuable] et le montant des impôts exigibles en application de l'Impôt sur les Sociétés pour cette année doit être versé. [Il est nécessaire d'étudier la définition de Revenu Brut dans le code de la RDC.]

Prix de Transfert – Calcul objectif des taxes redevables à l'Etat

Les différents revenus que peut percevoir l'Etat (redevance, impôt sur le bénéfice, dividende, etc.) dépendent en grande partie des prix de vente de la production et de celui des charges déductibles pour calculer l'assiette fiscale de la taxe/contribution en question. Ces prix sont souvent manipulés par les « prix de transfert » et d'autres dépenses sur lesquels les parties majoritaires exercent une discrétion, représentant un risque capital pour les recettes du Gouvernement. Les contrats actuels manquent presque tous une référence aux prix objectifs (valeur du marché).

Exemple d'une clause pour la détermination équitable des prix

Le calcul des revenus et des bénéfices servant à déterminer les redevances, les impôts et les autres paiements au Gouvernement se fonde sur l'application des hypothèses suivantes :

- (a) Pour les biens et les services respectivement livrés et réalisés pour la Joint-Venture, le **prix d'achat** ne doit pas être supérieur au moindre (i) de la juste valeur marchande déterminée sans lien de dépendance et (ii) du prix qui pourrait être obtenu dans n'importe quelle opération d'achat faite avec une entité non affiliée ;
- (b) Pour les biens et les services respectivement livrés et réalisés par la Joint-Venture, le **prix de vente** doit être supérieur ou égal au plus grand (i) de la juste valeur marchande déterminée sans lien de dépendance et (ii) du prix qui pourrait être obtenu dans n'importe quelle opération de vente faite avec une entité non affiliée ;
- (c) La Joint-Venture doit garder une documentation concomitante sur l'assiette et le calcul des prix de transfert pour toutes les opérations réalisées entre la Joint-Venture et les affiliés de la Société Minière et à la demande du Gouvernement, il doit donner ces informations au Gouvernement et à ses inspecteurs des comptes. Dans le délai de 30 jours suivant la fin de chaque trimestre fiscal, un administrateur de la Joint-Venture doit remettre une attestation trimestrielle (l'« Attestation Trimestrielle sur les Prix de Transfert ») attestant que toutes les opérations faites au cours de ce trimestre entre (i) la Joint-Venture et (ii) la Société Minière et / ou ses affiliés sont conformes aux dispositions impératives des alinéas (a) et (b) du présent Article.

Audit - Vérification des opérations et des sommes dûes à l'Etat

Même s'il existe des dispositions garantissant le juste calcul des assiettes fiscales, les pratiques comptables doivent être contrôlées au cours des opérations. Les contrats actuels, dans leur majorité, manquent des dispositions exigeantes en ce qui concerne les audits, y compris des délais clairs, des rapports périodiques, et des garanties pour que le gouvernement ou l'entreprise étatique puisse exercer ces droits malgré sa position minoritaire.

Exemple d'une clause relative à l'audit et la soumission de Rapports de Paiement

(a) Dans le délai de 30 jours suivants la fin de chaque trimestre fiscal, la Société Minière doit remettre au Gouvernement, et aux autres personnes énumérées à l'Annexe X,

- (a) un rapport sur la totalité des opérations minières de ce même trimestre, incluant la quantité de minerai produit et vendu (y compris à la fois le volume, la teneur et les revenus bruts) ;
- (b) l'Attestation Trimestrielle sur les Prix de Transfert et (c) un rapport (le « Rapport Trimestriel des Paiements ») contenant un calcul de la totalité des montants dus par la Société Minière au Gouvernement en application de la législation minière, des Contrats Miniers, précisant si ces montants ont été payés et mentionnant les comptes bancaires sur lesquels ce montant a été versé.

