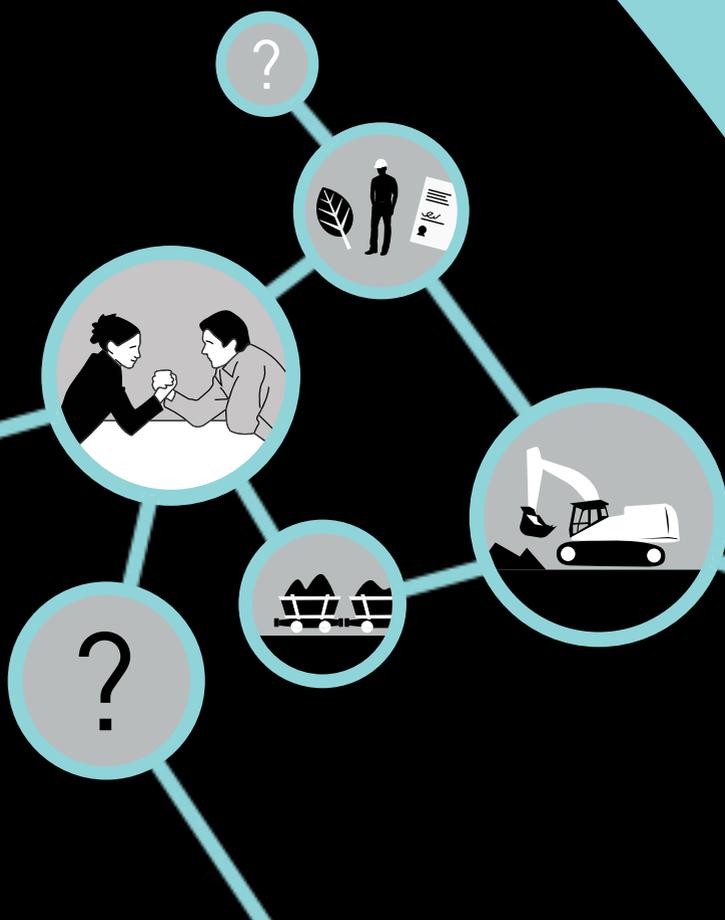


CONTRATS MINIERS

Comment les lire et les comprendre



Cet ouvrage a pu être réalisé grâce au soutien de



La traduction de cet ouvrage a pu être réalisée grâce au soutien de la



CONTRATS MINIERS

COMMENT LES LIRE ET LES COMPRENDRE

SOMMAIRE

Avant-Propos	5
CONTEXTE	9
Le secteur minier	11
Lois et contrats	19
La table de négociations	29
EXPLOITATION MINIÈRE	37
Introduction à l'exploitation minière	39
Régimes juridiques	41
Reconnaissance et exploration	45
Faisabilité	49
Production	63
Fermeture	67
QUESTIONS FISCALES	71
Questions financières	73
Régimes fiscaux	77
Défis particuliers	107
Comment dépenser l'argent	119

QUESTIONS ENVIRONNEMENTALES ET SOCIALES	125
Quels sont les enjeux?	127
Se servir du contrat pour gérer les problèmes	137
Trouver des directives et des réponses en dehors du contrat minier	157
 LIENS ÉCONOMIQUES	 169
Introduction	171
Extraction minière et « <i>local content</i> »	173
Mines et infrastructures	185
 ASPECTS JURIDIQUES ET DE NÉGOCIATION	 193
Lorsque vous commencez à penser qu'il vous faudrait sans doute de l'aide	195
170 ans autour de la table, les confessions d'un négociateur	201
Éviter et résoudre les conflits	207
Planifier en tenant compte des problèmes	217
Publier ou ne pas publier?	223
 ANNEXE	 229
Glossaire	231
Liste des contrats couramment cités	237

AVANT-PROPOS

Nous sommes heureux de vous présenter la première édition de « Contrats miniers : comment les lire et les comprendre ». Comme la publication équivalente traitant des contrats pétroliers publiée fin 2012, elle a été réalisée en cinq jours seulement et est l'aboutissement d'un effort collectif utilisant la méthode « Book Sprint ». Les auteurs et autres participants ont commencé leur travail sur la côte de la baie de Chesapeake au Maryland (États-Unis), le lundi 9 décembre et complété le projet le vendredi 13 décembre 2013.

Un livre Sprint est un processus encadré dans lequel un petit groupe de co-auteurs disposant d'un large éventail de compétences et de points de vue se réunit dans le but de rédiger un livre collectivement et en cinq jours. Avec un titre pour seul point de départ, les auteurs ont consacré une journée à l'élaboration d'un plan, et ont alors rédigé, illustré, corrigé, révisé et « publié » le livre durant les quatre jours restants. La rédaction du livre par le biais de la méthode « Book Sprint » a permis de réaliser un outil complet et détaillé, bénéficiant de l'interaction dynamique d'un groupe d'experts éminents se situant à l'intersection de l'exploitation minière et du développement économique. Tout comme dans le cas du livre traitant des contrats pétroliers, la méthodologie « Book Sprint » apporte deux implications majeures quant à son contenu.

En premier lieu, ceci est un travail d'optimisation, et non de perfection. Bien que nous soyons confiants dans la qualité et la valeur du contenu, il ne s'en trouve pas moins que malgré tous les efforts des auteurs durant le sprint, nous réalisons que des erreurs ou des fautes de frappe aient pu occasionnellement leur échapper, et certains aspects demanderont à être approfondis. Ceci est inévitable lors de la rédaction d'un ouvrage de plus de 200 pages en moins d'une semaine. Nous espérons que ce livre deviendra un document vivant ; que cette édition ne sera que le premier jet d'un travail qui sera mis à jour et élargi au fil du temps. Nous invitons nos collègues à le critiquer vigoureusement,

ce qui contribuera à aider nos organisations et nos partenaires à en améliorer le texte dans les éditions subséquentes.

D'autre part, ni les individus, ni les organismes qui ont parrainé cet effort, ne sont nécessairement en parfait accord sur chacun des détails et des opinions contenus dans le présent ouvrage. Nous sommes toutefois d'avis qu'une telle ressource s'avère nécessaire pour aider les gouvernements, les citoyens, et les autres parties prenantes, à mieux comprendre le contenu et l'impact des contrats miniers, afin de leur permettre de négocier, d'analyser et de contrôler plus efficacement ces contrats. Chacun d'entre nous soutient également une transparence totale des contrats miniers et le fait que les accords majeurs de l'industrie extractive devraient être publiés pour établir un climat de confiance et une meilleure gouvernance dans tout ce qui touche à ces industries. L'analyse et les citations apparaissant dans ce livre, tirées de contrats en Australie, en Équateur, en Guinée, au Libéria, en Mongolie, au Niger, au Pérou, en Sierra Leone et dans d'autres pays encore, ne représentent qu'un échantillonnage des possibilités offertes par la publication ouverte de ces contrats.

En outre, l'objectif de ce livre est de présenter une introduction informative sur ce sujet complexe et souvent controversé. Les débats entre les auteurs ont été animés tout au long de la semaine, et les opinions personnelles ont implicitement dirigé leur manière de découper et d'aborder les divers sujets. Cet ouvrage est le fruit d'un travail d'équipe et non pas le résultat d'un groupe de réflexion ou un document « de consensus ». Nous espérons que, tout comme nous, les lecteurs reconnaîtront rapidement la valeur de ce processus d'élaboration unique.

Les institutions organisatrices sont : *International Senior Lawyers Project* (ISLP), *OpenOil*, *Natural Resource Governance Institute* (NRGI), et *Columbia Center on Sustainable Investment* de l'Université de Columbia (CCSI). Le soutien financier a été fourni en partie par nos propres organisations, et a bénéficié des contributions généreuses d'Australian Aid, de l'Institut de la Banque mondiale, de l'Unité pétrole, gaz naturel et mines du Département de l'énergie durable de la Banque mondiale, et du Ministère fédéral allemand pour la coopération et le développement économiques (GMZ) par l'intermédiaire de la GIZ (Société allemande de coopération internationale). La traduction française a été gracieusement offerte par la Chambre des Mines du Sénégal. Nous tenons

également à exprimer tout particulièrement notre gratitude envers Anna Shakarova de l'ISLP, qui a mobilisé une telle richesse d'expertise juridique pour le projet.

Les auteurs ayant participé à la rédaction de ce livre sont :

Joseph Bell, du cabinet Hogan Lovells, RWI-NRC et secrétaire du Conseil de l'ISLP; Zorigt Dashdorj, membre du Conseil de l'institut de stratégie de développement de Mongolie; Matthew Genasci, RWI-NRC; Jeffrey Davidson, Robert M. Buchan, Département des Mines de Queen's University, Kingston, Ontario; Juan José Herrera Coordinateur du programme d'industries extractives, Grupo Faro, Équateur; Michael Jarvis, de la Banque mondiale; Lise Johnson, CCSI; Susan Maples, conseillère juridique; Herbert McLeod, Responsable de l'équipe de négociation du Gouvernement de la Sierra Leone pour les minéraux; Sam G. Russ, sous-ministre adjoint des opérations, ministère des Terres, des Mines et de l'Énergie, Libéria; Salli Anne Swartz, Associée du cabinet Artus Wise, Paris, bénévole à l'ISLP; Perrine Toledano, CCSI; Johnny West, Open Oil, et Jeff Wood, associé à la retraite, Debevoise & Plimpton et Bénévole, ISLP.

Adam Hyde, inventeur de la méthode « Book Sprint », a une fois encore, fourni son aide pour cet ouvrage, assisté de Barbara Rühling et de Clara Roorda, attachée à la recherche au CCSI et jouant le rôle de lecteur cible. L'équipe « Book Sprint » comprenait également Henrik van Leeuwen (conception graphique), Raewyn White (correcteur à distance), et Eyal Holtzman et Myrthe Stel (conception du livre en format HTML). Notre reconnaissance s'étend enfin à Debevoise & Plimpton, qui a su nous fournir un correcteur à la dernière minute et à Manon Aubry, Eric Bisil, Antoine Heuty et Prisca Piot pour leur aide à la revue de cette traduction française.

Ce livre est publié sous licence « Creative Commons » (CC BY SA). Ceci signifie que chacun est libre d'en tirer des extraits, de le traduire, de le copier et de le réutiliser à ses propres fins sans être tenu à en obtenir l'autorisation – pour autant que le travail impliqué soit également publié sous la licence « Creative Commons ».

Cette version française est une traduction de l'original en anglais et des traductions dans d'autres langues sont prévues dans le futur. Nous espérons que ce document fournira un matériel qui pourra être intégré dans les cours de formation organisés par nos organisations et par de tierces parties.

L'un des arguments parfois soulevés par ceux qui s'opposent à la transparence des contrats est que le grand public n'est pas apte à lire ou analyser ces contrats. Nous espérons que ce livre deviendra un outil précieux permettant un élargissement et un enrichissement du débat public sur l'industrie minière, avec la contribution et au bénéfice de centaines de millions de personnes à travers le monde pour qui ceci représente une question de politique publique essentielle.

Daniel Kaufmann, Président, RWI-NRC

Garth Meintjes, Directeur exécutif, ISLP

Lisa Sachs, Directeur, CCSI

Johnny West, Fondateur, OpenOil

CONTEXTE

LE SECTEUR MINIER

LOIS ET CONTRATS

LA TABLE DE NÉGOCIATION

LE SECTEUR MINIER

L'importance des minéraux et de leurs utilisations par les humains tout au long de leur histoire peut difficilement être surestimée. L'importance des minéraux est telle que des périodes préhistoriques en portent même le nom, comme l'Âge du cuivre et l'Âge du fer. La découverte de certaines mines remonte à 40 000 ans. Les Grecs, les Romains et les Égyptiens écrivaient des traités sur l'exploitation minière il y a des milliers d'années. Des nations se sont faites et défaites en conséquence des fluctuations du cours des matières premières minérales. Leur quête d'argent et d'or a entraîné bien des pays dans des contrées lointaines. Au cours de son histoire, chacun des continents a procédé à l'extraction de minerais sous une forme ou sous une autre, et au gré des modes. L'exploitation minière est, à bien des égards, ancienne et universelle.

Et elle reste d'une importance capitale aujourd'hui.

Avec le développement des processus industriels dans de nombreuses parties du monde, les contrats miniers régissant ces processus se sont multipliés. Et la disponibilité de dépôts relativement « facile d'accès » se faisant de plus en plus rare et de moins en moins accessibles, les entreprises minières se tournent vers de nouveaux emplacements dans leur quête de gisements de minéraux.

Cette évolution a été la cause de l'importance croissante du secteur des ressources minérales dans l'économie globale. Une étude a récemment démontré que le nombre d'économies qui dépendent de l'exploitation minière est passé de 46 à 61 entre 1996 et 2011. Et d'après Oxford Policy Management, ces économies en dépendent de manière croissante.

Certains de ces pays sont parmi les plus pauvres du monde tandis que d'autres se trouvent parmi les plus riches.

Le développement minier se révèle être très prometteur pour les pays d'accueil en tant que catalyseur de croissance, par le biais de recettes d'exportation, d'expansion économique, d'une éventuelle diversification de l'économie, et de la réduction massive de la pauvreté. La demande fluctuante mais croissante de minerai semble fournir un moyen logique et économique de construire de nouvelles infrastructures dans les pays en développement rapide, et d'en remplacer les anciennes dans les économies parvenues à maturité.

Un aspect particulier des ressources minérales conduit la dynamique qui sous-tend une grande partie de ce livre : les minéraux sont des ressources qui s'épuisent et ne se renouvellent pas. Une fois épuisées, elles le sont pour toujours. Ce caractère limité des minéraux les rend uniques lorsqu'on les compare aux autres industries et aux autres sources de revenus des entreprises, gouvernements et citoyens des pays riches en ressources.

L'expérience suggère cependant que faute d'une gestion prudente de ces ressources, ces opportunités pourraient être perdues. Pire encore, des conséquences environnementales et sociales catastrophiques pourraient survenir.

« Prendre soin de bien comprendre la localité, ses routes, sa salubrité, son suzerain, et ses voisins. »

« Aucune exploitation minière ne doit être entreprise dans une région opprimée par un tyran. »

Ces conseils sont d'une pertinence absolue pour quiconque se lance dans un projet d'exploitation minière. Pourtant, ils ne sortent pas de la bouche de l'un des directeurs d'une grande société minière, ils ont été exprimé par Georgius Agricola dans *De Re Metallica*, livre I, écrit en 1556.

Vous avez bien lu : 1556.

Aussi ancienne que puisse être l'extraction des ressources naturelles, certains des problèmes qui y sont associés sévissent depuis son origine. Le terme « malédiction des ressources naturelles » n'a fait son apparition qu'à la fin du xx^e siècle, mais ses caractéristiques se faisaient pourtant déjà sentir du temps d'Agricola. Les historiens de l'économie ont développé des théories pour décrire comment, après la « découverte » du continent américain par Christophe Colomb, son maître impérial, l'Espagne, a été en proie au cours des xvi^e et xvii^e siècles à des phénomènes tels qu'une baisse de la productivité des moyens de subsistance traditionnels, la corruption, une stagnation sociale et politique,

et des conflits, conséquences directes d'énormes quantités d'or en provenance du Nouveau monde.

L'industrie minière s'est bien entendu fortement industrialisée depuis le temps d'Agri-cola. Ce livre traite principalement d'une industrie minière que ce dernier aurait peine reconnaître. Une industrie minière avec des engins de terrassement dont la taille dépasse celle des maisons. Des mines de plus d'un kilomètre de profondeur et des sites miniers d'une étendue telle qu'ils sont visibles de l'espace à l'œil nu. Une industrie dominée par les machines : des installations de traitement d'eau mécanisées, d'immenses sites gérés par une poignée d'ingénieurs opérant des machines, et non par une foule de personnes grattant le minerai à la main. Des mines géantes qui consomment avec autant de voracité qu'elles produisent. Des sites auxquels une centrale électrique suffisamment puissante pour alimenter une ville et une quantité d'eau qui assécherait une rivière sont nécessaires, avec des routes et des chemins de fer qui leurs sont propres, leurs bases-vie et, quelquefois aussi, leurs propres forces de sécurité.

Ces exploitations à grande échelle et toutes ces machines ont appelé des investissements d'une ampleur sans précédent, accompagnés de contrats de longue durée et de législations détaillées. Et à moins qu'Agri-cola n'ait également été un avocat, un détail qui semble s'être perdu dans l'histoire, il ne saurait reconnaître le sujet de ce livre : les contrats miniers.

Ce livre se concentre principalement sur les contrats miniers et les cadres juridiques qui les entourent. Mais ces contrats ne font que refléter les forces du marché et les réalités de l'offre et de la demande. Le contexte mondial est le véritable moteur de ce cadre juridique.

Pour bien saisir toutes les implications de ces accords et leurs ramifications en terme de développement pour les pays d'accueil, il est bon d'examiner les opérations du secteur au niveau mondial et le fonctionnement des marchés, ainsi que d'évaluer les liens entre les réserves et les chaînes de valeur dans le cadre d'un minerai type.

ENCORE PLUS DE PRESQUE TOUT

Le contexte global de l'évolution de l'exploitation minière au cours des deux dernières décennies peut se résumer par : « Plus », tout simplement plus.

Plus de tout. Plus de sociétés minières dépensant plus d'argent pour produire plus de produits sur lesquels s'exerce plus de spéculation, et qui sont vendus pour plus d'argent afin de répondre à une demande plus forte que jamais.

Selon *The Economist*, la consommation d'étain des pays les plus avancés s'est accrue de 50 % en 2011 par rapport au début du siècle, celle du nickel, du charbon et du plomb de 60 %, celle du zinc de 40 %, celle du cuivre de 30 % et celle de l'argent et de l'or de 20 %. Durant cette même période, la production du minerai de fer a presque triplé. Un milliard de tonnes de plus sont produites aujourd'hui par rapport à la fin du xx^e siècle.

Les prix ont également explosé. Le prix de l'or, de l'argent, du plomb, du zinc, du nickel et du cuivre a triplé dans la première décennie de ce siècle. Même si le prix de certaines matières premières est en retrait par rapport au prix-plafond de 2010 et 2011, il n'en demeure pas moins très élevé dans une perspective historique et de nombreux analystes prévoient une demande soutenue, accompagnée de soubresauts occasionnels. Certains économistes parlent du monde comme étant désormais dans un « super-cycle » de matières premières, comme il ne s'en est présenté que trois ou quatre depuis la révolution industrielle.

Cette situation peut en partie s'expliquer par la croissance de la population globale – il y a aujourd'hui un milliard de personnes en plus sur la planète qu'en l'an 2000. Mais un autre facteur, encore peut-être plus important, consiste en la hausse du niveau de vie de cette population, un aspect de ce qui était autrefois connu comme la ruée des pays en développement vers la prospérité.

L'émergence de la Chine comme « consommateur régulateur » d'un certain nombre de produits a été incroyablement rapide. Il y a vingt ans, elle achetait 8 % du minerai de fer échangé sur le marché mondial. Elle en est aujourd'hui à 60 %. Pour l'ensemble des métaux, sa part de marché est montée de 3 % à 30 % et cette demande a un impact très particulier sur le marché mondial des matières premières. À titre d'exemple, il est prévu que la demande de cuivre restera forte, dans la mesure où la Chine planifie l'ajout de 700 gigawatts à son réseau électrique national d'ici 2020. En effet, les câbles en cuivre forment une partie intégrale des réseaux électriques. Autre exemple, la demande d'importation d'étain de la Chine augmentera probablement de manière significative à mesure que ses milliards de consommateurs adoptent la nourriture en conserve.

On trouve également un plus grand nombre de sociétés minières sur le marché. L'augmentation de la demande a conduit des entreprises moins capitalisées, dites « juniors », dans des endroits plus isolés et plus difficiles et dans le cadre d'explorations plus spéculatives pouvant potentiellement offrir des rendements plus rapides. D'autres sociétés peuvent être de grande taille, mais cependant nouvelles sur la scène internationale, attirées hors de leurs bastions nationaux par l'escalade de la demande et des prix.

Et tout comme la production, la consommation et les prix, les investissements spéculatifs, via des instruments financiers liés aux matières premières, se sont envolés au cours de la dernière décennie. Ces instruments financiers permettaient initialement aux négociants de matières premières désireux d'acquérir de grandes quantités de verrouiller leur prix à une date future ou de « garantir » ce prix avec d'autres actifs. Ces instruments ont été accueillis avec enthousiasme par les banques et les fonds d'investissement. Les Nations Unies estiment que le nombre de contrats à terme de matières premières a plus que doublé chaque année entre 2001 et 2011. Durant cette même période, une pléthore d'indices de prix des matières premières a bourgeonné. Le rôle de cette « financiarisation » est vivement contesté. Certains disent qu'elle a entraîné la hausse des prix, d'autres qu'elle a fourni des liquidités durant une période de croissance sans précédent de la demande. Quoi qu'il en soit, il est peu probable qu'elle disparaisse.