(b) La Société Minière doit remettre au Gouvernement et aux autres personnes énumérées à l'Annexe X les états financiers trimestriels non audités de la Joint-Venture portant sur les trois premiers trimestres fiscaux de chaque exercice fiscal de la Joint-Venture, dans un délai de 45 jours suivant la fin de ce trimestre fiscal. Dans un délai de 60 jours suivant la fin de chaque exercice fiscal, la Société Minière doit remettre au Gouvernement et aux autres personnes énumérées à l'Annexe X les états financiers audités de la Joint-Venture établis conformément aux normes comptables internationales dites « International Financial Reporting Standards » et certifiés par un commissaire aux comptes indépendant internationalement reconnu, ainsi qu'un rapport sur la cohérence entre les montants dus et versés au Gouvernement figurant dans le Rapport Trimestriel de Paiement, et ces mêmes montants figurant dans les états financiers audités certifiés par ce commissaire aux comptes. Le Gouvernement aura le droit de discuter librement avec le commissaire aux comptes du résultat de l'audit et de la certification, et la Société Minière prendra toutes les mesures raisonnables pour assurer que ce commissaire aux comptes coopère pleinement à ces discussions et mette à la disposition du Gouvernement les documents de travail, les rapport supplémentaires et les commentaires d'application pertinente.

Paiements à l'Etat – Compte Unique

La création d'un compte unique pour tout paiement d'impôts peut faciliter le contrôle et minimiser les contentieux. A noter qu'une telle disposition n'est souhaitable qu'à condition que la gestion du Compte Unique se fasse de manière transparente et que les services qui ont droit à une partie des revenus puissent compter sur le gérant du Compte Unique pour percevoir ce qui leur est dû.

Exemple de clause relative au versements sur Compte Unique

La Société Minière versera tous les paiements dus à toute entité du Gouvernement, y compris [les organismes paraétatiques] sur un compte unique défini à l'Annexe [] (le « Compte Central ») ouvert dans un [établissement] désigné et géré par [la Banque Centrale] [le Ministère des Finances] (le « Gérant »). Le Compte Central sera ouvert sous forme de compte transitoire pour encaisser les sommes perçues pour le compte de toutes les entités du Gouvernement. Tous les paiements doivent être versés sous forme de virement électronique et indiquer l'entité pour le compte de laquelle le paiement est versé, le destinataire final auquel le paiement doit être transféré depuis le Compte Central et les autres informations prescrites par le Gérant. Les paiements versés au Gouvernement ne seront réputés être effectués qu'au moment où ils sont reçus sur le Compte Central. Le Gérant du Compte Central s'assure du bon transfert des revenus aux destinataires finaux dans un délai de [] jours. Pour garantir la traçabilité des paiements, des comptes témoins peuvent être établis.

QUESTIONS ENVIRONNEMENTALES ET SOCIALES

Il y a des obligations importantes dans le Code Minier et la Régulation Minière. Néanmoins, la législation manque de dispositions pour assurer le respect de ces obligations de façon continue et contrôlable. Le texte ci-dessous a l'intention de renforcer les obligations du Code en ajoutant, par exemple, les rapports annuels.

Exemple de disposition relative aux obligations environnementales et sociales

(a) Obligations.

La Société Minière et la Joint-Venture confirment leur obligation de respecter les obligations mises à leur charge par le Code Minier et par le Règlement Minier (y compris les obligations relatives à l'hygiène et à la sécurité, à la formation et à l'enseignement, au recrutement de personnel congolais, ainsi que l'obligation de minimiser l'impact de l'exploitation minière sur les communautés existantes et sur leurs obligations environnementales) et, pour valoir reconnaissance de ces obligations sociales, la Société Minière et la Joint-Venture ont convenu de certaines mesures spécifiques figurant à l'Annexe [].

(b) Rapports Annuels sur les Obligations Sociales et Environnementales.

La Société Minière s'engage à fournir au Gouvernement un rapport annuel détaillé de conformité de la Société Minière aux obligations sociales et environnementales mises à sa charge par le Code Minier, le Règlement Minier et toute mesure particulière indiquée à l'Annexe []. Ces Rapports Annuel sur les Obligations Sociales et Environnementales seront publiés conformément aux dispositions de l'Article 9 et des parties de ces rapports seront mises à la disposition de chaque salarié, sur le site de travail de chaque salarié, et données à chaque entité gouvernementale congolaise dans le ressort de laquelle la Société Minière ou la Joint-Venture sont situés, ainsi qu'aux journaux et aux autres médias nationaux et locaux.

16. Garants. (assurer que les obligations ne sont pas limitées à celle d'une filière mal capitalisée)
Les obligations de la Société Minière sont garanties conformément aux dispositions figurant à l'Annexe [].