Il est certain que cette tendance nette envers le « plus » et le « plus grand » renferme une importante mise en garde : les mines de taille réduite, et les mines artisanales en particulier, jouent encore un rôle important dans de nombreux pays. Et elles peuvent avoir des effets disproportionnés sur l'emploi, sur l'environnement, et sur le tissu social. Dans le cadre de cet ouvrage, nous traitons presque exclusivement de l'exploitation minière industrielle, mais il est important de se rappeler qu'elle ne représente pas l'ensemble du secteur.

Nous vivons dans un monde globalisé ; les personnes et communautés affectées par l'exploitation minière sont bien conscientes de cette tendance, même si elles ne s'attardent pas forcément sur les détails. Nous nous trouvons une fois de plus dans un contexte d'attentes mondiales difficile à équilibrer. Le Conseil mondial de l'or a annoncé que l'industrie de l'or a créé une valeur de 78 milliards de dollars dans l'économie mondiale en 2012, ce à quoi le présentateur d'Al-Jazeera a répondu en demandant à leur porte-parole pourquoi seulement un huitième de cette valeur est allé aux travailleurs. Les entreprises soulignent la pression engendrée par la hausse des coûts de production sur leurs résultats financiers. Pendant ce temps, les mineurs en grève de Marikana réclamaient le triplement de leurs salaires au moment où ils ont été tués dans un affrontement avec la police sud-africaine. D'autres émeutes dans le secteur minier ont éclaté récemment au Guatemala, en Zambie, et en Argentine pour n'en citer que quelques-unes. Un rapport de Chatham House affirme que, rien qu'au Pérou, on trouve 126 conflits locaux actifs dans le secteur minier.

Ces pressions au sein du secteur minier, en conjonction avec une tendance de redevabilité accrue des entreprises et une vigilance plus soutenue sur les impacts élargis de

l'exploitation minière sur la société, ont incité un certain nombre d'initiatives innovantes telles que l'Initiative pour la transparence des industries extractives (ITIE).

Plusieurs gouvernements africains ont annoncé qu'ils revoyaient leurs contrats miniers en raison de la perception largement répandue qu'ils n'ont pas su tirer le meilleur parti des « superprofits » de la décennie écoulée; d'autres gouvernements de par le monde, y compris ceux du Mexique, de l'Australie et du Québec, ont annoncé des modifications de leurs régimes fiscaux dans le but de tirer un meilleur profit de la rente des ressources; et le Parlement indonésien a introduit une taxe à l'exportation sur certains minéraux dans le but d'en encourager la bénéficiation.

Une des réponses, apportée par un mouvement de gauche basé en Amérique latine, entend définir le « post-extractivisme ». Ils énoncent que dans la mesure où l'extraction des minéraux du sous-sol déclenche une telle turbulence, la seule solution est de réduire fortement son importance dans le développement économique, et de résister aux forces mondiales qui cherchent à les extraire.

L'agitation est universelle, même au sein de villages suisses, où les résidents ont décidé de rapatrier dans leurs pays africains d'origine une partie ce qu'ils considèrent comme étant des profits excessifs réalisés par des sociétés suisses de négoce de matières premières, comme Glencore.

L'inquiétude se fait aussi ressentir au sein des sociétés minières elles-mêmes. Malgré ce qui pourrait être considéré comme une hausse inexorable du prix des matières premières, PWC rapporte que la confiance des investisseurs dans les sociétés minières est en baisse par rapport à l'ensemble des marchés des actions. Et bien que les bénéfices aient atteint des niveaux record en 2011, ils ont été accompagnés de records en matière de coûts de production, ce qui signifie que les marges bénéficiaires, et la valeur de ces entreprises sont restées stables, ou ont, dans certains cas baissées. Les prix sont maintenant redescendus de ces sommets historiques, mais les coûts sont restés élevés et les entreprises sont en difficulté. Les valeurs minières ont chuté de près de 20 % au cours des quatre premiers mois de 2013.

Deloitte n'a pas manqué de le déclarer : la liste des problèmes auxquels les sociétés minières ont été confrontées en 2013 comprend une hausse des coûts, une chute des prix, des déséquilibres entre l'offre et la demande et une baisse de productivité. Incitant les entreprises à ne pas tout simplement « attendre le retour du balancier », la revue annuelle de Deloitte les encourage à embrasser l'innovation, ce qui comprend une utilisation systématique des médias sociaux afin d'intensifier leur engagement auprès

des communautés. Ce qui renforce le besoin pour un ouvrage tel que celui-ci, qui vise à décrire de manière neutre, et d'un point de vue informatif, les cadres juridiques et contractuels qui entourent les opérations minières dans le monde entier.

LOIS ET CONTRATS

L'histoire, la population, la culture, la cuisine, le musique et bien d'autres traits sont uniques à chaque pays. Si les influences entre cuisines, cultures et langues sont indéniables, l'identité de chaque pays demeure.

Les lois et les contrats pertinents au secteur minier dans un pays donné sont tout aussi uniques. Il est important de souligner dès le départ que ce livre ne prétend ni ne saurait couvrir chaque type de contrat, l'ensemble de la législation pertinente aux minéraux, ou chacune des lois relatives à l'exploitation minière de chaque pays. Un contrat ou une licence nécessitent souvent une référence à une loi, qui peut faire référence à une autre loi se référant elle-même à des jeux de règlements multiples. La recherche de la réponse à une question spécifique dans le cadre d'un projet déterminé peut entraîner une longue pérégrination couvrant de nombreux articles, clauses, expressions juridiques et sous-alinéas. Du fait de cette complexité, ce livre fournit une feuille de route permettant de localiser ce qui peut se trouver ; un guide sur la façon d'accéder à certains niveaux du cadre juridique, une approche pour répondre aux questions.

Certains principes relativement communs peuvent apporter une aide précieuse pour résoudre ce genre de tâches. Quel que soit le système juridique, une société minière cherchera toujours à obtenir une autorisation légale et officielle avant de s'engager dans des activités minières dans un État. Différentes licences couvrent les différentes phases du projet d'exploitation minière, y compris l'exploration, la production, et la remise en état. La plupart des pays disposent de codes miniers (ou de lois pertinentes au secteur des mines), déterminant les conditions dans lesquelles ces autorisations sont accordées et réglementant ces processus. Toutefois, même en cas d'absence de code minier, l'État peut promulguer des décrets, des lois, ou éventuellement s'engager dans des contrats spécifiques en dépit de l'absence d'une loi propre au secteur minier.

L'acquisition d'une licence ou d'un contrat ne signifie pas nécessairement que la propriété des ressources du sous-sol est également transférée. En fait, dans la plupart des cas, l'État conserve le droit de propriété des ressources du sous-sol. L'imposition de redevances, (voir la Section « Questions financières ») repose essentiellement sur cette propriété du sous-sol retenue par l'État. Dans un petit nombre de cas, comme aux États-Unis et dans certaines provinces canadiennes, la propriété est détenue par le propriétaire de la surface du sol.

L'objectif principal d'une licence ou d'un contrat est d'obtenir un droit exclusif d'entreprendre une activité donnée sur un terrain spécifique. C'est un élément fondamental de la loi sur les minéraux de tous les pays, présenté dans cette section sous la forme de réponses à certaines questions fréquemment posées sur les lois minières et les contrats.

QU'ENTEND-ON PAR « LE CONTRAT » ?

Il existe plusieurs types de contrats dans le secteur des ressources minérales. Ce livre traite des contrats régissant les relations entre le gouvernement national et le titulaire d'une licence d'exploration et/ou de projet minier. Dans tout cadre juridique, il y a un contrat qui est appelé « le Contrat ». Ce Contrat (ou cette licence) fournit à une société le droit exclusif de l'exploration sur un terrain déterminé et/ou de l'exploitation des ressources minières découvertes en échange de royalties, de taxes et autres obligations.

Ces « Contrats » peuvent être désignés par des appellations différentes : Entente sur l'exploitation des ressources minérales, Accord d'exploration et d'exploitation, Accord sur l'investissement minier, Contrat d'extraction minière, Concession minière. Convention minière. Il est important de ne pas s'arrêter sur le nom et l'apparence de la couverture du document. Quel que soit le nom qu'ils portent, ces contrats traitent tous des mêmes questions, quoiqu'à des niveaux de détail parfois différents. La différence d'appellation d'un contrat ne représente pas une différence significative. C'est, dans la plupart des cas, le résultat d'un accident de l'histoire.

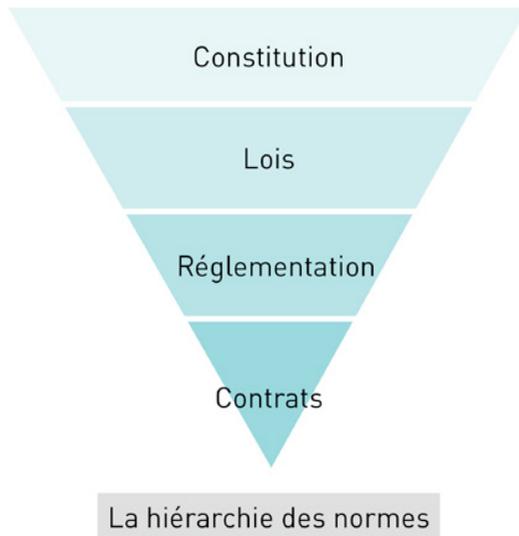
LE CONTRAT MINIER EST-IL UNE EXCEPTION OU UNE RÈGLE ?

Les contrats ne sont ni requis ni utilisés par tous les pays. Les pays qui ne régissent pas l'exploitation minière par le biais de contrats définissent tous les droits et obligations au travers d'une licence spécifique et des lois en vigueur. Des contrats d'ordre général sont le plus souvent employés dans les premiers stades de développement de l'exploitation des ressources minérales durant lesquels le cadre juridique est encore en

évolution. Dans des contextes où le cadre juridique et les institutions gouvernementales sont relativement bien établies, les diverses parties sont plus à même de se reposer sur une loi en vigueur pour régir leurs droits et obligations respectifs. Dans ce type d'environnement, les sociétés peuvent non seulement se fier à la nature élargie du cadre juridique, mais aussi à la stabilité relative de l'environnement juridique et aux mécanismes de gouvernance transparents, qui fournissent une garantie pour la sécurité de leur investissement. Par exemple, certaines des provinces canadiennes, comme la Colombie-Britannique et l'Ontario, ne disposent pas de contrats formels écrits liant le gouvernement et la société. Divers contrats de natures différentes entrent plutôt en jeu, y compris les contrats avec la communauté autochtone. De même, les contrats ne sont pas du tout utilisés en Afrique du Sud, qui est également un pays avec une longue histoire de l'exploitation minière

LA LOI A-T-ELLE PRÉSÉANCE SUR LE CONTRAT ?

Cette question appelle certainement une réponse des plus intéressantes. En théorie, la réponse est bien claire : la hiérarchie des normes est fermement établie, la Constitution siégeant au sommet, suivie des lois, des règlements et finalement des contrats au plus bas de l'échelle. Et les lois ont la préséance sur les contrats.



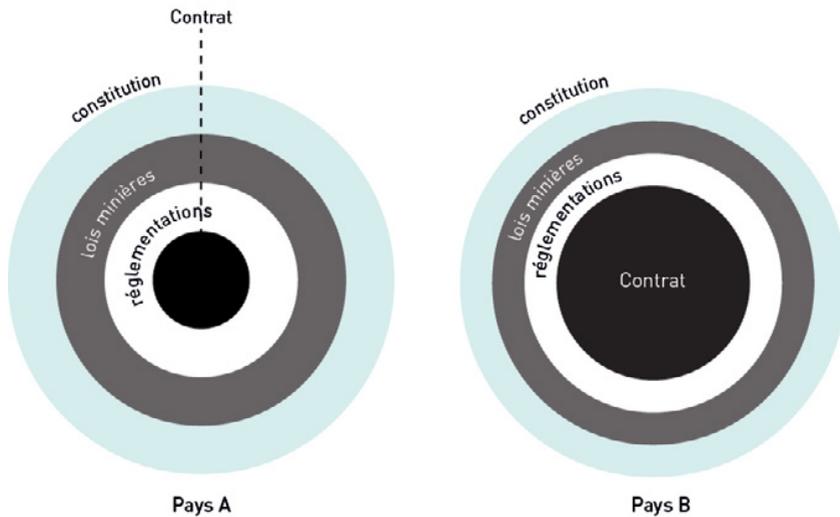
Toutefois, la théorie ne correspond pas toujours à la réalité et celle-ci peut s'avérer être complètement différente. Il existe des cas dans lesquels les contrats sont spécifiquement conçus pour outrepasser les lois nationales (bien qu'il puisse arriver que ces mêmes lois ne le permettent pas). En outre, il y a des clauses de stabilité juridique et des accords susceptibles d'affecter la hiérarchie des normes. Ce sujet sera traité plus en détail dans d'autres parties de cet ouvrage.

Cependant, et comme il a été mentionné ci-dessus, plus le cadre juridique national est complet, plus la prédominance des lois nationales est forte.

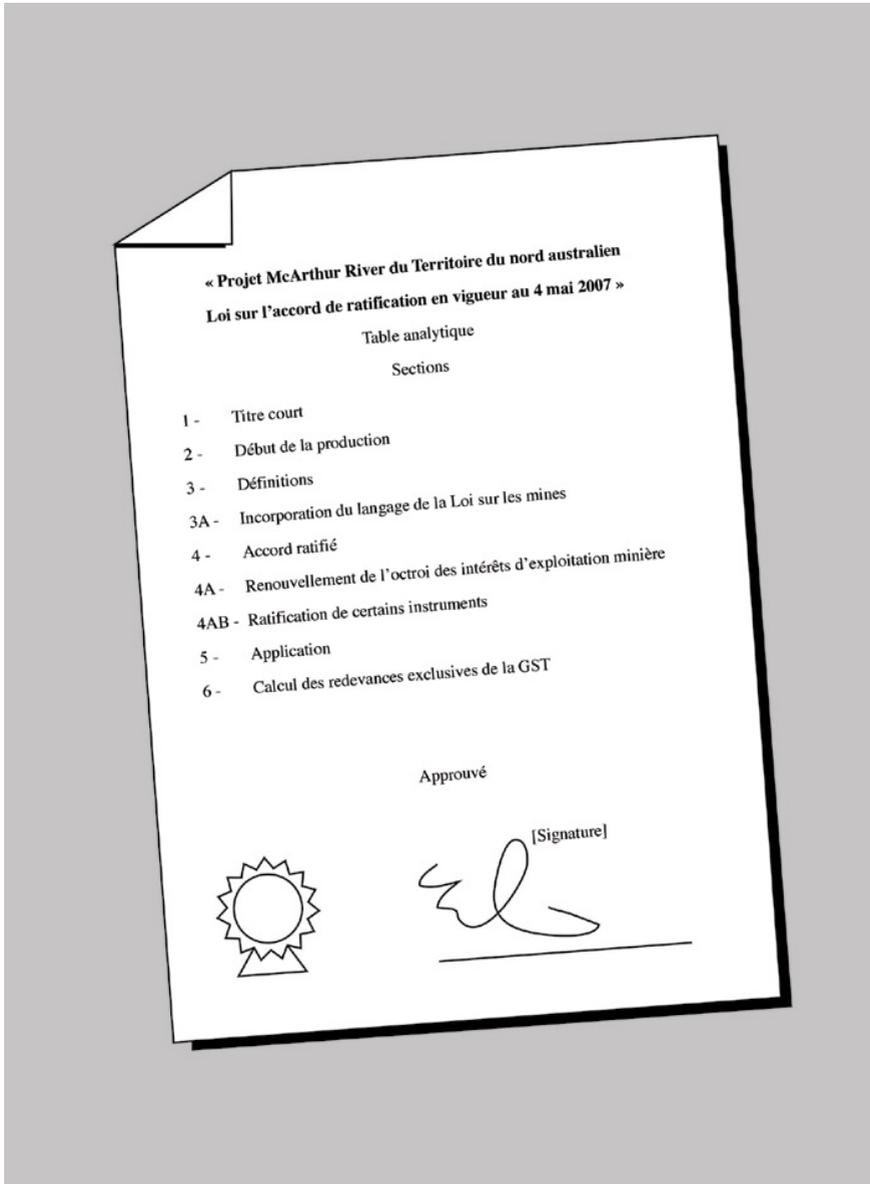
QU'EN EST-IL DES ACCORDS DE DÉVELOPPEMENT COMMUNAUTAIRE, DES ACCORDS LOCAUX ET DES AUTRES CONTRATS ? ET COMMENT LES INSÉRER DANS CE CADRE ?

Un certain nombre de contrats peuvent également être établis parallèlement au « Contrat » passé entre une société et le gouvernement au niveau national. Ces contrats remplissent un rôle différent de celui de l'octroi du droit exclusif d'exploitation de la mine. Certains contrats entre les autorités locales et les détenteurs de licence peuvent régir les droits et les obligations au niveau local. Des contrats différents déterminent parfois les termes de l'utilisation de l'eau et des infrastructures conclus par les autorités gouvernementales et le titulaire de la licence. D'autres contrats peuvent être établis entre divers intervenants, comme par exemple certaines organisations non gouvernementales, qui prennent part au projet minier. En bref, il peut se trouver des centaines de contrats associés à une mine, mais l'un d'entre eux est cependant le plus important, et il s'agit du contrat d'exploitation minière entre le gouvernement national et la société, celui qui accorde le droit exclusif de procéder à des opérations minières.

QUE COUVRE LE CONTRAT ?



Un contrat peut couvrir un large éventail de questions telles que les obligations opérationnelles, les questions de développement économique et financier, les questions environnementales et sociales, la résolution des différends, l'emploi et l'approvisionnement local, les changements de propriétaire ou les contrôles de gestion, pour ne citer que quelques exemples. Dans un environnement juridique relativement complet, un contrat peut être extrêmement court. Un contrat peut éventuellement couvrir 250 pages dans un pays donné mais n'en comporter que 15 dans un autre.



Exemple d'accord de portée limitée

« Accord de développement des ressources minérales
entre le Gouvernement de la République du Libéria,
Putu Iron Ore Mining, Inc. et Mano River Iron Ore Ltd.
En date du 2 Septembre 2010 »

Table des matières

- Section 1 - Définitions, terminologie et interprétation
- Section 2 - Date d'entrée en vigueur
- Section 3 - Termes de l'accord
- Section 4 - Licence d'exploration ; Droits d'exploration intérimaires ; Étude de préfaisabilité
- Section 5 - Licences d'exploitation minière
- Section 6 - Construction et exploitation
- Section 7 - Terrains et Installations
- Section 8 - Ressources communautaires
- Section 9 - Santé et sécurité publique
- Section 10 - Soins médicaux
- Section 11 - Emploi, formation et éducation
- Section 12 - Utilisation des biens et des services libériens
- Section 13 - Protection et gestion de l'environnement
- Section 14 - Fiscalité
- Section 15 - Redevances, détermination de la juste valeur marchande, prix de vente à l'exportation
- Section 16 - Autres redevances dues au Gouvernement
- Section 17 - Informations financières et devise
- Section 18 - Droits accessoires et autres sujets
- Section 19 - Engagements supplémentaires du Gouvernement
- Section 20 - Autres engagements de la société
- Section 21 - Déclarations et garanties
- Section 22 - Confidentialité
- Section 23 - Affectations, transferts et changements de contrôle
- Section 24 - Suspension
- Section 25 - Cas de défaut ; résiliation
- Section 26 - Disposition des actifs
- Section 27 - Médiation; arbitrage
- Section 28 - Avis
- Section 29 - Force majeure
- Section 30 - Loi applicable
- Section 31 - Examen périodique
- Section 32 - Renonciation à l'immunité absolue
- Section 33 - Divers

Approuvé



[Signature]

Exemple d'accord global

Dans les 20 à 30 dernières années, les développements probablement les plus importants en termes de lois minières et de contrats se sont produits dans les domaines sociaux et environnementaux, et de manière tellement drastique qu'une section entière du présent ouvrage leur est consacré. Des domaines tels que la responsabilité sociale, les droits de l'homme, les dispositions anti-corruption, et les consultations au niveau local apparaissent en tant que nouveaux sujets dans les contrats. Les nouvelles structures faisant partie intégrante des transactions apparaissent également sous forme d'infrastructure, de bâtiments publics et autres formes non-monétaires au bénéfice du gouvernement. Cette tendance est bien souvent associée aux nouveaux-venus sur le marché, comme les entreprises chinoises.

Ce livre couvre un large éventail de questions typiques d'un contrat global comprenant les questions fiscales, les obligations opérationnelles de base, les questions environnementales et sociales, le développement économique, la résolution des différends, les parts, et les cas de force majeure, sans y être limité. Cependant, il est bon de répéter que si l'environnement juridique domestique les couvre de façon adéquate, toutes les questions abordées dans ce livre ne figurent pas nécessairement dans le contrat.

QUELLE EST LA DURÉE DES CONTRATS ?

Deux types de formats principaux régissent la durée des contrats.

Un de ces formats consiste à fixer un délai ferme : 10, 15, 25 ans. Pour une entreprise qui désire investir, la durée du contrat doit couvrir une période suffisamment longue pour lui permettre d'amortir son investissement et de générer un profit. Des provisions permettant une extension éventuelle du contrat sont généralement incluses.

Le deuxième de ces formats établit le contrat pour une période de temps couvrant l'exploitation du gisement tant qu'il est économiquement exploitable.

Dans les deux cas, il existe des obligations pertinentes à la fermeture et à la remise en état, celles-ci étant couvertes en détail dans la section « Exploitation minière ».

RETOUR AU DÉBUT : OBTENIR LE CONTRAT

Nous semblons avoir sauté à la fin du contrat, sans parler en premier lieu de la façon dont il est obtenu. Commençons par le commencement.

La grande majorité des pays à travers le monde délivrent les licences et les contrats accordant les droits d'entreprendre des activités minières sur un terrain donné en

fonction du système « premier arrivé, premier servi ». Ce système est logique, dans la mesure où, en théorie, il devrait permettre de ne pas favoriser une partie quelconque et inciter à attirer ceux qui sont désireux d'obtenir une licence leur permettant de se lancer dans une exploitation minière.

Ce système a connu de nombreuses évolutions avec l'introduction d'appel d'offres concurrentielles pour l'octroi des droits d'exploration et d'exploitation minière dans un nombre grandissant de pays. Les offres concurrentielles peuvent présenter plusieurs avantages : elles peuvent inciter les décideurs à anticiper, planifier et prioriser les avantages de projets d'exploitation des ressources minérales qu'ils seraient désireux d'entreprendre, dans la mesure où ces avantages peuvent être le sujet de l'offre. Les critères de préqualification, les frais de dossiers d'appels d'offres, et les paiements de primes à l'avance peuvent dissuader la spéculation et provoquer un gel des licences, tandis que des appels d'offres transparents peuvent réduire les risques de corruption par rapport au système premier arrivé, premier servi ou aux négociations directes.

Il n'en demeure pas moins que faute de dispositions solides assurant la transparence et la surveillance, les offres concurrentielles peuvent souffrir des mêmes problèmes de corruption et de mauvais octroi des licences et des ressources que les autres systèmes. Et, de fait, des problèmes tels que le gel des licences et la corruption peuvent également être découverts dans des systèmes d'octroi divers. En outre, si le gouvernement ne dispose pas d'informations géologiques suffisantes, il peut s'avérer bien plus difficile de mettre en œuvre un système concurrentiel donnant de bons résultats. Dans ce type de situation, il est préférable que le gouvernement commence sur la base du système premier arrivé, premier servi, ou investisse de manière à être en mesure de fournir les informations de caractère géologique pertinentes (ce qui peut se faire, à titre d'exemple avec le soutien de l'US Geological Surveys ou du British Geological Surveys).

LA TABLE DE NÉGOCIATIONS

La mystérieuse « table de négociations ». Qui y prend place ? Que font les participants ? Quels sont les « trucs » ? Comment les bons négociateurs procèdent-ils ? Les participants tapent-ils vraiment la table du poing et menacent-ils de se retirer ? Qui est vraiment responsable ? Et, ce qui est peut-être le plus important, quelles sont les motivations du processus ?

Ce chapitre répond à la plupart de ces questions. Le chapitre « Lorsque vous commencez à penser qu'il vous faudrait sans doute de l'aide » fournit également des conseils sur le choix d'un avocat. Nous présentons en outre « 170 ans autour de la table, les confessions d'un négociateur », pour dévoiler encore davantage les mystères entourant la table des négociations.

QUI PREND PLACE À LA TABLE DES NÉGOCIATIONS ?

Déterminer qui doit prendre place à la table de négociation et qui représentera les diverses parties peut et s'avère souvent être l'une des décisions les plus importantes qui puisse influencer le résultat des négociations.

Les principaux acteurs sont le gouvernement, les sociétés, les prêteurs et la société civile.

GOUVERNEMENT : À LA TABLE

Il n'existe pas de structure unique en matière d'équipes de négociation gouvernementales. Celles-ci sont de natures différentes, mais elles peuvent être sous-divisées en trois catégories principales en fonction de l'organisme qui en prend la direction :

- ✱ Le ministère des Mines, avec la participation potentielle d'autres ministères ;

- ✿ Un comité interministériel, qui peut être dirigé par le ministère Des Mines, la société minière nationale, le bureau exécutif, la Commission nationale d'investissement ou tout autre représentant au niveau du ministère;
- ✿ La société nationale des mines, avec la participation potentielle d'autres ministères.

Même des gens tout à fait raisonnables peuvent très bien ne pas s'entendre lorsqu'il s'agit de déterminer laquelle de ces structures fonctionne le mieux. Selon toute vraisemblance, toute structure peut fonctionner si elle est supportée par une volonté politique. La structure utilisée par un pays donné dépend en grande partie de la structure de la gouvernance et des coutumes historiques de ce pays dans ce domaine.

Il convient de noter qu'une représentation importante en nombre de sièges ne fournit pas nécessairement un avantage. Un négociateur unique ou un petit groupe de 3 ou 4 négociateurs peuvent s'avérer bien plus efficaces qu'un groupe de quinze. La confusion, les distractions, les techniques visant à « diviser pour mieux régner » peuvent être employées dans le cas d'équipes de négociation nombreuses. On peut évoquer par exemple un cas de négociations dans lesquelles les séances s'interrompaient régulièrement parce que les sept négociateurs de l'équipe gouvernementale présents devaient nécessairement présenter un accord unanime sur chacune des questions. Ceci ne veut pas dire qu'une équipe nombreuse ne devrait pas apporter son soutien aux négociateurs et que les opinions de cette équipe ne doivent pas être prises en compte; mais, un nombre de participants plus élevé ne fournit pas nécessairement un avantage.

Si une Société minière nationale ou tout autre organe ad hoc créé par le gouvernement pour superviser l'exploitation minière et l'octroi des permis d'exploitation minière est en place, son ou ses représentants prendront place à la table, le plus souvent avec une équipe de conseillers juridiques et financiers (fiscaux), et de conseillers et experts économiques et miniers. Ces conseillers et experts peuvent être des fonctionnaires ou des consultants externes, ceci étant fonction de l'expertise et des ressources du gouvernement.

S'il n'existe pas de société minière nationale, le gouvernement est souvent représenté par des employés du ministère des mines, avec un degré variable d'implication officielle ou officieuse de la part d'autres ministères.

Quels sont les autres ministères qui peuvent se trouver autour de la table de négociation ?

Une fois encore, il ne se trouve pas de pratique constante dans tous les pays et en tout temps. On pourrait raisonnablement s'attendre à trouver des représentants des

ministères de la justice, de l'environnement, du travail et de l'emploi, des populations autochtones (le cas échéant), de la culture, des finances (et du budget), de la planification stratégique (le cas échéant), de l'aménagement du territoire / de la planification, de la Commission nationale d'investissement, etc. Des représentants de la Banque centrale peuvent être impliqués, et certains pays incluent des experts ad hoc comme membres officiels de leur équipe.

L'exemple suivant est extrait de la Loi sur les mines et les minerais du Libéria de 2000. Des lois subséquentes ont depuis modifié cette structure particulière, comme cela arrive souvent ! Il n'en demeure pas moins que cet extrait représente toujours un bon exemple du langage juridique qui peut être utilisé dans le cadre de l'établissement d'une équipe de négociation :

«Partie 3.4. Création d'un Comité technique des ressources minérales. Il est créé par la présente un comité appelé Comité technique des ressources minérales constitué comme suit :

Le ministère des Terres, des Mines et de l'Énergie (président) ; Le ministère de la Justice ;

Le ministère des Finances ;

Le Ministère de la planification et des affaires économiques ; La Commission nationale d'investissement ;

Le ministère du Travail ;

Le Conseil des Conseillers économiques de la Présidence du Libéria ;

La Banque centrale du Libéria.

Section 3.5. Pouvoirs du Comité. Le Comité technique des ressources minérales est habilité, sous la présidence du Ministre, à négocier et à conclure des accords [...]»

Les négociateurs gouvernementaux les plus performants sont ceux qui ont formé une équipe gouvernementale cohérente et coordonnée, avec un responsable de la liaison relevant directement du premier ministre ou du président. Les choses sont toujours facilitées si la personne qui dirige l'équipe est nommée directement par le président ou le premier ministre et se trouve dans une position lui permettant de recevoir des directives en cas de besoin.

LA SOCIÉTÉ MINIÈRE INTERNATIONALE : AUTOUR DE LA TABLE

La société minière internationale peut agir seule, avec une co-entreprise partenaire, ou en tant que partenaire de gestion d'un consortium d'entités commerciales. La sélection des individus que la Société minière internationale ou la co-entreprise déléguée choisissent pour la représenter peut dépendre de nombreux facteurs : la taille de l'entreprise, l'importance accordée à une négociation spécifique ou à une relation particulière avec le gouvernement, ou son approche générale des négociations au niveau mondial. La délégation de la Société minière internationale peut comprendre un directeur régional, un conseiller juridique interne et d'autres experts internes. Les petites entreprises peuvent être représentées par un directeur général ou un autre représentant de très haut niveau.

La Société minière internationale ou la co-entreprise sont généralement assistées par leurs propres conseillers juridiques, financiers (fiscal), économiques, géologiques, et par des conseillers techniques (ingénierie et / ou infrastructure) et de marketing internes. La Société minière internationale ou la co-entreprise peuvent également faire appel à des conseillers internes ou tiers apportant leur expertise lorsqu'il s'agit de confronter un certain nombre de questions, et tout particulièrement les aspects spécifiquement locaux de la négociation, comme par exemple, les peuples autochtones, la communauté, l'héritage culturel ou tout autre problème social susceptible d'être soulevé au cours des négociations. Dans certains cas, la Société minière internationale peut même insister pour que certaines questions pertinentes à la communauté soient couvertes par l'accord. Et si les groupes communautaires et les organisations de la société civile ne prennent généralement pas place à la table des négociations, cela ne signifie en aucune manière que leurs voix ne peuvent pas être entendues ; la Société minière internationale (tout comme le gouvernement) peut être ouverte à des discussions et des consultations préliminaires aux négociations ou lorsqu'elles celles-ci sont en cours.

Il peut être intéressant de noter ici que dans presque toutes les situations, à l'exception de quelques rares occurrences, la Société minière internationale et le gouvernement peuvent ne pas négocier sur la base d'informations similaires. Bien que la Société minière internationale puisse présenter un certain nombre d'études sur le potentiel géologique de la région, des plans techniques, des coûts de production, et d'autres informations qui sont essentielles à la détermination des positions de négociation, elle dispose en toute probabilité de meilleurs outils lui permettant de comprendre, d'analyser, et de cadrer ces informations d'une manière bénéfique à cette société. Ce qui est parfaitement logique : L'extraction minière est leur domaine ! Il s'agit là de leur but principal ! Le défi pour les gouvernements est de s'aligner à ce niveau d'expertise

du mieux qu'ils peuvent. Un certain nombre de stratégies pour y parvenir sont incluses dans ce livre.

Finalement, le défi dans le cadre d'une négociation avec la Société minière internationale peut encore se compliquer s'il existe un accord de co-entreprise ou de consortium. Plus il se trouve d'intérêts autour de la table, plus il se trouve généralement de problèmes à confronter. Les co-entreprises et les consortiums sont souvent nécessaires pour les projets de grande envergure et l'exploitation minière industrielle. De tels arrangements diversifient les risques pour la société faisant office de responsable principal du projet, peuvent libérer un financement par capitaux propres plus subséquent, fournir des compétences et des technologies spécialisées (par exemple, dans le développement des infrastructures), et même aider à sécuriser une partie de l'approvisionnement en minerais.

Mais le fait de trouver autour de la table plusieurs entreprises prêtes à investir dans le projet n'est pas encore suffisant. Entrent en scène : les prêteurs, ceux qui ont l'argent.

LES PRÊTEURS : NE SE TROUVENT PAS AUTOUR DE LA TABLE (MAIS L'INFLUENCENT DE PRÈS)

Les projets miniers coûtent beaucoup d'argent. Énormément d'argent. Plutôt que d'injecter leur propre argent, en supposant qu'elle dispose de la totalité des capitaux nécessaires, la Société minière internationale ou la co-entreprise s'adresse en toute probabilité à des prêteurs commerciaux pour le financement de la dette. Pour certains projets miniers, la dette peut financer jusqu'à 70 % du coût total du développement du projet minier, le prêteur tiers ayant plus d'argent immobilisé dans le projet à certains moments du cycle de vie de la mine que la Société minière internationale ou la co-entreprise.

Pour cette raison, le prêteur exige souvent d'être informé en conséquence du déroulement de négociations qui touchent en fait ce qui restera son argent pendant une période de temps significative. Il peut vouloir être informé des progrès accomplis ou des problèmes rencontrés à la table de négociation. Il a très certainement posé ses propres conditions et attentes envers la Société minière internationale et pour ce qui touche le financement ou les accords de participation élaborés avec celle-ci, comme les défauts / violations et autres dispositions qui devront être harmonisées avec les termes du contrat d'exploitation minière ou vice-versa.

Qui sont ces prêteurs qui travaillent dans l'ombre? Ce peut être des banques commerciales privées comme HSBC, Barclays, RBS, Deutsche Bank, le Crédit Suisse, ou

des institutions multilatérales de financement, telles que l'IFC (International Finance Corporation), un membre du Groupe de la Banque mondiale.

Ces acteurs, même s'ils ne se trouvent pas officiellement autour de la table, jouent un rôle important dans la teneur globale des contrats miniers. Par exemple, la plupart des institutions commerciales et les plus importantes des institutions de financement privées adoptent actuellement les Principes de l'Équateur. La participation de la Société minière internationale implique donc le respect de ses Normes de performance sociale et environnementale (un sujet développé dans la section « Questions environnementales et sociales » du présent ouvrage). Ces normes ont été presque universellement adoptées comme pratique courante dans ces domaines, et les contrats peuvent rendre ces normes juridiquement contraignantes. Et l'absence de l'un des acteurs autour de la table ne signifie pas qu'il ne peut pas faire subir une influence très importante.

QUI NE SE TROUVE GÉNÉRALEMENT PAS AUTOUR DE LA TABLE DE NÉGOCIATION ? (RÉPONSE : PRESQUE TOUT LE MONDE)

En clair, personne d'autre n'est présent à la table de négociation. Certaines circonstances exceptionnelles peuvent néanmoins justifier la participation d'autres groupes.

Les représentants des groupes communautaires peuvent être invités à participer lorsque les négociations portent sur la protection de l'environnement, le développement communautaire, le partage des bénéfices ou la gestion de l'impact social.

Le gouvernement souhaite parfois inclure dans son équipe des représentants des ministères responsables des questions culturelles et des questions affectant les populations locales ou les intérêts des gouvernements sous-nationaux. Cela suppose qu'il y ait une entité gouvernementale de quelque nature, responsable de la supervision ou de la coordination des peuples autochtones, un gouvernement sous-national ou des intérêts communautaires locaux en général.

L'implication la plus probable de la société civile prend la forme d'un processus de consultation de quelque sorte, qui n'est certainement pas similaire à une présence autour de la table. Les accords de développement communautaire et d'autres processus communautaires font l'objet de discussions plus détaillées dans les parties suivantes.

SE RENDRE À LA TABLE

Maintenant que l'équipe de négociateurs est autour de la table et que tout le monde sait – ou croit savoir – qui représente quels groupes d'intérêts et quelles entités, et qui

a le pouvoir d'en imposer à qui, les négociations peuvent enfin commencer. Le moment de vérité est arrivé : les parties se réunissent et s'engagent dans ce qui est l'équivalent intellectuel d'un combat au corps-à-corps. Il y aura des paroles dures. Des stratégies et des stratagèmes seront utilisés, ainsi que le bluff, et même des mensonges flagrants. Qui va craquer en premier? Qui va céder sur les points cruciaux? Qui en sortira vainqueur? Quel est le négociateur qui va remporter ce test de l'esprit et de la volonté?

Nous avons des nouvelles décevantes. Il nous faut bien dire à ceux qui s'imaginaient des hommes en costume-cravate engagés dans un combat à la mort au sein d'une salle de conférence feutrée à New York ou Hong Kong que, dans 99 % des cas, cela ne se passe pas tout à fait comme cela.



Négociations vues de l'extérieur



Négociations vues de l'intérieur

Les négociations consistent souvent à annoter un document écrit avec suivi de modifications et à l'envoyer à l'autre partie par courriel. Le plus souvent, il s'agit d'une personne se trouvant à son ordinateur – avec éventuellement des dossiers contenant des lois et des contrats, et probablement plusieurs tasses de café – lisant et écrivant pendant des heures entières. La proportion entre les heures passées autour de la table en face à face avec les autres parties et celles passées à échanger des ébauches de documents est difficile à estimer avec précision; mais vous pouvez être certain que, dans presque toutes les négociations, beaucoup plus d'heures sont passées à l'écart de la table qu'autour de celle-ci.

La Société minière internationale peut commencer les négociations avec son ou ses accords standards, et le gouvernement peut commencer avec son propre accord standard ou un accord déjà en vigueur choisi qu'il a sélectionné comme représentant sa position et sa pratique actuelles. Un contrat standard est un contrat dans lequel la structure générale d'un accord est explicitée, mais dans lequel un certain nombre de domaines sont laissés ouverts à la négociation, comme par exemple les conditions financières, les programmes de travail d'exploration et les avantages communautaires. D'autres questions peuvent également être sujettes à négociation.

Qu'est-ce que cela apporte, pouvez-vous vous demander. Tout d'abord, cela permet de gagner beaucoup de temps. Commencer à zéro sur une feuille vierge serait extrêmement inefficace. Et puis, l'échange de modèles préférés ou d'exemples rédigés révèle souvent les attentes des parties : une partie partage rarement un modèle ou un contrat qui ne comprend pas ses provisions favorites. (Et si une partie fait parvenir un modèle qui va à l'encontre de ses intérêts, cela représenterait sans doute un exemple évident de mauvaise stratégie de négociation, s'il en est une).

Cet échange de modèles ou des contrats rédigés préférés permet aux différentes parties d'évaluer les positions d'ouverture que chacune d'entre elles met sur la table. Ces attentes perçues ne doivent pas être ignorées, dans la mesure où elles referont surface à un moment ou à un autre dans le cours des négociations, sous la forme de demandes expresses ou de questions implicites. Cela ne résout pas la question de savoir quel modèle ou contrat rédigé servira de base aux négociations, mais cela permet toutefois d'ouvrir une fenêtre donnant un aperçu de la déclaration d'intentions de chacune des parties.

Une fois que les parties ont déterminé sur quel accord ou accords elles sont disposées à négocier, les choses sérieuses commencent. Et il est temps pour nous de nous plonger au cœur même de cet ouvrage, le texte des contrats miniers.

EXPLOITATION MINIÈRE

INTRODUCTION À L'EXPLOITATION MINIÈRE

RÉGIMES JURIDIQUES

RECONNAISSANCE ET EXPLORATION

FAISABILITÉ

PRODUCTION

FERMETURE

INTRODUCTION À L'EXPLOITATION MINIÈRE

Certaines des grandes mines de l'histoire sont restées fonctionnelles pendant des centaines d'années. « Stora Kopparberg » (ou la « grande montagne de cuivre ») en Suède a été exploitée du x^e siècle au début des années 1990. Et bien que ceci soit un exemple extrême, la localisation de ressources, la construction d'une mine et sa fermeture de manière responsable constituent généralement un processus de long terme. La reconnaissance et l'exploration peuvent impliquer des décennies d'activité de plus en plus ciblée, de la part des gouvernements et d'entreprises privées, engagés dans un effort ayant pour but de localiser des ressources et d'identifier celles qui peuvent être développées sur le plan économique. Une fois que ce seuil est franchi, de nombreuses années d'études de faisabilité et d'évaluation de projet sont nécessaires, ainsi que des consultations d'une portée globale avec les agences gouvernementales, les communautés locales, les institutions financières et d'autres parties essentielles, avant qu'une entreprise ne soit capable de progresser vers le développement de la mine et, finalement, à son exploitation éventuelle.