STABILISATION

Certains des contrats actuels incluent des dispositions dites de « stabilisation » qui figeraient la loi congolaise de façon à prohiber l'évolution normale et nécessaire. Cela est largement vu comme excessif et va à l'encontre de la protection des droits des citoyens.

Exemple d'une disposition relative à la stabilisation

Sauf disposition contraire de l'Article 276 du Code Minier et de l'Annexe [], la Société Minière sera soumise à la Loi périodiquement modifiée, à condition que cette Loi n'entraîne pas de discrimination exclusive ou disproportionnée contre la Société Minière.

FIN DE LA RELATION ORIGINELLE ENTRE PARTENAIRES DE LA JOINT-VENTURE

Cession

Il y a un grand besoin d'assurer la traçabilité des titres miniers et d'éviter les spéculations sur des travaux miniers **futurs**. Dans ce sens, il convient de limiter la possibilité de transactions prématurées des droits et obligations miniers.

Exemple d'une clause relative à la cession

À défaut d'avoir obtenu l'accord du Gouvernement, (i) ni la Société Minière, ni la Joint-Venture n'ont le droit de céder, ou de faire un acte de disposition de tout ou partie des droits et des obligations qu'ils retirent du présent Avenant ou des Contrats Miniers et (ii) la Société Minière n'aura pas le droit de céder ou de faire un acte de disposition de tout ou partie de sa participation dans le Joint-Venture, en faveur de toute personne autre qu'une personne qui contrôle la Société Minière ou le Joint-Venture, qui est sous le contrôle de la Société Minière ou du Joint-Venture, ou qui est placée sous un contrôle commun avec la Société Minière ou le Joint-Venture, selon le cas. Les cessions de cette nature n'exonèrent pas la Société Minière ou le Joint-Venture des obligations mises à leur charge par le présent Avenant ou par les Contrats Miniers.

Contentieux / litiges

Exemple d'une clause référant les différends à l'arbitrage international

Arbitrage - Tous les différends consécutifs ou relatifs au présent Avenant et / ou aux Contrats Miniers feront l'objet d'un règlement définitif par application des Règles d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale, dans le délai d'un (1) an suivant le début de la procédure d'arbitrage. Le nombre d'arbitres est fixé à trois (3). Aucun des arbitres ne peut être citoyen (i) de la République Démocratique du Congo ou (ii) des pays qui sont le lieu de situation du siège social de la Société Minière ou de toute entité ou personne contrôlant directement ou indirectement la Société Minière. Le lieu de la procédure d'arbitrage est Paris, en France, et la langue de la procédure d'arbitrage est le français.

Résiliation

De nombreux contrats (comme le draft contrat modèle distribué) présente un important déséquilibre entre les possibilités de résiliation du Gouvernement et celles du Partenaire privé. La clause ci-dessous tente de balancer ce type de pouvoir.

Exemple d'une clause rééquilibrant les possibilités de résiliation

(a) Résiliation par la Joint Venture.

Nonobstant les autres dispositions du présent Avenant ou des Contrats Miniers, la Société Minière ou la Joint-Venture, selon le cas, auront le droit de résilier le présent Avenant et les Contrats Miniers 180 jours après l'avoir notifié au Gouvernement, uniquement en cas d'inobservation grave et prolongée, de la part du Gouvernement, d'obligations importantes mises à sa charge par le présent Avenant ou par des Contrats Miniers.

(b) Résiliation par le Gouvernement.

Le Gouvernement aura le droit de résilier le présent Contrat et / ou les Contrats Miniers en cas de réalisation et de continuation de l'un des cas suivants (ci-après appelés « Cas de Manquement ») :

- (i) la Société Minière ou la Joint-Venture font l'objet de, ou autorisent, l'ouverture d'une procédure collective à leur encontre sans que cette dernière soit levée dans un délai de 90 jours.
- (ii) La Joint-Venture cesse sa production dans l'essentiel de ses zones de production, pendant une période de 24 mois consécutifs, sauf si ce défaut ou cette cessation de production reçoit l'accord du Gouvernement ou est causée par un cas de force majeure ; ou
- (iii) La Joint-Venture ne verse pas des Impôts, des Taxes ou des Redevances au Gouvernement ; ou
- (iv) La Joint-Venture ou la Société Minière ont manqué à l'exécution d'obligations importantes prévue par l'Avenant ou par les Contrats Miniers.