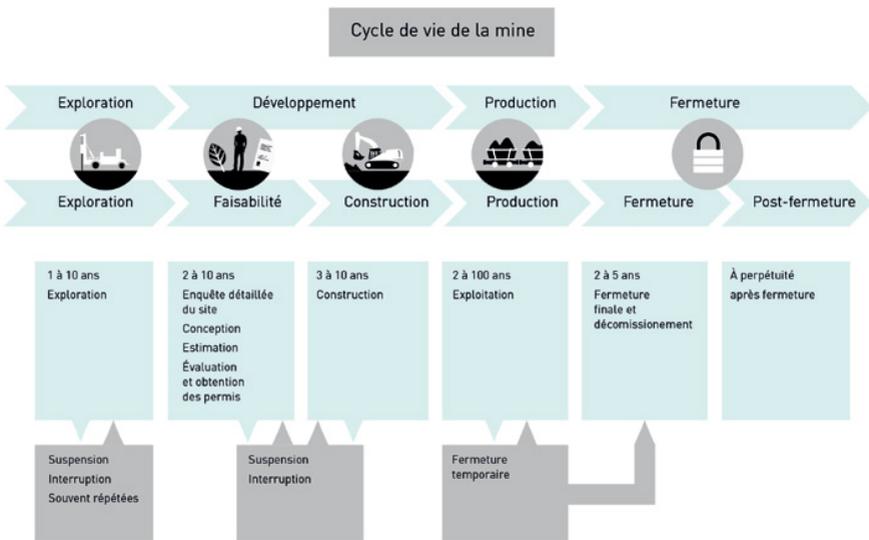
À ce stade, la production peut s'étendre de quelques années à quelques centaines d'années.

Si vous avez de la chance. La plupart des activités d'exploration ne révèlent pas de découverte prometteuse, et de nombreuses découvertes prometteuses ne sont jamais poursuivies jusqu'à la phase d'exploitation.

Ce chapitre examine de plus près chacune des étapes du cycle de vie des exploitations minières, de la reconnaissance de haut niveau jusqu'à la fermeture, en détaillant certaines des considérations clés au cours de chaque étape. Certains des sujets abordés couvrent des questions techniques ou d'ingénierie, donnant un aperçu de

l'« empreinte » et des activités d'une exploitation minière se trouvant dans une phase donnée. 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 et y figurent.

Et, ce ne sera une surprise pour personne, l'argent est important. Très important. Comprendre non seulement le coût de chaque phase, mais aussi d'où cet argent a plutôt tendance à venir, sera donc également débattu dans les sections qui suivent.



D'après Borealis et le CIMM

RÉGIMES JURIDIQUES

PROPRIÉTÉ DU SOL, DES TERRAINS MINIERES ET DES MINÉRAUX

Les minéraux contenus dans le sol peuvent être la propriété de l'État ou appartenir à un propriétaire privé. Par exemple, aux États-Unis, les droits sur le sous-sol des terrains privés appartiennent aux propriétaires ; les droits du sous-sol des terrains nationaux ou fédéraux et de ceux se trouvant off-shore sont détenus par les gouvernements fédéraux et nationaux. Dans la plupart des pays, l'État, et de par la même le peuple, 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. Ce droit est souvent établi dans la Constitution et répété, sous une forme de plus en plus spécifique, dans la Loi sur les mines et le contrat lui-même. Par exemple, l'Article premier de la Constitution de l'Équateur déclare :

« Les ressources naturelles non renouvelables du territoire de l'État font partie de ses actifs inaliénables et absolus. »

Cette déclaration générale de droits fonciers est encore plus spécifiquement détaillée dans une Loi sur les ressources minérales. La Loi sur les ressources minérales de l'Équateur stipule :

« Art. 16 : De la propriété des mines et des gisements par l'État. Les ressources naturelles non renouvelables et, en général, les produits du sous-sol, les minéraux et substances dont la nature diffère de celle du terrain lui-même, y compris ceux qui se trouvent dans les domaines couverts par les eaux territoriales océaniques, sont la propriété inaliénable de l'État et ne sont pas sujettes à prescriptions ou saisies. La propriété de l'État sur le sous-sol s'exerce indépendamment des droits de propriété du terrain de surface recouvrant les mines et les gisements ».

Le contrat Liberia China Union montre comment cette déclaration constitutionnelle générale passe de la loi au contrat, confirmant, dès le début de l'accord, la propriété des ressources minérales par l'état :

«A. Tout minerai, qu'il se trouve sur la surface du sol, ou dans le sol ou dans le sous-sol, les rivières, les cours d'eau, les eaux territoriales ou le plateau continental du Libéria est la propriété et la richesse nationales du Libéria, et tous les droits relatifs à l'exploration et l'exploitation des ressources minérales appartiennent exclusivement à l'état du Libéria».

Les droits fonciers et les droits pertinents aux ressources minérales sont deux choses complètement différentes.

Dans la plupart des juridictions, lorsqu'une entreprise a obtenu les droits sur les minéraux nécessaires à ses activités minières, elle doit encore parvenir à un accord avec les propriétaires du terrain se trouvant au-dessus du dépôt ou disposer du droit d'utiliser ledit terrain. Ces propriétaires peuvent être l'État, un propriétaire foncier privé, des communautés qui détiennent les droits d'utilisation, ou une combinaison de tout ou partie de ces diverses entités.

Les propriétaires privés ou communaux peuvent négocier ces accords directement avec l'entreprise minière. Dans bien des juridictions, si ces parties ne peuvent négocier une solution sans une intervention de l'État, ce dernier intervient et négocie en leur nom ou, dans les circonstances les plus extrêmes, peut en arriver à s'approprier le terrain. Ces questions de droits fonciers peuvent être extrêmement controversées, et sont également traitées dans le chapitre «Questions environnementales et sociales», mais pourraient facilement couvrir un tout autre livre.

L'État peut entreprendre de développer et d'exploiter les ressources minérales dont il est le propriétaire avec ses propres ressources et le fait dans certains cas. Le plus souvent, l'État octroie à des détenteurs de licences ou de contrats le droit d'explorer et d'exploiter les ressources minérales.

RÉGIMES DE CONTRATS 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 régies par le droit civil – mais ils servent tous 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. (Voir le chapitre « Lois et contrats » pour plus d'informations sur le cadre juridique en général).

Quelques-unes des caractéristiques communes des régimes de contrats et de licences sont décrites ci-dessous.

RÉGIME CONTRACTUEL

Dans un régime contractuel pur, le document principal régissant l'investissement est le contrat. 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'État et de l'entreprise.

Dans un régime contractuel, la loi sur les ressources minérales ne couvre généralement pas tout ce qui est compris dans une telle loi dans le cadre d'un régime de licences. Il s'agit souvent d'un document relativement long, définissant les droits et obligations de l'entreprise de manière spécifique. Ce document couvre les obligations de l'investisseur dans les différents stades du développement, son droit d'extraction des minéraux et la nature des minéraux couverts, ainsi que ses droits et ses obligations en matière d'infrastructures. Il peut également protéger les investisseurs d'une saisie illégale de leurs biens, et prévoit typiquement des procédures de règlement des différends spécifiques. Dans de nombreux cas, les contrats font référence au droit commun et l'intègrent, mais ils peuvent également prévoir des déviations par rapport à celui-ci. Par exemple, dans la section pertinente aux impôts, le contrat peut modifier certaines des règles touchant à l'impôt sur le revenu ou stipuler des barèmes différents. Dans les pays sous le régime du droit civil, les « conventions » ou les contrats remplissent les parties qui ne sont pas couvertes par la loi ou les détails pertinents aux droits de l'investisseur ; les conventions ne peuvent cependant pas exempter les investisseurs des obligations autrement prévues par la Loi. Les contrats peuvent être négociés individuellement, mais ils se trouvent également dans un format standard, le formulaire applicable étant mis à jour de temps à autre. L'Indonésie, par exemple, est passée par sept générations de modèles de contrats de travail avant de les remplacer en 2009 par son système actuel d'octroi de licences régi par la loi.

RÉGIME DE LICENCES

D'un autre côté, 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 assujetties à la législation généralement en vigueur en matière d'impôts, de redevances, d'exigences environnementales et ainsi de suite. Les licences des entreprises contiennent à cet égard des obligations identiques.

Dans les chapitres et dans les sections qui suivent, nous allons discuter des différents droits et obligations des états, des communautés et des investisseurs, que ceux-ci soient établis dans les contrats, les lois, ou les licences.

RECONNAISSANCE ET EXPLORATION

Tout commence ici. Le sous-sol de ce qui n'est en apparence qu'une prairie, du sable stérile ou un plan d'eau peut renfermer des minéraux précieux.

Mais il existe une chance sur cent de pouvoir localiser ces minéraux. Ou même moins, c'est en tout cas l'opinion du Conseil mondial de l'or pertinente à ce minerai dans un rapport publié fin 2013 : « *Les estimations varient énormément, mais même les plus optimistes estiment que la proportion de prospections aboutissant à une mine viable se situe plutôt en dessous de la barre des 1 %* ».

Il est donc important de disposer d'un processus de prospection adéquat.

Cette prospection débute généralement de nos jours avec des observations aériennes et une cartographie. Bien que la plupart des minéraux se trouvent sous la surface du sol, un certain nombre d'analyses géologiques peut être conduit par le biais d'un enregistrement extrêmement sensible des champs gravitationnels et magnétiques.

Vient ensuite l'analyse sismique – l'analyse des structures rocheuses par ondes sonores – et l'échantillonnage, qui consiste en un prélèvement de roches et en une analyse de leur composition chimique et leur densité. Dans le cas des sites de « zone verte », ce qui indique des sites qui n'ont jamais été exploités – ceci est un travail qui se pratique sur le terrain. Des échantillons sismiques et géologiques archivés par le gouvernement dans le cadre de projets antérieurs peuvent éventuellement être disponibles dans le cas des mines désaffectées, qui ont été exploitées auparavant.

À ce stade, et si la recherche semble favorable, la société pose une demande de permis d'exploration. Ce permis autorise l'entreprise à se mettre à la recherche de ressources minérales, mais non de les extraire, et sa validité est limitée à une durée déterminée, disons deux ou trois ans, et il comporte souvent avec une clause de renouvellement. La

société devra également soumettre des programmes de travail détaillant les travaux et le budget qui leur sera alloué pour chacune des phases. Dans l'optique de l'entreprise minière, une licence d'exploration octroie généralement à cette entreprise des droits exclusifs sur la zone stipulée par cette licence. Certains pays imposent des dépenses d'exploration et / ou des obligations d'investissement minimales. Les codes miniers, quand il en existe dans le pays concerné, stipulent souvent ces conditions, qui comprennent un certain nombre d'obligations en matière de présentation de rapports de la part de l'entreprise.

Un contrat réaffirme généralement le droit d'exploration et son ou ses prolongations. Par exemple, le contrat d'exploitation minière Libéria-Putu Appraisal and Exploration (2005) stipule :

«3.1 Octroi de droits d'exploration : Dans les conditions ci-stipulées, le Gouvernement octroie par la présente à l'Exploitant, pour la période de temps ci-après énoncée et à compter de la date d'entrée en vigueur, avec une prolongation éventuelle si et comme accordée par le Gouvernement et à la seule discrétion de ce dernier (ci-après nommée la «période d'exploration»), le droit exclusif d'exploration de dépôts de minerai de fer et d'évaluation desdits dépôts de minerai de fer existants dans la zone d'exploration».

De même, les dépenses minimales seront souvent spécifiées dans le contrat. Ce qui suit est également extrait du contrat d'exploitation minière Liberia Putu Appraisal and Exploration (2005) :

«3.4 Dépenses minimales : [...] (b) Au cours de la période d'exploration, l'exploitant se doit de ne pas dépenser moins d'un dollar américain (1,00 USD) par acre au cours de chaque année civile pour les frais d'exploration [...] «Si le droit d'exploration est octroyé, l'entreprise procédera alors avec des tranchées et des forages sur site.

Dans certains pays, le gouvernement exige de l'entreprise, même au stade de l'exploration, de consacrer une partie de son budget d'exploration à des projets de développement communautaire négociés par cette entreprise, les communautés locales et les responsables locaux, régionaux et, le cas échéant, nationaux. De plus, l'entreprise devra présenter des rapports pertinents aux progrès des travaux et aux fonds investis.

Lorsque les résultats des analyses sur les tranchées et des forages ont été obtenus, et s'ils s'avèrent prometteurs, la société poursuit avec des forages supplémentaires et sur une plus grande échelle. À ce stade, elle commence à analyser des échantillons de vrac pour estimer la taille et la qualité des minéraux et commencer la préparation d'une

étude de faisabilité. Une entreprise travaillant sur un projet d'envergure peut déjà avoir dépensé plusieurs millions de dollars à ce stade, mais ceci est cependant encore considéré être une étape préliminaire et aucune décision commerciale n'a été prise.

Le moment critique survient lorsque le permis d'exploration arrive à expiration. L'entreprise se doit alors d'investir ou de retourner le site au gouvernement. Une entreprise ne renonce pas à ses droits exclusifs sur une zone à la légère. Ceci est un moment stratégique de la durée de vie du contrat. L'entreprise doit maintenant décider quelles sont les zones qu'elle entend conserver et celles auxquelles elle renoncera.

Lorsqu'une quantité suffisante de données géologiques a été recueillie, une évaluation prend place : ces minéraux peuvent-ils être extraits d'une manière qui soit profitable ? Le rapport potentiel est-il suffisamment élevé pour justifier l'investissement de ressources supplémentaires ? Si cela n'est pas le cas, les travaux seront interrompus. Mais si l'évaluation est positive, ce qui était jusqu'ici un « gîte minéral » devient officiellement, un « corps de minerai ». Un corps de minerai est un gîte minéral qui présente une valeur économique et est potentiellement rentable. Le passage à l'appellation corps de minerai a une signification toute particulière pour la direction de l'entreprise et ses actionnaires.

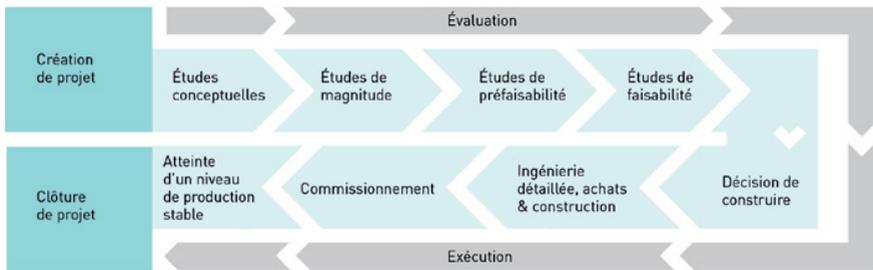
À ce stade, le département responsable du développement de projets prend le relais. Si le dépôt a été découvert par une entreprise dite « junior », elle peut décider d'essayer de le vendre à une entreprise plus importante. Dans la plupart des cas, une telle vente ou un tel transfert sont autorisés, bien que dans certaines juridictions, ils peuvent être soumis à l'approbation du gouvernement. L'interdiction complète du transfert ou de la vente d'une licence peut avoir un effet dissuasif en termes d'exploration et d'exploitation (Cette question du transfert est de nouveau abordée dans le chapitre, « Planifier en tenant compte des problèmes »).

Comme nous l'avons vu, très peu de découvertes finissent par devenir des mines rentables, parce qu'il ne suffit pas tout simplement de trouver du matériau. D'une manière générale, et au point de vue géologique, ce matériau est partout présent. Prenons le minerai de fer. En 2012, environ deux milliards de tonnes de minerai de fer ont été extraites. Cela semble beaucoup. Et, de fait, c'est une quantité énorme. Cette quantité de minerai de fer est équivalente à la moitié du volume de l'Everest. Mais, le fer est le quatrième parmi les éléments les plus abondants dans la croûte terrestre, ce qui représente environ 5 % d'une formation rocheuse qui a rarement moins de 5 km de profondeur (dans les océans) mais atteint souvent des profondeurs allant jusqu'à 50 km. Et ceci représente des volumes d'une taille atteignant des millions et des millions de fois

le volume de l'Everest. Qu'est-ce qui détermine laquelle des fractions minuscules de ce fer sera extraite? Coûts et praticabilité. De cette masse immense de fer, une toute petite fraction est commercialement exploitable.

L'exploration minière est un coup de dés. Jusqu'à ce que les dés soient jetés et que vous avez mis votre argent sur la table, vous n'avez aucune idée de ce qui va arriver ou de ce que vous trouverez, et vous ignorez totalement si vous allez être gagnant ou perdant. Les incertitudes et les coûts associés à l'exploration des minéraux représentent une partie majeure du défi à relever pour les gouvernements d'accueil quand il s'agit de promouvoir le financement du développement des ressources minérales de leur pays.

Le schéma ci-dessous illustre le processus d'obtention d'une mine, qui est décrit plus en détail dans le chapitre suivant.



FAISABILITÉ

Dans un monde hypothétique, qui pourrait être votre propre arrière-cour, votre détecteur de métaux suggère que vous avez fait la découverte d'un gisement d'or conséquent. Vous êtes extatique. Tout ce qu'il vous reste à faire est d'extraire cet or de la terre, de le porter en toute vitesse à l'acheteur local (et il s'en trouve de nombreux de nos jours), de ramasser l'argent et de courir à la banque.

Il est temps d'extraire cet or du sol. Vous avez passé toute la matinée à creuser et à transpirer. Vous avez maintenant un trou d'une hauteur de deux mètres, et toujours pas d'or en vue ; le sol est maintenant trop dur pour être creusé avec une pelle. Il est possible que vous creusiez votre propre tombe, mais vous n'êtes pas prêt à abandonner. Vous vous rendez au magasin de matériel du coin et vous louez un marteau-piqueur. Et au travail ! Vous tremblez, vous sautez, vous vous faites secouer. Parfait. Et vous libérez un tas de roches. Oups ! Il va bien falloir trouver un moyen de les sortir du trou. Vous retournez donc à la quincaillerie et vous louez un treuil et des seaux. Reste à trouver quelqu'un pour opérer le treuil ! Il y a bien Joe... qui accepte de vous aider si vous lui donnez une part des profits. Retour à la fosse. De plus en plus profond ; le tas de déchets ne fait que grandir. Et voilà que Joe vous dit qu'il n'y a plus de place pour rien mettre. Vous sortez de la fosse et filez à l'entrepôt de location de matériel pour louer un camion et une chargeuse frontale. Cela commence à coûter cher. Vous prenez le temps de vous débarrasser des déchets et de les porter à la décharge. Et par-dessus le marché, la ville veut que vous payiez pour vous débarrasser de cette horreur. Vous retournez à la fosse pour continuer votre forage et à en enlever les déchets. Vous en êtes maintenant à 5 mètres et le signal du détecteur de métaux devient plus fort. Un demi-mètre de plus et le voilà qui s'affole. Voici votre gisement : un vieux bracelet en or. Ou qui, en tout cas, semble bien être en or. Vous voilà parti chez l'acheteur. C'est bien de l'or, et du 18 carats ! Qu'est-ce qu'il dit ? Pas plus de 400 dollars ?

Et une fois que vous enlevez la part de Joe, que vous avez retourné tout le matériel de location et avez payé tout le monde, il vous reste un trou de 400 dollars. Ce qui n'est pas du tout ce que vous aviez envisagé – la pelle s'est révélée être inadéquate ; il vous a fallu une perceuse pour briser la roche dure, installer un treuil électrique pour vider le trou des déchets et transporter ceux-ci à la décharge. Rien de tout cela n'était prévu et tout a coûté de l'argent. Finalement, il vous a bien fallu payer Joe et l'acheteur d'or a également pris son propre bénéfice. L'effort n'en valait pas la peine.

Vous auriez peut-être dû faire une pause lorsque vous en êtes arrivé à 2 mètres pour déterminer tous ces outils et cet équipement supplémentaires dont vous pourriez avoir besoin, et ce qu'il allait vous en coûter pour continuer à creuser. Vous auriez alors pu vérifier votre compte en banque et décider de la somme que vous étiez disposé à risquer ou que vous pouviez vous permettre de risquer. Mais avant d'atteindre « l'or », il ne vous aurait pas été possible de savoir combien il y en avait ni si cette quantité justifierait votre argent et vos efforts.

Retour à la réalité

L'ÉTUDE DE FAISABILITÉ

De nombreuses inconnues doivent être examinées pour parvenir à une conclusion réfléchie quant à la justification économique du développement d'une mine. Une exploitation minière rentable et responsable pose de nos jours de nombreux défis. En dehors des questions sur la qualité et la quantité du minerai, sur la manière dont il peut être extrait et sur la tendance du marché, il s'agit encore de considérer les coûts, l'infrastructure, et les risques sociaux, environnementaux et politiques. L'évaluation de ces questions et la compréhension des risques et des opportunités sont au cœur du processus d'étude de faisabilité.

Une étude de faisabilité, qui peut être préliminaire ou complète, doit prendre en compte un large éventail de facteurs et de conditions. Si l'on ne considère qu'un seul des domaines techniques essentiels, la géologie, certaines des questions qui devront recevoir une réponse sont, sans toutefois y être limitées, les suivantes : quelle est l'apparence du dépôt ? Quelle est la composition chimique de la zone renfermant le minerai ? Quelle est la composition chimique de la zone de minerai ? Quelles sont les caractéristiques du matériau formant les déchets ? Quelle est la quantité de matériau qui peut être classifiée comme réserve ? Quelles sont les options minières possibles ? Quelle quantité de minerai peut être récupérée de la mine (étant donné qu'une certaine

quantité sera inutilisée) ? Existe-t-il des risques sismiques ? Quelle est la résistance de la roche ? Quel est l'impact de tout cela pour la conception des gradins de mine, des ouvertures souterraines, des décharges, des remblais de lixiviation et des barrages de stériles ? Où la nappe phréatique se situe-t-elle ? Dans quelle direction les eaux souterraines circulent-elles ? D'où viennent-elles ? Et où les aquifères sont-ils placés ?

La conception de la mine, les exigences de traitement et de modernisation et l'approche de marketing dépendent du type de minerai extrait et de la manière dont il s'est déposé sur ou dans le sol. Qu'il s'agisse d'une ressource minérale combustible comme le charbon ou l'uranium ; d'un minerai industriel comme le sel, le kaolin, la potasse, le dioxyde de titane ou le charbon métallurgique ; d'un métal de base comme le cuivre, le zinc, le plomb ou l'étain ; d'un métal ferreux comme le minerai de fer, le tungstène ou le manganèse ; d'un minerai précieux comme l'or, l'argent, le platine, les diamants ou les pierres précieuses : leurs caractéristiques sédimentaires déterminent la façon dont ils seront extraits, traités et commercialisés. Par exemple, l'or alluvionnaire peut être extrait à l'aide de placers ou de méthodes hydrauliques, tandis que l'or renfermé dans des veines de quartz peut avoir à être extrait mécaniquement du sous-sol, pour être ensuite broyé et traité par séparation gravitaire, amalgamation par le mercure ou par cyanuration pour séparer l'or lui-même.

Dans le cas de certains minerais polymétalliques, par exemple un minerai de nickel-cuivre-cobalt, le minerai devra être extrait et concentré, et ce concentré est ensuite fondu pour en récupérer tous les minéraux commercialisables. Et bien que le nickel puisse en être le produit principal, le cuivre et le cobalt peuvent représenter des coproduits ou des sous-produits apportant une valeur ajoutée, en fonction de la mesure dans laquelle ils contribuent à la source de revenus. Selon la valeur marchande du minerai, il peut être vendu comme tout-venant, concentré, ou sous forme de matte métallique ou de métal raffiné. Quel que soit le produit commercialisable, et en fonction de l'ampleur du traitement qu'il subit à la mine, ce produit peut devoir être stocké ou entreposé jusqu'au moment où un stock suffisant se soit accumulé pour satisfaire les engagements de vente de la Société minière internationale ou jusqu'à ce que les conditions de transport en permettent l'acheminement. Et ici encore, selon les caractéristiques du produit et la proximité de la mine du port ou du marché final, ce transport à destination du ou des acheteurs peut se faire par camion, par rail, par mer ou par air.

Une grande partie de la recherche du corps de minerai doit prendre place à distance par échantillonnage. Il n'existe cependant aucune garantie que la géologie, le minerai, les déchets, l'hydrogéologie, etc., aient été correctement caractérisées avant le

développement de la mine et la pénétration du corps de minerai. Et ceci ne se produira qu'après la décision de donner « le feu vert », après la construction de la mine, et une fois que le corps de minerai ait été ouvert ou exposé. Et tout ceci pourrait encore prendre une dizaine d'années.

C'est pourquoi le processus de l'étude de faisabilité est si important et souvent si long. Une fois le projet remis par les géologues à l'équipe (d'étude) de développement de projet, une étude plus approfondie et plus détaillée de tous les aspects techniques, juridiques, commerciaux, sociaux et environnementaux du projet commencera. Cette étude comprend généralement deux phases – une phase préliminaire (qui devient l'étude préliminaire de faisabilité), et une phase finale (qui aboutit sur l'étude de faisabilité finale). Chacune de ces phases comprend des points de décision donnant à l'entreprise des opportunités de revoir ce qui est connu et ce qui ne l'est pas, les risques critiques et ce qui doit être fait pour les mitiger, et de déterminer s'il se trouve des obstacles insurmontables. Lors de l'atteinte de chacun de ces points de décision, l'équipe de projet et la haute direction disposent de trois choix (1) décider de classer le projet, (2) décider de faire des études supplémentaires pertinentes à des éléments qui doivent être mieux compris ou (3) décider que les connaissances amassées sont suffisantes dans l'état actuel des choses et de passer à la phase suivante. Dans le cas de l'étude de pré-faisabilité, l'étape qui suit est la réalisation d'une étude de faisabilité finale beaucoup plus détaillée. Dans le cas de l'étude de faisabilité finale, la phase qui suit est la mise en œuvre du projet (ingénierie détaillée et construction finale).

Le Modèle de Convention d'Exploitation Minière (« MMDA » en anglais, développé par l'International Bar Association – IBA) établit les éléments majeurs d'une étude de faisabilité. Il stipule :

« 2.4.1... L'étude de faisabilité doit inclure [éléments dont les parties peuvent convenir, tels que les suivants] :

(a) Une estimation des réserves exploitables, conformément aux normes internationalement reconnues ;

(b) Une étude de marché couvrant l'intégralité des Minerais qui seront produits à l'intérieur du périmètre de la Concession ;

(c) Une évaluation des gisements connus à l'intérieur du Périmètre de la Concession, ainsi que des minerais pouvant être exploités dans les installations du Projet ;

(d) Une description des procédés technologiques qui seront utilisés à chaque étape du projet et les résultats de tous tests, réalisés en laboratoire ou d'une autre manière, utilisés

pour l'identification des techniques appropriées au traitement du ou des minerais concernés ;

(e) Un plan d'exploitation initial indiquant les taux de récupération prévus ;

(f) Une description générale des conditions préalables à l'obtention des permis et autorisations requis, incluant les coûts estimatifs de mise en œuvre du Plan de Gestion Environnementale ;

(g) Une description et des plans de la zone contenant les installations du Projet, y compris une liste des structures, machines et équipements principaux dont l'utilisation est prévue, et les détails techniques des matières premières et des services (en ce compris les besoins en énergie électrique et en eau) ;

(h) Un organigramme et le détail du besoin en personnels ;

(i) Le prévisionnel du commencement des travaux de construction et le calendrier des travaux ;

(j) Une description et des prévisions générales pour l'ensemble des infrastructures et installations annexes (telles que les installations de production d'énergie, de communication, de transport ainsi que les routes et les systèmes de traitement des eaux claires et recyclées), comprenant une liste des principaux éléments, structures et matières premières ainsi qu'une évaluation des possibilités de multi-utilisation de ces infrastructures avec d'autres utilisateurs dans des conditions permettant de favoriser le développement durable des communautés dans le Périmètre du Projet ;

(k) Les provisions de la société pour la fourniture de l'électricité nécessaire aux Opérations Minières, leur fiabilité et les coûts d'entretien et comprenant une évaluation des possibilités de partage de la production et des infrastructures électriques avec d'autres utilisateurs dans des conditions permettant de favoriser le développement durable des communautés dans le Périmètre du Projet ;

(l) Les prévisions de la Société concernant l'enlèvement des résidus des usines de traitement du minerai et des roches stériles et autres déchets provenant des Opérations Minières ;

(m) Une description des prévisions éventuelles en matière de recyclage des matériaux et résidus ;

(n) Une estimation à plus ou moins 15 % des coûts d'investissement et des coûts d'exploitation ;

(o) *Une évaluation économique et une analyse financière (Estimation du taux de rendement de l'investissement et des flux de trésorerie pour les différentes phases d'exploitation), incluant les investissements en capital probables dans le futur et des commentaires sur la viabilité financière de l'exploitation ;*

(p) *Dans la plus grande mesure du possible, des propositions détaillées relatives à l'enrichissement ou à tout autre traitement supplémentaire du Minerai que la Société offre de réaliser sur le territoire de l'État ; et*

(q) *Une estimation de la Date de Première Production Commerciale».*

C'est au cours de la phase finale de faisabilité que la conception préférée de la mine et que les options opérationnelles sont optimisées, que les études sociales et environnementales sont complétées et les plans de gestion de l'impact sont finalisés. Toutes les autorisations nécessaires sont requises, l'ensemble des accords avec les gouvernements et les communautés est négocié et finalisé. La niche commerciale est définie et les acheteurs ciblés, les équipements sont sélectionnés et leurs spécifications préparées en vue de faire l'objet d'un appel d'offre. Tous les besoins en infrastructures essentiels sont identifiés et les modalités de construction et d'exploitation sont négociées. Tout ceci pour assurer que des détails et des informations permettant de bonnes évaluations de coûts et de revenus soient maintenant disponibles. Ces évaluations devront inclure toutes les taxes qui seront dues au gouvernement, ainsi que tous les coûts en matière d'investissements communautaires, de plans de développement des entreprises locales, et de développement d'infrastructures supplémentaires. Tout autre projet et programme convenus avec le gouvernement ou les communautés locales en feront également partie. Alors, et alors seulement, le calcul déterminant si les bénéfices tirés de l'exploitation du gisement seront supérieurs aux coûts peut être fait, et une réponse peut être donnée à question qui est de savoir si les retours prévus aux investisseurs, au gouvernement et aux communautés sont suffisants pour justifier la construction et l'exploitation de la mine. Et même alors, les chiffres utilisés ne sont que les meilleures estimations possibles, qui se basent sur la technologie, le marketing, la fiscalité, et les autres décisions prises ou négociées.

Il y a quelques années, une étude fut entreprise pour essayer de comprendre pourquoi de si nombreuses mines en cours d'exploitation, qui avaient fait l'objet d'études complètes de faisabilité, étaient cependant confrontées à des problèmes opérationnels graves.

Sur les 18 projets examinés, quatre seulement ont été jugés comme étant des succès indiscutables. Cinq d'entre eux, bien que toujours en activité, présentaient un flux de trésorerie net négatif, et les neuf autres souffraient de problèmes graves reflétés dans un dépassement de coûts, des retards de construction, et une capacité de production réduite. Les problèmes portaient sur de questions de conception pertinente à l'eau, à la métallurgie, à l'équipement, au contrôle du sol et même de l'éloignement de la mine. Des conflits de travail et des prix et une productivité inférieurs aux prévisions venaient en sus de ces problèmes.

Avec le temps, les techniques d'estimation se sont améliorées et le niveau de diligence raisonnable et le soin avec lequel les études de faisabilité sont entreprises se sont accrus. L'escalade dramatique des coûts au cours de la dernière décennie a encore renforcé l'importance de l'étude de faisabilité. Il ne s'agit plus seulement d'investissements d'une valeur dans les millions de dollars. Les « Mégaprojets », un terme technique utilisé pour décrire un projet qui nécessite plus d'un milliard de dollars d'investissement, sont désormais chose courante dans le cadre de l'exploitation minière mondiale.

La liste des risques s'est également modifiée au cours de la dernière décennie. Ernst & Young, qui produit un rapport annuel sur l'exploitation minière, répertorie maintenant comme étant des menaces associées aux projets, des facteurs tels que les exigences en fonds propres et l'allocation du capital, le nationalisme des ressources, les exigences de responsabilité sociale, la pénurie des travailleurs qualifiés, la volatilité des prix et des devises et l'escalade des coûts. Une pression s'exerce de toutes parts sur un secteur confrontant une pénurie de liquidités et de compétences en vue de tirer une meilleure partie du gâteau. Les gouvernements veulent accroître leur part. Les communautés demandent des investissements plus conséquents, et le grand public accorde une attention toute particulière à la durabilité environnementale et sociale.

Lorsque tout a été étudié et fait, et que la décision de se lancer dans la construction est prise, l'étude de faisabilité fournit le plan optimisé de développement de la mine : celui-ci décrit l'emplacement des activités minières ; les différentes phases de construction de la mine, s'il y a lieu ; les zones qui seront exploitées en premier ; les besoins éventuels en lignes ferroviaires, en routes et en infrastructures d'alimentation en énergie. Il indique les choix préférentiels en matière de transport ; fournit les estimations les plus précises possibles en ce qui concerne les coûts et des délais de construction possibles sans plus de détails techniques ; estime les besoins de main-d'œuvre et d'emploi, définit les services des requies par les sites miniers, définit les dispositions relatives à la

protection de l'environnement, les questions communautaires et les mesures d'atténuation, et ainsi de suite.

Ceci est le document de référence sur lequel se base la finalisation de la conception technique de détail, les prévisions de coûts, le programme et les calendriers régissant les achats qui permettront de démarrer la construction et qui dirigeront la complétion.

Mais même si une étude de faisabilité complète semble bonne du point de vue de l'entreprise, la question est de savoir si le gouvernement est disposé à l'accepter.

LA PERSPECTIVE DU GOUVERNEMENT SUR LA FAISABILITÉ ET LE DÉVELOPPEMENT

De nombreux gouvernements exigent de l'entreprise qu'elle leur fournisse son étude de faisabilité et toutes les données qu'elle a utilisées. Et bien que l'entreprise conserve parfois la propriété de cette étude, il est des cas dans lesquels l'entreprise devra transférer celle-ci au gouvernement.

L'accord de développement des ressources minérales (Mineral Development Agreement) récemment négocié (août 2011) entre le Libéria et un consortium de sociétés opérant dans la région du Western Cluster illustre une exigence de divulgation de l'analyse de pré-faisabilité de la part de l'entreprise :

« 4.6 Étude de pré-faisabilité : [...] L'étude de pré-faisabilité pertinente au gisement de Bea Mountain sera complétée et une copie en sera remise au gouvernement au plus tard le jour du troisième anniversaire de la date d'entrée en vigueur, étant entendu que le rapport de pré-faisabilité sera fourni exclusivement à titre informatif sans être pour cela soumis à l'approbation du gouvernement ».

De même, l'article 2.4 du Modèle de Convention d'Exploitation Minière cité ci-dessus requiert de l'entreprise la divulgation de son étude de faisabilité au gouvernement préalablement au travail de construction.

La nécessité de fournir au gouvernement l'étude de faisabilité et l'examen de cette étude par celui-ci peut s'avérer être un fardeau important sur des organismes disposant d'un personnel et de ressources limités. Ces études peuvent couvrir des milliers de pages et sont appuyées par des études techniques basées sur des méthodes d'échantillonnage avec lesquels seuls les spécialistes peuvent être familiers. Le gouvernement se trouve parfois dans une situation où il ne peut que se fier au professionnalisme et aux compétences de l'entreprise.

Néanmoins, une possibilité d'accès à ces informations est cruciale. Un certain niveau de confiance doit également être atteint. Pour ce faire, outre qu'ils détaillent le contenu de l'étude de faisabilité, les contrats peuvent également imposer des exigences pertinentes à la sélection des personnes préparant cette analyse. L'article 2.4.1 du Modèle de Convention d'Exploitation Minière cité ci-dessus, par exemple, requiert que l'entreprise fasse préparer l'étude de faisabilité « (i) par un tiers indépendant ou (ii) par ses propres moyens, étant précisé que dans cette hypothèse, l'étude de faisabilité sera vérifiée par un expert indépendant, sur la base des principes économiques et techniques compatibles avec les bonnes pratiques de l'industrie ».

Une fois qu'un projet est approuvé et avance au stade de développement, le gouvernement en devient l'organisme de réglementation, pratiquant des contrôles pertinents à l'extraction minière, des contrôles de santé-sécurité, fiscaux et environnementaux, et s'assurant du respect des termes de la concession minière.

De nombreux organismes divers sont maintenant impliqués. L'Agence de protection de l'environnement révisé et approuve généralement les études de gestion environnementale et d'impact social, les plans de gestion de l'environnement, et le plan de remise en état ou de fermeture. Le Ministère du travail approuve les plans de formation, de recrutement et d'emploi. L'Agence de santé publique approuve les plans de conception des cliniques et des établissements de santé. Le Ministère des travaux publics supervise les routes et les communes ainsi que les systèmes d'approvisionnement en eau et les systèmes sanitaires. Et ainsi de suite. Si le pays dispose d'une unité ou d'un organisme de cadastre minier, il sera impliqué dans l'enregistrement des concessions et traitera les applications pour l'obtention des permis d'exploration, et, éventuellement, de la conversion de ces permis d'exploration en concession minière. Les concessions minières peuvent être autorisées et émises par le Ministère des Mines, signés par le ministre lui-même ou en son nom.

LES OBSTACLES LE LONG DE LA ROUTE

EST-IL TEMPS DE COMMENCER À CREUSER ?

Souvenez-vous de notre mine d'or dans l'arrière-cour dont nous avons parlé au début de ce chapitre, quand nous sommes épuisés en efforts pour extraire un or sur lequel, au bout du compte, nous avons perdu de l'argent. Même si nous avons trouvé un peu plus d'or, en quantité suffisante pour couvrir nos coûts, le profit éventuel ne justifiait ni le temps ni les efforts (sans même mentionner que notre cour n'est maintenant plus qu'un

trou disgracieux dans le sol). Dans tous les cas, cette mine n'est pas commerciale, que le gouvernement prélève ses impôts ou non. Cela pourrait certainement être le cas pour une découverte de minéraux, et toutes les études préliminaires représentent le moyen de par lequel les entreprises cherchent à minimiser le risque de se retrouver dans une situation similaire.

Et nous n'avons même pas encore considéré les impôts. La situation se complique encore quand ceux-ci sont ajoutés au mélange. Supposons que notre mine se soit avérée riche en or et que nous nous trouvions dans une situation où un joli bénéfice avant impôts est envisageable. Mais le gouvernement a adopté une loi qui lui donne le droit de s'approprier 90 % de nos bénéfices nets. Pour la vaste majorité des exploitants miniers, en arrière-cour ou autre, la mine n'est pas rentable, ou ne le sera en tout cas pas tant que le gouvernement procède à une telle saignée sur le profit.

En pratique, un exploitant minier peut s'adresser au gouvernement pour discuter d'une modification de cette loi qui transforme une mine potentiellement rentable en une entreprise impraticable.

Dans un système contractuel, une négociation pertinente à cette mine pourrait être possible. Et si l'imposition de 90 % s'avère déraisonnable, une révision à la baisse pourrait être envisageable, dans la mesure où le gouvernement et l'entreprise entendent tirer parti de l'établissement de cette mine.

L'étude de faisabilité sera certainement nécessaire. Des connaissances approfondies signifient en toute probabilité pour les deux parties une incertitude réduite et, de par là-même, une négociation plus rapide et plus efficace.

Peut-être. Il se peut que les études géologiques et l'analyse économique démontrent clairement un gisement de classe mondiale qui, dans de nombreux scénarios de prix et de coûts, semble être prometteur et rentable dans le cadre du système fiscal actuel de la loi ou du modèle de contrat.

Mais cela n'est peut-être pas le cas.

La négociation du contrat d'exploitation minière peut se transformer en un processus long et ardu dans lequel le gouvernement ne sait encore que relativement peu de choses sur les avoirs dont il dispose. Dans ce type de scénario, un gouvernement peut avoir l'impression de se faire chanter le refrain commun aux entreprises : la mine est économiquement viable, sous réserve de quelques modifications au modèle de contrat, un refrain qui n'est que trop familier aux négociateurs du gouvernement.

S'il existe une possibilité de négociation quant à une réduction du taux d'imposition ou des redevances, ou de tout autre paiement en faveur du gouvernement, toute entreprise qui se respecte sera disposée à l'exploiter. Si l'argument repose sur le fait que les dispositions proposées dans le modèle d'accord ne sont pas rentables, il ne serait pas déraisonnable pour une entreprise de négocier celles qui pourraient assurer la rentabilité de l'exploitation, même dans le pire des scénarios (bien qu'un exploitant minier tourné vers l'avenir puisse être peu disposé à signer un accord qui est « trop beau pour être vrai », dans la mesure où il se doit de prendre en considération un mécontentement du gouvernement et des conflits possibles en cours de route). L'entreprise va vouloir s'assurer que son équivalent de notre mine d'or d'arrière-cour restera rentable après considération des coûts associés à l'extraction de l'or, à son transport sur le marché et à la part qui revient au gouvernement.

Mais le gouvernement veut également s'assurer de certaines choses. Son travail n'est pas de se plier en quatre, mais de maximiser le bénéfice global du pays. Correction, le bénéfice NET global. Et ceci est un concept essentiel. L'extraction minière coûte de l'argent.

Et l'étude de faisabilité en est donc la clé.

Que peuvent faire les gouvernements? Que peuvent faire les entreprises pour tenter d'éviter de longues négociations, juste au moment où une exploitation semble possible?