(c) En cas d'allégation d'un Cas de Manquement défini au paragraphe (b) ci-dessus, le Gouvernement, avant de prendre toute autre mesure, doit transmettre à la Joint-Venture et à la Société Minière une notification de l'allégation de la réalisation de ce Cas de Manquement et doit donner à la Joint-Venture une occasion loyale de réparer ce Cas de Manquement.

(d) Contentieux de la résiliation.

Si une Partie conteste la réalisation d'un cas donnant à l'autre Partie le droit de résilier, alors, dans le délai de 60 jours suivant la réception de la notification de l'intention de résilier, cette Partie peut déférer ce différend à l'arbitrage conformément à l'Article [], et la résiliation du présent Avenant ou des Contrats Miniers ne peut entrer en vigueur qu'à partir et que conformément au prononcé définitif d'une sentence arbitrale confirmant le droit de résiliation.

Force Majeure

Le but de la disposition ci-dessous est de surmonter le problème dans les contrats actuels dont certains prévoient la force majeure dans les circonstances trop extensive et soumise à la discrétion d'une des parties.

Nonobstant toute disposition contraire, les éléments constitutifs de cas de force majeure excusant l'inexécution des obligations prévues par le présent contrat ou par les Contrats Miniers se limitent à ceux figurant dans le Code Minier et dans le Décret Minier.

CONFIDENTIALITE ET CLAUSE DE PUBLICATION

L'exces de confidentialité dans le domaine minier exacerbe tous les problèmes. Maintes études ont démontré que la confidentialité telle que pratiquée va contre l'intérêt du Gouvernement, des citoyens et des actionnaires. Par ailleurs, l'exercice même de la rédaction d'un contrat modèle témoigne d'un souci de transparence. Le texte ci-dessous s'adresse à ce problème.

Rapports Publics

Les documents suivants doivent être rendus publics et par les présentes, la Société Minière et la Joint-Venture renoncent à toute clause de confidentialité qui en empêcheraient la publication :

- (a) les Contrats Miniers, à l'exception des informations géologiques exclusives ;
- (b) les états financiers trimestriels non audités et les états financiers annuels audités de la Joint Venture ;
- (c) le Rapport Trimestriel des Paiements, le Rapport Annuel sur les Obligations Sociales et Environnementales (mentionné à l'Article 15(b)), les rapports sur tous les paiements versés au Gouvernement, y compris les rapports demandés par le Gouvernement, et les rapports établis par le Joint-Venture et la Société Minière conformément à l'Initiative de Transparence des Industries Extractives.
- (d) [une déclaration de propriété indiquant les noms et les adresses de ceux qui, en remontant la chaîne des participations, sont les titulaires finaux des droits de propriété, d'usufruit et de jouissance des participations détenues dans la Société Minière et dans le Joint-Venture] ; et
- (e) les autres informations faisant l'objet d'une demande raisonnable de la part du Gouvernement.

Les informations qui doivent être rendues publiques doivent être affichées sur le site Internet de la Société Minière et du Joint-Venture dans un délai de [30] jours du présent Avenant ou, s'agissant des états financiers ou des changements apportés à ces informations, dans un délai de 10 jours ouvrables suivant la date de ces états financiers ou de ces changements, et doivent y rester jusqu'à l'expiration du dernier des Contrats Miniers à expirer. Des copies de ces informations doivent également être mises à disposition pour inspection au siège social du Joint-Venture, ou à un autre siège social approuvé par le Gouvernement, et transmises à toute personne moyennant le paiement de frais de copies d'un montant raisonnable.

Données Minières.

Le Joint-Venture devra conserver à son siège social en RDC, ou à un autre siège approuvé par le Gouvernement, des copies de la totalité des cartes, des rapports géologiques, des rapports miniers ou des rapports sur d'autres sciences de la Terre et des analyses minéralogiques (ainsi que toutes les données du domaine qui appuient ces rapports) et d'autres données obtenues ou compilées par la Société Minière ou par le Joint-Venture à la suite de l'exploration et / ou de l'exploitation minière, y compris tous les rapports sur les estimations de revenus futurs. Le Gouvernement aura un accès complet à la totalité des informations, des données et des matériels indiqués dans les présentes, après notification préalable donnée à la Société Minière au moins 5 jours à l'avance.