DÉSACCORDS ET DÉLAIS

Même s'il n'existe pas de désaccord sur la rentabilité potentielle de l'exploitation dans le cadre du système d'imposition couramment en vigueur, le gouvernement et l'entreprise peuvent très bien ne pas s'entendre sur d'autres questions. Le gouvernement pourrait avoir une préférence à propos d'une voie ferroviaire ou routière spécifique; ou il peut être préoccupé par la (ou : à) relocation des collectivités; ou voudrait être en mesure d'utiliser la centrale fournissant l'énergie électrique à la mine pour l'alimentation des régions voisines. Il peut y avoir un certain nombre de préoccupations provenant d'organismes divers. Ceci peut faire partie des négociations officielles ou non; et le cas se présente indépendamment du système en place.

Il n'est pas rare de voir des délais dans lesquels le gouvernement se doit de répondre à ce qu'une entreprise soumet, faute de quoi cette soumission est considérée comme

étant approuvée. Le Modèle de Convention d'Exploitation Minière en fournit un exemple :

«2.4.5 Conformité à la loi ; modifications demandées par l'État aux documents. L'État devra veiller à ce que ses entités compétentes revoient les documents dans les délais raisonnables les plus brefs à compter de leur date de réception. Ces entités devront notifier à la Société tout manquement éventuellement constaté par rapport à la législation en vigueur ou aux termes de la présente Convention. La Société devra corriger ces manquements afin à la législation en vigueur ou aux termes de cette Convention ou devra soumettre le litige à une résolution selon les modalités prévues par la Section 32.2 des présentes. Si l'État n'émet aucun commentaire quant à un manquement éventuel à la législation en vigueur ou aux termes de cette convention dans un délai de cent quatre-vingts (180) jours à compter de la date de réception des documents, ceux-ci seront réputés conformes à cette Convention, étant toutefois précisé que les dispositions de la présente section ne dispensent pas la Société de son obligation de se conformer à la législation en vigueur.».

Des permis peuvent être nécessaires avant la construction et l'exploitation, dans le cadre des lois générales sur les entreprises, la santé, la sécurité, le travail ou autres, au niveau local ou national. Cela peut être adressé dans les termes du Modèle de Convention d'Exploitation Minière de l'IBA :

«2.5 Obligation d'obtention des autorisations : Dans l'hypothèse où la présente Convention ou la législation en vigueur exigeraient de la Société l'obtention d'une autorisation, d'un permis ou d'un agrément, la Société devra obtenir celle ou celui-ci auprès de l'autorité compétente de l'État (en ce compris les autorités locales décentralisées) préalablement à l'exercice de l'activité nécessitant l'obtention de l'autorisation, du permis ou de l'agrément concerné».

Un certain nombre d'événements externes peut également ralentir le processus. De nouvelles lois peuvent amener l'entreprise à faire une nouvelle évaluation de la viabilité de la mine. Des protestations au niveau de la communauté peuvent entraîner une opposition locale. Des changements drastiques dans les prix pourraient appeler une réévaluation. Des catastrophes naturelles peuvent se produire.

« CONSTRUCTION ! » OU « CONSTRUCTION ? »

Une entreprise peut très bien ne pas être pressée de se lancer dans une opération donnée, et tout particulièrement s'il s'agit d'une phase coûteuse, comme le sont l'exploration et la construction. Elle pourrait préférer appliquer son capital à un projet différent,

ou ne pas le toucher. Une entreprise peut avoir besoin de lever des fonds, ou tout simplement désirer attendre le bon moment, ce qui peut arriver lorsque que le prix d'une matière première est en phase de redressement ou avec une évolution du contexte politique. Une concession minière a de la valeur en tant que droit exclusif ou option de conduire les diverses activités minières dont nous avons discuté jusqu'ici. Ce droit exclusif est précieux en soi et de soi pour une entreprise, d'autant que les perspectives potentielles sont limitées et que la mise à l'écart de la concurrence d'une certaine zone est un avantage en soi. Une entreprise ne renoncera pas à ce droit à la légère. Et il arrive qu'un ralentissement de la vitesse du progrès puisse se révéler être une bonne stratégie.

Pour toutes ces raisons, les gouvernements peuvent inclure une obligation ferme de début de développement de la mine une fois que toutes les autres activités ont été complétées. Après tout ce temps, le gouvernement aura à cœur de commencer à recevoir sa part des revenus, à fournir des places de travail à ses citoyens, et, d'une manière plus générale, à récolter les avantages qu'il a déterminés être en position de recueillir.

Prenez l'article 2.6 pertinent à la construction du Modèle de Convention d'Exploitation Minière de l'IBA :

« (b) Dans les cent quatre-vingts (180) jours à compter de la date de réalisation du plus tardif de ces deux événements, à savoir (i) l'obtention par la Société de toutes les autorisations requises pour la construction du projet ou (ii) la remise des documents par la Société, celle-ci devra initier et poursuivre avec diligence la construction du projet jusqu'à sa réalisation complète, dans les conditions stipulées par l'étude de faisabilité, telle qu'éventuellement modifiée de manière résiduelle à la suite des études de conception ou autres conduites par la Société postérieurement à l'achèvement de l'étude de faisabilité ».

Même avec un langage de cette nature, lorsque les prix d'une matière première s'effondrent ou que la situation politique change, il sera difficile pour un gouvernement de convaincre une entreprise de garder son calme et de poursuivre la construction. Au bout du compte, 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.

Il existe néanmoins toujours de bonnes raisons justifiant l'inclusion de ce type de langage. Si le retard n'est pas provoqué par un effondrement des prix du marché considéré durable, qui provoquerait un refus d'exploitation du gisement de la part de pratiquement toute entreprise, mais est plutôt relié à un problème propre à l'entreprise, (par exemple, un manque de liquidités résultant d'une mauvaise gestion) le gouvernement

peut se trouver en mesure de résilier le contrat pour manquement à cette obligation. Cette dernière peut être assortie de sanctions financières spécifiques autres que la résiliation. Cela permet d'éviter une approche basée sur le « tout ou rien ». Une disposition contractuelle forte peut amener une entreprise à reconsidérer la décision de retarder les opérations dans le pays A plutôt que dans le pays B.

Un contrat pourrait également exiger la présentation d'un plan de construction au gouvernement :

« (a) [...] la Société devra soumettre à l'État un calendrier détaillé de l'exécution de l'ensemble des activités prévues durant la période de construction, sauf si ce calendrier a été inclus dans l'étude de faisabilité. L'État aura la faculté de commenter et de demander des précisions sur ce calendrier et sur tous changements ultérieurs qui pourraient y être apportés. ».

Cet extrait tiré de l'article 2.6 du Modèle de Convention d'Exploitation Minière de l'IBA traite de la construction qui n'est pas abordée dans l'étude de faisabilité, et illustre l'un des thèmes transversaux de ce chapitre : la société fournit un plan, un rapport ou une étude au gouvernement, et ce même gouvernement doit alors le revoir et l'approuver ou s'assurer qu'il est conforme à la législation en vigueur.

En fin de compte, la concession minière ou le code minier peuvent être perçus comme une série de plans proposés pour chacune des phases des opérations et par la société au gouvernement. Et ils représentent plus un cadre de négociation permanente et continue que le résultat d'une négociation.

PRODUCTION

Une fois que la mine, y compris les installations de traitement, a été construite, une fois que le site a été nettoyé, les routes d'accès mises en place, les installations de surface érigées (usine de traitement, usine de traitement des eaux et des déchets organiques, ateliers mécaniques, entrepôts, bureaux, logements, etc. mis en place), les lignes de transmission, les conduites d'eau, les pipelines à solides (résidus) et les stations de pompage installés, les décharges de déchets et de résidus et les dépôts provisoires apprêtés, les systèmes de drainage de surface et de contrôle de l'eau installés, une fois que le sol de recouvrement a commencé à être enlevé et que la première coupe de minerai est exposée, ou le que le puits d'exploration ou la descenderie ont été excavés et que les galeries de développement soient parvenues au corps de minerai, l'extraction du de ce dernier peut commencer. La première quantité de matière extraite sera d'un rendement inférieur au rendement de production cible / prévu, et son augmentation sera progressive jusqu'à atteindre la pleine capacité, au fur et à mesure que l'excavation progresse.

Durant cette phase d'augmentation, l'entreprise peut déjà disposer sur place d'un personnel technique, opérationnel, de maintenance, administratif de mine et de camp, depuis les géologues et les ingénieurs spécialisés dans les mines (planification, environnement, dynamitage, contrôle du sol, ventilation (dans le cas d'une mine souterraine), sécurité, questions civiles, traitement du minerai, mécanique), aux ouvriers qualifiés (électriciens, plombiers et techniciens hydrauliques, mécaniciens moteurs, poseur de pièces), en passant par des opérateurs d'équipements et d'usines et d'autres employés qualifiés, superviseurs, travailleurs non qualifiés divers, personnel de soutien (personnel médical, relations avec la communauté, ressources humaines, comptabilité, technologie de l'information, sécurité de la mine, entre autres), des gestionnaires et autres. Elle peut également encore avoir besoin de terminer sa dotation en effectifs. Beaucoup de travailleurs et de professionnels peuvent être logés sur site pour des raisons

logistiques et opérationnelles. La mine peut fonctionner 24/24h, quoique dans certains cas, elle puisse n'opérer qu'en deux équipes, la troisième étant réservée à l'entretien.

À un certain point, si tout se passe comme prévu, la mine atteindra et sera en mesure de maintenir la production mensuelle (journalière) prévue. Le matériau est introduit dans l'usine (usine de traitement des matières minérales) qui recouvre directement la plus grande partie du métal produit un concentré. La capacité de l'usine à atteindre sa production de métal ou de concentré prévue / planifiée dépend de la capacité de la mine à fournir un matériau qui réponde aux critères de quantité et de qualité de cette usine.

L'ensemble du personnel compétent est en place, ainsi que les équipements. Tous les systèmes sont pleinement fonctionnels. La production est en plein régime. La mine est finalement construite et la phase de production a démarré. Et il est plus que temps de prendre un siège, de se détendre et de contempler les 30 années de production à venir.

Comme on peut le deviner, tout ne sera probablement pas aussi simple que cela. La production peut être interrompue pour de nombreuses raisons, ce qui crée une myriade de problèmes associés.

L'usine de traitement peut s'avérer incapable d'atteindre le taux de récupération de métaux ou la qualité de concentré prévus et nécessiter des ajustements.

Les productivités d'extraction envisagées peuvent avoir été surestimées et le système d'extraction et l'approche peuvent avoir à être peaufinés, l'équipement changé ou les modèles de dynamitage modifiés, et ainsi de suite. Les digues de confinement des résidus peuvent souffrir de fuites, laissant échapper une eau contaminée.

Même avant que la pleine production ne soit atteinte, la mine parviendra au taux de production conforme aux critères stipulés dans le contrat en termes de production commerciale, qui peut être de 60 à 85 % de la production nominale de la mine à pleine capacité. Et en fonction de la configuration de la mine, la production commerciale sera liée soit à la production de la mine, soit à la production de l'usine de traitement.

Pourquoi un critère de production minimale est-il spécifié dans le contrat? Il sert à garantir que la société d'exploitation continue à produire du minerai, même à l'encontre de sa propre stratégie d'entreprise. Si une entreprise est propriétaire d'un certain nombre de mines de minerai de fer dans le monde, et si l'une d'entre elles ne fonctionne pas d'une manière satisfaisante, elle peut décider de mettre cette mine sous un régime de maintenance et de surveillance. Elle peut même agir ainsi si le prix mondial du minerai de fer est, dans l'ensemble, relativement bon. Du fait de la perte de revenus occasionnée par une diminution de la production, le pays ne souhaite pas voir sa

production minière s'affaiblir dans un marché qui, par ailleurs, est favorable à ce minerai. D'où la nécessité d'exigence de production minimale.

Dans les stades d'accélération et de maintien de la production, il sera dans l'intérêt de la société d'exploitation minière et des représentants gouvernementaux responsables de suivre le projet et de maintenir une communication régulière. Les inspecteurs du Corps des mines gouvernemental et du ministère de l'Environnement devraient effectuer des visites régulières sur le site. L'entretien des relations et de la communication entre la mine / l'entreprise et le gouvernement et entre la mine et les communautés environnantes sera essentiel tout au long de la période de production.

Si la mine fait partie d'une entreprise d'extraction et de traitement des minéraux horizontalement ou verticalement intégrée, elle peut n'être qu'un centre de coûts, ce qui a des implications sur la manière dont les aspects fiscaux et le barème d'imposition sont imposés (voir la section qui suit dans cet ouvrage). Cela a également des répercussions sur la façon dont la mine est exploitée et les exigences d'infrastructure associées sont satisfaites. Pendant la durée de vie de la mine, l'entreprise d'exploitation minière peut continuer à explorer les extensions proches du corps de minerai ou adjacentes à celui-ci, ce qui pourrait éventuellement prolonger la vie de la mine ou résulter, selon les conditions du marché, en une expansion des capacités de production. Dans les deux cas, des conséquences pertinentes à de nouvelles approbations ou à des amendements aux accords ou licences existantes peuvent également se présenter.

Dans les meilleures exploitations, l'exploitant minier commencera à remettre en état, les zones perturbées durant le cycle de vie de la mine sans attendre que celle-ci arrive en fin de vie et soit décommissionnée. C'est ce qu'on appelle une remise en état progressive. Ceci peut être géré par les opérations internes ou confié en sous-traitance à des entreprises locales ou nationales.

FERMETURE

En quelques lignes, la fermeture d'une mine est le processus de par lequel la société démantèle une partie de l'infrastructure et des équipements qui ont servi à l'exploitation minière et s'engage dans un processus de réhabilitation de l'environnement. Ceci est le processus qui détermine en fin de compte l'impact environnemental et une grande partie de l'impact social de la mine. Ces « quelques lignes » comprennent toutefois des processus extensifs et complexes nécessitant des investissements considérables et un contrôle rigoureux. La phase de fermeture, tout comme les autres, comporte des risques et peut devenir explosive si elle n'a pas été minutieusement planifiée.

Dans la plupart des cas, les entreprises négocient les lignes générales des obligations en matière de fermeture au moment de la négociation du contrat d'exploitation minière.

Les détails qui doivent être inclus dans un plan de fermeture seront stipulés dans le contrat d'exploitation minière ou dans la loi minière dans un régime de licence, ou partiellement dans l'un et dans l'autre. Puis, à mesure que la fermeture devient une question plus pressante, l'entreprise se devra de présenter un plan mis à jour qui devient périodiquement de plus en plus spécifique.

L'article 26 du Modèle de Convention d'Exploitation Minière de l'IBA fournit un bon exemple de certaines parties de ce processus :

« 26.1 Plans de remise en état et obligations afférentes à la fermeture :

(a) En application des dispositions de l'Article 2.4 (e) de la présente Convention, la Société préparera et remettra à l'État un plan de remise en état (le « plan de remise en état »). Le Plan de remise en état traitera de l'état probable du Périmètre de projet sur le plan environnemental, social et économique pendant les cinq années d'opérations minières et sera préparé en consultation avec les communautés résidant sur le Périmètre du Projet.

Le Plan de remise en état devra être cohérent avec tout Contrat de soutien au développement local et sera préparé sur la base des conseils fournis par la Boîte à Outils : Préparation pour la fermeture de mine intégrée» et les orientations s'y rapportant, publié par le conseil international des Mines et métaux. Le Plan de Remise en état sera mis à jour par le même procédé que pour sa préparation à l'occasion de chaque changement substantiel dans les opérations du Projet. Dans l'hypothèse où aucune mise à jour du Plan de Remise en état ne serait soumise lors d'une période consécutive de cinq (5) années, la société se devra de remettre un Plan de remise en état mis à jour au jour du sixième anniversaire de la dernière soumission d'une mise à jour.

(b) Après consultation des communautés des zones affectées par les Opérations minières, la Société transmettra à l'État une proposition finale de Plan de remise en état au plus tard douze mois avant la fin planifiée de la production commerciale. Après revue et commentaires par l'État (avec ou sans modification), la Société transmettra à l'État le Plan de Remise en état final avant la fin planifiée de la production commerciale. Le Plan de remise en état pourra être modifié par accord entre les parties pendant la mise en œuvre des activités de remise en état, à la demande de la Société ou de l'État, sous réserve de tout accord requis par la législation en vigueur.»

Les obligations de remise en état n'expirent pas lors de la présentation d'un plan de remise en état. L'entreprise doit continuer l'implémentation de ce plan. Voici ce à quoi ressemble cette obligation :

«(c) Après la cessation de la production commerciale, la Société continuera d'exécuter le suivi environnemental requis sur le périmètre du projet, tel que décrit dans le Plan de gestion environnementale et le Plan de remise en état final.»

Et en outre, l'entreprise doit tenir à jour le gouvernement des progrès de mise en œuvre :

«(d) Après la cessation de la production commerciale, la Société remettra à l'État, tous les 180 Jours (ou toute autre période alternative qui pourrait être convenue à tout moment entre les parties), un rapport détaillant les progrès réalisés dans la mise en œuvre du Plan de Remise en état final.

Enfin, le gouvernement devra inspecter la remise en état finale et certifier que la société a rempli les obligations en matière de remise en état qui sont les siennes :

«(e) À l'achèvement des opérations prévues par le Plan de remise en état final, l'État inspectera le périmètre de la concession et certifiera à la Société que les opérations de fermeture ont été menées conformément au Plan de remise en état final.»

Et si le gouvernement est préoccupé par le fait qu'il pourrait traiter avec une société qui ne s'acquittera pas de ses obligations ? Une entreprise qui ramasse les bénéfiques et disparaît en fin de production ? Que peut faire l'état pour se protéger ?

La solution adoptée par la plupart des contrats et des lois est d'exiger de la société une garantie financière. Généralement, et en termes non techniques, une garantie financière est de l'argent qui est mis de côté pour assurer qu'une obligation soit remplie. L'argent est accessible par la partie bénéficiaire des obligations assumées par l'autre partie et qui relèvent, dans le cas qui nous concerne, de la remise en état de la mine. Cette garantie financière est retournée à la partie qui l'a fournie une fois qu'elle a respecté ses obligations :

« 26.2 Dans les quatre-vingt-dix (90) jours de la date d'entrée en vigueur, la Société fournira à l'État une garantie couvrant la remise en état de la mine, destinée à assurer l'achèvement du Plan de remise en état de la Société.

La garantie de remise en état de la mine sera d'un montant calculé comme étant le montant nécessaire à la mise en œuvre du Plan de remise en état en cas de manquement de la Société dans la mise en œuvre du Plan de remise en état pendant les cinq années couvertes par le Plan de remise en état existant au moment considéré. Le montant de la garantie sera mis à jour à chaque fois que le Plan de remise en état est lui-même mis à jour, ou en même temps que la mise à jour tous les cinq ans prévue au titre de l'Article 26.1, afin que la garantie continue d'être suffisante afin que toutes les étapes du Plan de remise en état puissent être accomplies de manière satisfaisante, en cas de manquement de la Société dans la mise en œuvre du Plan de remise en état.

[...]

(d) L'État remboursera à la Société la somme entière de la garantie de remise en état de la mine dans les [X] Jours suivant la vérification par l'État que la Société a rempli toutes ses obligations aux termes du Plan de remise en état final. [...]»

Le Modèle de Convention d'Exploitation Minière de l'IBA suggère en outre un suivi de la part de la communauté locale :

« 26.3 Suivi postérieur à la fermeture. La Société, en consultation avec les représentants des communautés locales, développera et mettra en œuvre un comité de surveillance post-remise en état, chargé de superviser la surveillance de la stabilité géophysique, de la qualité de l'eau, de la réhabilitation des sites contaminés et de la réhabilitation des terres aux fins d'utilisation après la remise en état. La surveillance post-remise en état devra

être mise en œuvre pendant une période débutant à compter de la cessation de la production commerciale et pour une durée déterminée dans le Plan de remise en état».

Un des problèmes pouvant se présenter réside en la capacité du gouvernement à mener un suivi et une vérification effective de la conformité de l'entreprise envers ses obligations. Ceci requiert bien souvent des compétences techniques et des compétences en matière de suivi dont le gouvernement et ses divers organismes ne disposent pas. Lors de la négociation des conditions et des coûts de remise en état, la capacité de suivi du processus par le gouvernement doit être prise en considération, et si cela est requis, les coûts doivent inclure le financement de l'expertise technique nécessaire au gouvernement ou des prestations pertinentes au suivi et à la vérification par une tierce partie.

Une dernière question peut se poser au sujet de l'infrastructure associée à la mine sujette à fermeture. Si l'infrastructure est d'usage public, il peut se trouver une provision autorisant le gouvernement à prendre possession de ces infrastructures et définissant les responsabilités qui sont les siennes au terme du cycle de vie de la mine.

QUESTIONS FISCALES

QUESTIONS FINANCIÈRES

RÉGIMES FISCAUX

DÉFIS SPÉCIFIQUES

COMMENT DÉPENSER

QUESTIONS FINANCIÈRES

Avouons-le : la plupart des régimes d'imposition sont complexes et opaques. Mais ce sont les impôts qui financent les écoles, les logements, les routes, les chemins de fer et l'alimentation énergétique. Et en fin du compte, là est le sujet de préoccupation des gouvernements et des entreprises.

RETOUR À LA MINE D'OR DE L'ARRIÈRE-COUR

N'oubliez la mine d'or que vous pensiez avoir trouvé dans votre arrière-cour et dont nous avons parlé dans la dernière section, « Exploitation minière » ? Attardons-nous encore sur celle-ci pendant quelques minutes.

L'or avait été si difficile à extraire que vous vous êtes retrouvé avec un trou de 500 dollars alors que vous n'avez qu'essayé de le sortir du sol. Même sans les impôts, cela n'en valait pas la peine. Ce n'était pas commercialement viable.

Mais vous avez peut-être interrompu votre recherche trop tôt. Il est après tout possible qu'il ne s'agissait pas seulement d'un bracelet en or. Votre deuxième tournée avec le détecteur de métal semble indiquer qu'il y a vraiment de l'or ici. Les nouvelles technologies en facilitent l'extraction. Il pourrait de nos jours ne coûter que 1000 dollars l'once pour l'extraire et l'acheminer sur le marché, alors qu'auparavant, cela aurait pu atteindre 1700 dollars l'once.

Avec le prix actuel de l'or à 1200 dollars et des frais d'à peine 1000 dollars, vous faites un profit de 200 dollars l'once. Lorsque vous vendez votre or à 1200 dollars l'once, vous faites un profit de 200 dollars. En fait, cela vaut bien la peine d'extraire cet or.

Toutefois, le gouvernement voudra sa part de vos 200 dollars de profit. Si son système fiscal stipule un prélèvement de 90 % ou plus sur vos 200 dollars, la dépende de 1200 dollars pour extraire cette once d'or semble être une proposition risquée – trop risquée

en fait. Votre mine jadis rentable semble maintenant présenter des perspectives assez sombres. Votre or d'arrière-cour était commercialement viable, mais l'introduction du partage des revenus avec le gouvernement a fait de votre mine d'arrière-cour une exploitation non rentable. Cela peut sembler évident mais, il est bon de le répéter : les entreprises ne se lanceront pas dans un projet s'il n'offre que peu ou pas de possibilités de profit.

Parce que le gouvernement trouvera également son profit dans l'exploration et le développement d'une mine, il peut renégocier sa « part » du profit afin de s'assurer que vous allez continuer à explorer et à développer les ressources. Le gouvernement peut ou non avoir à agir ainsi. Nous ne pourrions pas connaître la réponse à cette question avec aussi peu d'informations qu'il ne s'en trouve dans cet exemple hautement simplifié et stylisé.

Cette hypothèse capture cependant la nature de l'évaluation commerciale d'une exploitation minière. Est-il possible de faire un profit avec ce dépôt ? Puis, une fois que la part que le gouvernement s'octroie est soustraite de ce profit, le projet est-il toujours rentable ?

Revenons à notre exemple et supposons que vous décidez de créer votre propre entreprise minière, la « Société des Mines d'arrière-cour ».

Votre entreprise dispose de l'expertise et des connaissances nécessaires à l'extraction de l'or et à sa vente. Mais le gouvernement est propriétaire de l'or dont votre société a besoin. La « Société des Mines d'arrière-cour » va donc devoir payer cet or au gouvernement. Il s'agit d'un partenariat, même si l'une des deux parties peut avoir le sentiment qu'elle y est un peu forcée.

La plupart des gouvernements voudront probablement percevoir des redevances sur la valeur de l'or avant la déduction des frais. Ils voudront également percevoir l'impôt sur les bénéfices des sociétés en plus de ces redevances. Ils pourraient également désirer recevoir une prime lorsque votre première expédition d'or est mise sur le marché. Ces différents éléments, pris ensemble, représentent la manière dont les gouvernements perçoivent de l'argent d'une mine d'or. C'est ce qui est connu sous le nom de « régime fiscal ».

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

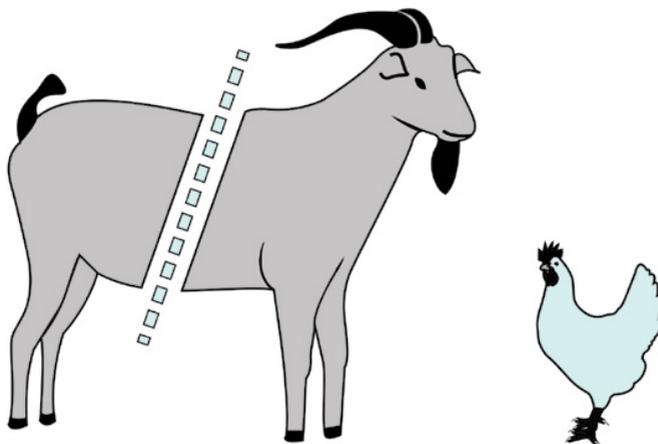
- ✿ Les redevances
- ✿ L'impôt sur le revenu

- ✿ Les impôts sur les profits excédentaires ou exceptionnels
- ✿ Les taxes sur la rente des ressources
- ✿ Les paiements de primes à la signature et pour l'atteinte d'une étape importante
- ✿ 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 »

Chacune de ces composantes des recettes de l'État est examinée plus en détail dans la présente section.

RÉGIMES FISCAUX

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'objectif politique, et dans la difficulté qui réside dans leur administration. Pour dire les choses simplement, des redevances de 5 % ne sont ni égales ni équivalentes à une taxe de 5 %. Et comme nous le verrons, certaines redevances de 5 % peuvent ne pas être égales à d'autres redevances de 5 %.



Proverbe arabe : « La moitié d'une chèvre vaut mieux qu'un poulet entier »

Pourquoi en est-il ainsi ?

Il existe plusieurs raisons, mais l'une des raisons principales réside en ce que les divers outils fiscaux sont appliqués sur des bases différentes. Mathématiquement, 50 % de 100 (50) est mieux que 100 % de 5 (cinq). Ou comme l'ancien proverbe ancien le dit, la moitié d'une chèvre vaut mieux qu'un poulet entier.

Ce chapitre illustre la diversité et les différences entre les instruments fiscaux.

Les deux plus importantes composantes des recettes sur les minéraux pour la plupart des gouvernements sont les redevances et l'impôt sur le revenu, et ce chapitre les examine en priorité et dans le plus grand détail. Dans quelque pays qu'elle soit, à de rares exceptions près, La « Société des Mines d'arrière-cour » sera assujettie à ces outils fiscaux.

REDEVANCES

Nous allons commencer par les redevances. Elles sont l'un des outils fiscaux les plus courants et les plus simples.

REDEVANCES CALCULÉES SUR LA VALEUR DU PRODUIT

Les redevances se basent le plus communément sur la valeur des matières minérales extraites. En Latin, cet outil fiscal porte le nom « ad valorem ».

Revenons à notre « mine d'or d'arrière-cour ». Les redevances applicables dans le pays où la « Société des Mines d'arrière-cour » extrait son or sont de 5 %. La valeur de l'or est de 1200 dollars l'once. Si une once d'or est extraite et vendue, le gouvernement prélève 5 % de 1200 dollars, ce qui signifie que la « Société des Mines d'arrière-cour » (en abrégé, la SMAC) paiera 60 dollars au gouvernement à titre de redevances.

En vertu d'un système ad valorem, la redevance que le gouvernement perçoit augmente lorsque le prix du minerai monte. Ainsi, en vertu de ces mêmes redevances de 5 % applicables à la « Société des Mines d'arrière-cour », si le prix de l'or monte à 2000 dollars l'once, le montant dû par la SMAC au gouvernement sautera à 100 dollars par once. Pourquoi ? Pour la simple raison que 5 % de 2000 dollars représentent 100 dollars.

À quoi ressemblent ces dispositions dans les contrats ? Voici un exemple extrait du contrat d'exploitation minière Mongolie–Oyu Tolgoi (2009), Article 3.13 :

« L'investisseur payera les redevances prévues dans les termes de l'article 47.3.2 de la Loi sur les minéraux en date du présent Accord et à raison de 5 % (cinq pour cent) de la valeur de ventes de tous les produits extraits du Périmètre de la concession qui sont vendus, expédiés pour être vendus, ou utilisés par l'investisseur. [...] »

Il y a de l'espoir, jusqu'ici, tout va bien. Le calcul des redevances est assez simple comme le sont généralement les outils fiscaux. Mais voilà qui se complique un peu : comment la valeur est-elle déterminée ?

Cette question comporte deux aspects distincts : (1) à quel moment du processus mine-marché la valeur est-elle mesurée, et (2) la mesure à l'endroit sélectionné établit-elle vraiment la « valeur » du minerai impliqué ?

Une façon de minimiser le problème de l'évaluation et de simplifier les tâches administratives est d'utiliser pour valeur du minerai un prix de référence international tel que le London Metals Exchange ou tout autre prix de marché public. Le prix de l'or est un bon exemple de ce type de prix de référence international.

Les contrats se réfèrent régulièrement à ces prix de référence internationaux afin de disposer d'une valeur qui est établie indépendamment par le marché. Prenons par exemple le contrat d'exploitation minière Afghanistan – Qara Zaghan (2011) :

« Article 8. Après le début de la production commerciale et sur la base du calendrier solaire, [Entreprise] accepte de payer, chaque mois, au [Ministère des Mines], des redevances d'un taux de vingt-six pour cent (26 %) des recettes brutes provenant de la vente de l'or, sur le prix fixé en date du jour de vente par le London Metals Exchange pour chacune des ventes dudit or. Le paiement des redevances au [ministère] est dû au plus tard le septième (7) jour ouvrable après la fin du mois, et est basé sur la vente de l'or de ce mois. »

Même avec un prix de référence international, un certain nombre de questions sur la valeur appropriée d'un minerai peuvent encore demeurer. La base des redevances est généralement la valeur à un point fixe, tel que la sortie de la mine ou le point d'exportation.

Un certain nombre de termes sont fréquemment rencontrés dans les déterminations mine-marché, et qui se préoccupe de savoir comment et si la valeur du produit est mesurée se doit d'être familier avec ces termes. Certains des termes les plus courants que vous pourriez rencontrer sont les suivants :

- ✿ Évaluation à la sortie de mine : la valeur est déterminée à la sortie de la mine, sans référence à une quelconque valeur supplémentaire créée par un traitement ou un transport subséquent entrepris par le propriétaire de la mine.
- ✿ Valeur netback : lorsqu'un minerai est vendu sous forme traitée mais n'est pas traité par l'exploitant minier lui-même, la valeur de base des redevances est le prix auquel le minerai traité est vendu, diminué des frais de traitement et des coûts de transport du minerai de la mine à l'installation de traitement.

- ✱ Revenus nets de fonderie (NSR, Net Smelter Return) : la base des redevances est le montant payé par la fonderie ou le raffineur à la mine pour la matière minérale contenant le matériau (qui est basé sur la valeur du minerai contenu dans cette matière minérale), diminués des frais de transport vers la fonderie et des frais de traitement de la fonderie.
- ✱ Franco à bord (FOB, *Free on Board*) : lorsque le prix est FOB, il comprend le coût du produit une fois arrivé au port et à bord du navire, mais ne comprend pas les frais d'expédition maritime.

Si vous êtes un fonctionnaire du gouvernement qui tente de percevoir le montant de la redevance, ceci est très important. Vous pouvez vous retrouver impliqué dans un litige concernant la valorisation des minéraux assez régulièrement. Trouvez des experts, engagez des avocats, faites ce que vous devez faire pour vous assurer de récupérer la redevance qui est due. Le chapitre « Lorsque vous commencez à penser qu'il vous faudrait peut-être vous faire aider » répond à ce type de questions.

La deuxième question est une manifestation du problème du « prix de transfert », décrit plus en détail dans le chapitre 3 de la présente section. En bref, alors qu'il est généralement admis que la valeur utilisée comme base d'application d'une redevance ad valorem doit être une valeur basée sur des transactions dites « indépendantes » entre acheteurs et vendeurs consentants qui ne sont pas autrement reliés, de telles transactions peuvent s'avérer difficiles à identifier. En effet, si le projet d'exploitation minière est une composante d'un projet d'exploitation minérale intégré expédiant la plupart ou la totalité de la production en un autre lieu pour un traitement ou fabrication ultérieur, ou si la société minière vend principalement à ses filiales, il peut n'exister aucune transaction sans lien de dépendance. C'est une autre des raisons qui rendent les prix du London Metals Exchange et les prix publiés tellement pratiques – pourquoi se préoccuper de la relation entre les différentes opérations lorsque le prix est publié ouvertement dans le journal ?

REDEVANCES SUR LE VOLUME DU PRODUIT

Dans le cadre de redevances basées sur une unité ou sur le volume, l'entreprise paie un montant fixe pour chaque unité de production. Dans ce type de systèmes, que le gravier se vende à 5 ou à 50 dollars l'unité, seul le montant fixe est versé à l'État, par exemple 1 dollar par tonne.

Les redevances unitaires sont rares et sont généralement limitées à des produits de très faible valeur tels que la pierre et le gravier. Sans vouloir porter offense à l'industrie du gravier et de la pierre, ce type de redevance n'est pas très important pour la plupart des contrats miniers industriels dans le monde, et nous n'allons par conséquent pas nous en occuper outre mesure.

REDEVANCES EN TERMES DE RENTABILITÉ DES MINES

Certaines juridictions, dont le Canada et le Botswana, appliquent un système de redevances basées sur les niveaux de profit du projet.

Ces redevances peuvent être très attrayantes pour une entreprise. La « Société des Mines d'arrière-cour » voudrait bien sûr en bénéficier. Pourquoi ? S'il n'y a pas de profit, il n'y a pas de redevance à payer. Le niveau de la redevance augmente avec les profits. Ce qui rend le Canada et le Botswana plutôt attractifs pour les investisseurs, dans la mesure où ils n'auront pas à verser de redevances dans les premières années lorsqu'il n'y a pas de profit.

Les redevances basées sur les bénéfices ne simplifient pas pour autant la question de l'évaluation... La question « quelle est la valeur ? » devient maintenant « Quel est le profit ? » Et cela n'est pas toujours facile à déterminer.

La redevance fondée sur les bénéfices est également appelée redevance sur le profit net, redevance sur les intérêts nets, ou redevance sur la recette nette. Les taux de redevances établis sur le profit sont généralement plus élevés, parfois bien au-dessus de 5 %, que ceux basés sur la valeur de vente (entre 1 % et 4 %). Cela sera mieux compris une fois que vous aurez lu le chapitre traitant à l'impôt sur le revenu, mais disons, juste pour nous mettre en confiance, 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 (la première dont nous avons discuté). Continuez à lire et vous en découvrirez bien plus sur d'autres outils basés sur les profits dans les sections à venir.

REDEVANCES À ÉCHELLE VARIABLE

Jusqu'à présent, nous avons parlé des redevances à taux fixe, mais les taux de redevance peuvent également varier.

Disons qu'une nouvelle redevance variable s'applique maintenant à la « Société des Mines d'arrière-cour ». Lorsque le prix l'or est inférieur ou égal à 1000 dollars l'once, le

taux de redevance est de 2,5 %. Lorsque le prix de l'or se situe entre 1001 et 1500 dollars l'once, le taux de redevance est de 5 %. Lorsque le prix de l'or se situe entre 1501 et 2000 dollars l'once, le taux est de 7,5 %. Si le prix de l'or est de 2001 dollars l'once ou plus, le taux est de 10 %.

Supposons que la « Société des Mines d'arrière-cour » produise une once d'or par mois et vende son or le premier jour de chaque mois. Supposons encore que le prix monte tous les mois. Cette hausse du prix sera bien entendu bénéfique à la « Société des Mines d'arrière-cour », mais elle le sera également pour le gouvernement. Comparons une redevance fixe de 5 % par rapport cette nouvelle redevance à échelle variable.

Le prix au 1^{er} janvier est de 900 dollars l'once : l'échelle variable est à 2,5 % et rapporte 22,50 dollars au gouvernement, tandis que le taux fixe de 5 % lui en rapporte 36,05.

Le prix au 1^{er} février est de 1300 dollars l'once : l'échelle variable est à 5 % et rapporte 65 dollars au gouvernement et la redevance fixe de 5 % lui rapporte également 65 dollars.

Le prix au 1^{er} mars est de 1700 dollars l'once : l'échelle variable est à 7,5 % et rapporte 127,50 dollars au gouvernement, tandis que la redevance fixe lui en rapporte 68.

Le prix au 1^{er} avril est de 2100 dollars l'once : l'échelle variable est à 10 % et rapporte 210 dollars au gouvernement, la redevance fixe de 5 % lui rapportant 105 dollars.

Alors que cette échelle variable offre un moins bon rapport au gouvernement au prix le plus bas, celui-ci s'en sort beaucoup mieux à un prix plus élevé. En supposant que le coût d'extraction de cet or ne monte pas en proportion, un prix plus élevé est tout aussi avantageux pour la « Société des Mines d'arrière-cour » que pour le gouvernement.

Voici à quoi ressemble une redevance à échelle variable dans le contrat d'exploitation minière Libéria-China Union, (2009), Article 15.1 (b) :

« Le taux de redevance sur les expéditions ou les ventes de minerai en tout mois de la durée du contrat sera comme ci-indiqué : (i) si l'indice des prix est de 100 \$ USD par tonne métrique ou moins, la redevance sera de 3,25 %, (ii) si l'indice des prix est supérieur à 100 USD la tonne métrique et inférieur à 125 USD la tonne métrique, la redevance sera de 3,5 %, (iii) si l'indice des prix est supérieur à 125 USD la tonne métrique et inférieur à 150 USD la tonne métrique, la redevance sera de 4 %, et (iv) si l'indice des prix est de 150 USD par tonne métrique ou plus, la redevance sera de 4,5 %. L'« Indice des prix » ci-applicable est le prix au comptant de CVRD FOB Brésil pour les expéditions à destination de la Chine d'un même produit de grade et de qualité équivalente à celle de [la mine] ».

Dans cette clause, « le prix au comptant de CVRD FOB Brésil » se réfère à un prix public pour le minerai de fer qui est comparable au prix du produit de la mine. Lorsque que ce prix est élevé, il est présumé que la rentabilité du projet le sera également, et qu'une redevance plus élevée est donc raisonnable.

Dans ces exemples, la redevance change avec le prix, mais d'autres déclencheurs peuvent être utilisés. En Afrique du Sud, le taux de redevance monte par rapport à un minimum à mesure que les profits augmentent, de 0,5 % à 7 % pour les minéraux non raffinés.

La théorie sur laquelle s'appuient les redevances est qu'elles sont un paiement à l'État des ressources minérales dont il est propriétaire au nom du peuple. Une redevance n'est pas, à proprement parler, un « impôt ». C'est un échange accordant droit d'extraire le matériau. Les dispositions pertinentes aux redevances se trouvent par conséquent plutôt dans la loi minière de l'État que dans sa législation fiscale. Quel que soit le fondement philosophique sous-jacent, les redevances n'en représentent pas moins un coût pour les investisseurs, tout comme les impôts, et sont considérés par les investisseurs comme l'équivalent d'une taxe en termes de planification financière. Ce qui nous amène aux...

IMPÔTS SUR LES SOCIÉTÉS

L'impôt sur les sociétés est un élément standard de tout régime fiscal minier. En effet, l'impôt sur les sociétés fait partie de la vie de toute entité commerciale. La « Société des Mines d'arrière-cour » sera définitivement soumise à l'impôt sur le revenu de sociétés. Et en fait, comme elle est une société minière, elle sera probablement assujettie aux réglementations spéciales pertinentes à l'impôt sur le revenu applicables aux projets miniers, certaines de ces réglementations pouvant lui être utiles pour rentrer dans les frais importants associés à l'industrie minière, alors que certaines autres peuvent taxer les profits élevés qu'elle pourrait éventuellement faire.

Les impôts sur les bénéfices sont calculés sur le revenu total de l'entreprise duquel les coûts d'exploitation, ainsi qu'une allocation permettant l'amortissement du coût d'investissement de l'entreprise dans la mine sur un certain nombre d'années, sont déduits. La plupart des autres sommes payables par la société minière au gouvernement, comme les redevances, les droits d'importation, les primes, etc., sont déduites dans le calcul du revenu imposable de la société. (Certains paiements peuvent être calculés après taxe, mais laissons cela de côté pour l'instant.) En voici l'illustration pratique :

Supposons que la « Société des Mines d'arrière-cour » a réussi à générer au total un revenu de 12 000 dollars dans sa première année d'activité au travers de la vente de quelques morceaux d'or ici et là, tout en établissant ses bureaux, en se dotant de personnel, etc. Supposons que les frais généraux pour cette année étaient de 500 dollars (pour ceux qui pourraient se préoccuper de savoir si toutes les dépenses en capital ont été investies dans la mine d'or, nous assumerons que la réponse est « non, pas encore », bien que ceci serait pratiquement impossible dans la réalité). Pour simplifier les choses, nous supposons que la société a vendu 10 onces d'or, et que le prix en était de 1200 dollars par once, ce qui procure à l'entreprise un revenu de 12 000 dollars. La « Société des Mines d'arrière-cour » a payé sa redevance sur la valeur de l'or qu'elle a vendu, à un taux qui est toujours de 5 %, ce qui, sur 12 000 dollars, représente 600 dollars. Le prix en est toujours de 1000 dollars l'once. Le taux d'imposition du revenu des sociétés est de 25 %.

Commençons avec les 12 000 dollars de revenu total généré par la « Société des Mines d'arrière-cour ». Si la déduction des coûts ou de toute autre chose n'était pas prise en considération, 25 % de ces 12 000 dollars seraient dus au gouvernement. Mais l'impôt sur les revenus des entreprises ne fonctionne généralement pas de la sorte. Il entend imposer le profit, et permet en conséquence de déduire les frais (au contraire de la redevance dont nous avons parlé ci-dessus, qui ne les prend pas en compte).

Il nous faut donc commencer par déduire les frais (ceux dont la déduction est autorisée par le code des impôts) pour obtenir la base sur laquelle l'impôt sur le revenu est applicable. En termes simples, nous devons déterminer le « revenu imposable » de la « Société des Mines d'arrière-cour » afin d'y appliquer le taux de 25 %.

Le paiement de la redevance au gouvernement sera tout d'abord déduit, ce qui nous donne $12\,000 \text{ dollars} - 600 \text{ dollars} = 11\,400 \text{ dollars}$. Nous allons maintenant soustraire les coûts encourus pour l'extraction de l'or, qui sont de 10 000 dollars, ce qui nous amène à 1400 dollars. Il nous faut maintenant déduire les frais généraux de 500 dollars de ces 1400 dollars. Tout ceci nous donne un revenu imposable de 900 dollars. C'est sur cette somme, notre bénéfice imposable de 900 dollars, que nous appliquons le taux d'imposition du revenu des sociétés de 25 %. Le paiement de l'impôt sur le revenu de la « Société des Mines d'arrière-cour » pour cette année est donc de 225 dollars.

Avant de passer à des déductions plus complexes, il convient de noter que l'impôt des sur le revenu des sociétés dans le monde a diminué dans les dernières années, et qu'il se situe généralement dans une fourchette allant de 25 % à 35 %. Il vous faudra vérifier le code fiscal local et national en vigueur dans votre cas pour plus de détails sur le taux d'imposition du revenu qui vous est applicable.

Si important que soit le taux de l'impôt sur le revenu, les règles déterminant le calcul du revenu n'en sont pas moins essentielles pour déterminer l'impact de l'impôt sur le revenu, comme nous l'avons vu ci-dessus dans ce premier exemple. Ces règles de détermination peuvent être très complexes et avoir un impact significatif sur le calendrier des paiements de l'impôt sur le revenu lorsque les codes fiscaux se mettent à prendre en compte les pertes énormes que les sociétés minières accumulent dans les premières années d'un projet d'exploitation minière. Le calcul du revenu imposable pourrait à lui seul couvrir un livre entier. Par exemple, la dépréciation des actifs et la déduction des intérêts sur la dette réduisent tous deux le revenu imposable. Ces questions sont abordées ci-dessous et dans le chapitre qui suit.

Quelques-unes de règles essentielles sont examinées ci-dessous.

AMORTISSEMENT DES INVESTISSEMENTS EN CAPITAL

Il est facile de comprendre les bases d'un calcul de l'impôt. Vous prenez l'argent qui rentre, en déduisez l'argent qui sort, et le tour est joué... Voilà votre assiette d'impôt sur le revenu. Les choses deviennent un peu plus délicates – mais pas tellement que ça – dans le cas des investissements importants généralement nécessaires au début d'un projet d'exploitation minière. Dans ce cas, plutôt que de soustraire les dépenses en une seule fois, les réglementations fiscales appliquent des règles d'amortissement qui font qu'une société doit déduire ces dépenses de façon progressive et sur un certain nombre d'années. Du point de vue de l'entreprise, le plus tôt sera le mieux, car il est toujours préférable pour les contribuables de payer leurs impôts aussi tard que possible. C'est pourquoi de nombreuses sociétés minières poussent pour ce qui est connu sous le terme « amortissement accéléré ».

LE REPORT DES PERTES

Une entreprise typique d'exploitation minière, qui entreprend un projet minier depuis le début, aura des dépenses de beaucoup supérieures au revenu dans les premières années, dans la mesure où il lui faudra investir dans la découverte du minerai et dans la construction de la mine avant de pouvoir commencer à générer des recettes. Notre entreprise hypothétique, la « Société des Mines d'arrière-cour », n'est en aucun cas déficiente. Elle n'a jamais exploité de mines dans quelque juridiction que ce soit auparavant et lorsqu'elle a démarré, elle ne disposait d'aucun autre projet générant des revenus qui pourrait affecter la façon dont elle est imposée. Comment le report des pertes pourrait-il aider la « Société des Mines d'arrière-cour » ?

Les lois fiscales reconnaissent que plusieurs années de dépenses sans aucun profit est chose difficile pour une société d'exploitation minière, ou pour toute autre société. C'est pourquoi la loi permet aux contribuables de déduire au cours des années fiscales subséquentes certains éléments qui auraient pu être déduits dans le calcul du revenu imposable dans l'année en cours mais qui n'ont pas été « utilisés » parce que d'autres déductions autorisées avaient déjà été appliquées à une déduction du revenu l'ont amené à zéro dans l'année en cours.

Par exemple, supposons que le « Société des Mines d'arrière-cour » avait encouru des frais généraux de 5000 dollars pour l'année au lieu de 500 dollars. Nous commençons toujours avec 12 000 dollars en déduisons le paiement de la redevance au gouvernement de 600 dollars et les 10 000 dollars dépensés pour extraire l'or, ce qui nous amène toujours à 1400 dollars avant déduction des frais généraux. Si nous déduisons maintenant 5 000 dollars de ces 1400 dollars, nous nous retrouvons avec un chiffre négatif, qui est de $-3\ 600$ dollars. Une fois que nous en sommes là, le gouvernement ne veut plus de ses 25 % sur les $-3\ 600$ dollars ! Le paiement de l'impôt sur le revenu des sociétés sur le montant négatif sera alors considéré comme étant nul, 25 % de zéro étant égal à zéro.

Mais qu'advient-il des $-3\ 600$ dollars ?

Les déductions excessives aux revenus dans une année fiscale peuvent être reportées sur la deuxième année et être appliqués en déduction des profits de la deuxième année pour réduire les impôts dus durant celle-ci. Les déductions inutilisées pouvant être reportées sur les années suivantes sont habituellement appelées « reports de pertes ». La « Société des Mines d'arrière-cour » sera donc en mesure de reporter cette perte l'année suivante et de la déduire des revenus générés durant celle-ci, en plus des autres déductions (redevance, coût de l'extraction de l'or, etc.).

La plupart des codes fiscaux limitent le nombre d'années durant lesquelles les entreprises peuvent poursuivre le report de ces déductions inutilisées, et si elles ne peuvent pas être appliquées à des revenus générés dans la fourchette de temps spécifiée, elles sont alors perdues à jamais. Des périodes de 5 ans, de 7 ans, de 10 ans sont courantes, et même des périodes de reports illimitées. Dans les pays dans lesquels une limite est applicable, la disparition des reports fiscaux non-utilisés peut être perçue comme un résultat positif pour l'État, dans la mesure où elle accélère (et augmente) les impôts sur les bénéfices payés par l'entreprise.

Les sociétés minières font souvent pression pour obtenir des périodes de report plus longues que celles stipulées dans les dispositions de base pertinentes au report des

pertes de la législation fiscale, afin de s'assurer que toutes les pertes admissibles puissent être utilisées à des fins de compensation des revenus et de réduire ainsi le passif d'impôt total de la société.

L'exploration minière peut durer dix ans, auxquels s'ajoutent quatre ans de construction. Si les reports de déficit expirent dans la période durant laquelle l'entreprise minière n'encourt que de lourdes pertes, la logique des reports de perte est pratiquement caduque. Lorsque l'entreprise génère des revenus, dans la 14^e année, aucun report de pertes n'est plus possible. Le moins qu'on puisse en dire, c'est que cela n'est pas le résultat que la « Société des Mines d'arrière-cour » est en droit d'espérer.

Et il est probable que la « Société des Mines d'arrière-cour » ne considérerait pas investir dans un pays appliquant un tel régime, à moins qu'elle n'y soit incitée par des raisons très convaincantes d'un ordre tout à fait différent.

Certains codes fiscaux permettent aux reports de pertes de survivre éternellement. Ces codes fiscaux limitent le montant qui peut être utilisé dans une année donnée afin de limiter l'effet de ce report illimité.

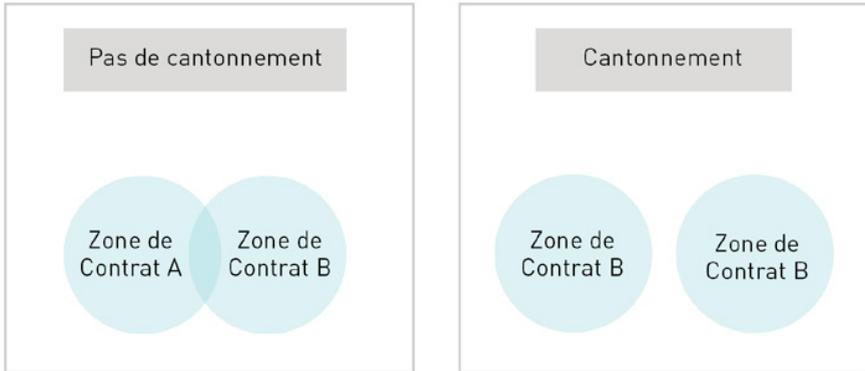
Nous laissons ce chapitre avec un point à examiner : l'exploitation minière n'est certainement pas la seule industrie exigeant de lourds investissements. Et de ce point de vue, et malgré les arguments que « Société des Mines d'arrière-cour » qui va certainement essayer d'obtenir un report de pertes aussi long que possible, un traitement fiscal spécial est-il justifié ?

LE CANTONNEMENT

Le cantonnement. De tous les termes fiscaux dont nous avons discuté jusqu'à présent, celui-ci est celui qui vous casserait sans doute le plus la tête, faute d'une explication. Cantons ? Cantonnement ? Quel est le lien avec les impôts ?

En termes d'impôt sur le revenu, les projets miniers sont souvent « cantonnés ». Cela signifie que les éléments de revenu et la déduction des pertes liés à un projet ne peuvent pas être combinés avec les éléments de revenu ou la déduction de la perte d'un autre projet en matière d'impôt sur le revenu. La conséquence du « cantonnement » pour une entreprise d'exploration minière, c'est qu'elle ne peut pas combiner la déduction et les pertes comptables du développement d'une deuxième mine à des fins de compensation du revenu provenant d'une mine plus ancienne dont tous les reports de pertes ont été utilisés et qui paye maintenant un impôt sur le revenu. En fonction de ce principe, si la « Société des Mines d'arrière-cour » découvre un autre gisement d'or

éloigné de quelques centaines de kilomètres, les règles de cantonnement détermineront si les dépenses liées à cette deuxième mine peuvent être utilisées pour compenser les impôts dus par la première.



Du point de vue du gouvernement, le cantonnement accélère la collecte des revenus générés par l'impôt sur le revenu pour le gouvernement du pays hôte, et il empêche également un investisseur déjà actif de se trouver dans une position avantageuse dans le cas d'un appel d'offres pour de nouveaux projets. Du point de vue de la société minière, l'absence de cantonnement facilite le développement d'une deuxième mine dans la juridiction où elle exploite la première, dans la mesure où elle peut utiliser les dépenses d'exploration et de développement associées à la seconde mine pour compenser les impôts payables sur le revenu de la première. Ceci résulte en une réduction importante du coût de développement de cette seconde mine : si l'investisseur se retrouve avec 100 000 000 de dollars de revenu imposable sur la première mine au cours de l'année 8, et a dépensé 50 000 000 de dollars en frais d'exploration pour la deuxième mine, et s'il est en mesure d'utiliser ces dépenses pour compenser les revenus de la première mine, le revenu imposable tombe à 50 000 000 de dollars. À un taux d'imposition de 30 %, l'investisseur économiserait ainsi 15 000 000 de dollars qui, sinon, auraient été versés au gouvernement dans l'année en question.

Si la deuxième mine s'avère être une réussite, ce gain ne sera pas un gain permanent pour l'investisseur. Ces 50 000 000 de dollars ne seront en effet pas disponibles pour compenser les revenus de la deuxième mine une fois qu'elle atteint sa vitesse de

croisière, mais cela pourrait effectivement retarder le flux de ces 15 000 000 de dollars d'impôts vers le gouvernement pendant de nombreuses années.

La plupart des gouvernements sont favorables au cantonnement en raison de son effet relativement favorable sur les recettes fiscales à court terme, et parce qu'il leur semble mettre sur un niveau plus égal les entreprises minières déjà présentes dans le pays et les nouveaux-venus potentiels.

TAUX D'IMPOSITION DISTINCTS POUR L'INDUSTRIE MINIÈRE

Un dernier point. Alors que l'impôt des sociétés s'applique généralement à tous les secteurs, il n'est pas rare que des règles spéciales soient applicables au secteur minier. Celles-ci peuvent consister en des règles spéciales en matière de dépréciation, ou en des restrictions spéciales sur la possibilité de déduire certains coûts de « siège », des revenus, ou en l'inclusion de tarifs spéciaux. En ce qui concerne la question de tarifs spéciaux, les investisseurs peuvent faire valoir que l'investissement associé à l'industrie minière est tellement lourd que l'extraction minière devrait être encouragée par un taux d'imposition plus bas. De son côté, l'État peut faire valoir que, dans la mesure où l'exploitation minière utilise des ressources épuisables qui ne peuvent pas être renouvelées, ces entreprises doivent être taxées à un taux plus élevé que celles des autres secteurs.

Et ceci nous amène au terme de notre discussion à propos de l'impôt sur le revenu des sociétés. Sans aucun doute, c'est un sujet auquel des livres entiers pourraient être, et sont d'ailleurs consacrés. Nous espérons que cette section aura fourni une introduction accessible de à celui-ci et aux redevances, qui sont les deux outils fiscaux les plus communément utilisés par les gouvernements pour générer des recettes avec leurs minéraux.

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 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, le début de la production commerciale, ou l'atteinte des niveaux de production fixés.

PRIME À LA SIGNATURE

Comme son nom l'indique, un « prime à la signature » est versée dans le cadre de la signature ou de la mise en vigueur d'un contrat d'exploitation minière ou d'un permis d'exploitation minière. Un des objectifs originaux de la prime à la signature était d'aider le gouvernement à récupérer les coûts associés à la négociation.

Même si le montant peut faire l'objet d'une négociation, la prime à la signature implique normalement le paiement unique d'une somme forfaitaire. En règle générale, plus la valeur estimée du dépôt est élevée, plus la prime à la signature est forte.

Du point de vue de l'État, une prime à la signature devrait être payée à la signature du contrat et non à une date ultérieure, postérieure à la date de mise en vigueur du contrat. Pourquoi? Parce que l'État peut n'avoir aucun recours effectif en cas de défaut de paiement à cette date, si ce n'est une résiliation du contrat. Cela peut s'avérer être très difficile pour l'État de le faire si le contrat est toutefois considéré comme étant une bonne affaire pour l'État. Personne ne veut avoir à tout recommencer. Si le paiement doit être effectué avant que le contrat n'entre en vigueur, et que la société ne respecte pas cette obligation, l'État n'est pas forcé à se lancer dans un processus de résiliation du contrat, il a la possibilité de rechercher une société différente pour la remplacer. Pour une entreprise, l'absence d'un accord contractuel en vigueur fait de cette somme importante payée à l'avance une proposition à risques.

D'autre part, les primes à la signature et les autres paiements versés à l'État avant une prise de décision de développement ne sont pas bien vus des investisseurs. Avant qu'un investisseur ne se décide de développer un gisement découvert, il perçoit toutes ses dépenses comme spéculatives et à haut risque.

La « Société des Mines d'arrière-cour » ne voudrait pas payer de prime, et les primes de signature sont particulièrement cruelles sur la conception économique d'un projet qui pourrait s'avérer ne jamais être profitable si le minerai demeure introuvable; et même s'il devient profitable, ce ne sera qu'après de longues années. Il est par conséquent souvent plus facile pour un État de demander et d'obtenir des primes relativement importantes associées à des étapes spécifiques du développement et de la production.

PRIMES DE PRODUCTION

Les primes de production sont en revanche traitées par l'investisseur comme faisant partie des coûts globaux de production et de la décision finale de développer la mine.

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. »

Les primes sont le plus simple de tous les outils de recettes.

Mais de crainte que vous ne vous sentiez un peu trop à l'aise, nous allons maintenant aborder le plus controversé de tous les outils fiscaux.

PRISE DE PARTICIPATION DE L'ÉTAT

Imaginez que la « Société des Mines d'arrière-cour » ait fait de relativement bonnes affaires dans les dernières années et qu'elle se trouve enfin sur le point de se lancer dans une production d'or au niveau commercial. À ce moment, votre avocat sort le contrat minier et vous dit de vous asseoir, dans la mesure où il a des nouvelles importantes à vous annoncer : l'État est sur le point de vous rejoindre en tant qu'actionnaire de la « Société des Mines d'arrière-cour ». Vous n'avez aucun choix en la matière. L'État a le droit d'entrer en tant qu'indivisaire dans la société minière.

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

- ✱ L'État 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'État 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'État, et récupère ce montant, majoré d'un rendement issu des dividendes qui auraient dû être versées à l'État.
- ✱ L'État 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'État peut négocier des réductions de l'obligation fiscale future en échange d'une participation immédiate dans le projet.
- ✱ L'État 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.

Bien que les défis d'une participation de l'État soient nombreux, il est important d'en souligner quelques-uns.

La pression en matière de prises de participation de l'État est généralement exercée par les politiciens et certains citoyens. Elle découle souvent d'un sentiment général que, dans la mesure où le minerai est la propriété de l'État, l'État se doit d'avoir une participation dans l'exploitation et bénéficier de la hausse de valeur de ses gisements de minéraux – et que le moyen le plus évident de l'obtenir est d'avoir des intérêts dans le projet. Certains avancent, et non sans raison, qu'une prise de participation de l'État peut faciliter le transfert de technologie et le développement des capacités de gestion, et placer l'État dans une meilleure position en vue d'une prise en charge et d'une exploitation pleines et entières à expiration du contrat d'exploitation minière ou du permis d'exploitation sous-jacent, une stratégie qui a en effet été relativement couronnée de succès pour certains États.

Une prise de participation de l'État dans le projet d'une société est cependant une épée à double tranchant. Une prise participation implique en premier lieu, une participation aux coûts de développement de la mine, à moins que l'État ne jouisse d'une participation libre de garanties, qui présente ses propres problèmes. Les États en développement, qui sont ceux présentant le plus souvent cette demande, n'ont généralement pas les liquidités nécessaires, ce qui signifie qu'ils doivent requérir de l'investisseur dans la société de payer la quote-part de l'État en frais de développement tout aussi bien que la sienne. Et si l'État entend payer lui-même, il lui faudra probablement divertir des fonds

qui avaient été alloués à des nécessités urgentes en matière d'infrastructure ou d'autres développements.

De plus, à moins que l'État n'exerce la plus grande caution dans la structuration de son investissement dans la société minière, il pourrait très bien se retrouver dans une position relativement inconséquente. Dans une structure corporative, l'actionnaire majoritaire contrôle généralement le paiement des dividendes et prend la plupart des décisions d'entreprise, de sorte qu'une participation de l'état en tant qu'actionnaire minoritaire requiert la négociation d'un pacte d'actionnaires complexe lui évitant de se retrouver dans une situation dans laquelle une décision telle que celle d'allouer toutes les liquidités à des fins de modernisation de la mine plutôt qu'à une distribution des dividendes aux actionnaires.

Cette participation peut déboucher sur des relations acrimonieuses entre l'État et la société. De nombreux désaccords peuvent survenir quant aux coûts, à la stratégie et à bien d'autres domaines relevant généralement exclusivement de l'entité exerçant le pouvoir de décision de l'entreprise.

En conséquence, si le but de l'état est véritablement de générer des recettes et non pas un certain prestige, il se doit à tout le moins de considérer si les bénéfices envisagés d'une prise de participation ne peuvent être en majeure partie obtenus par le biais d'instruments financiers tout à la fois différents et plus flexibles.

Finalement, les entreprises, et tout particulièrement les entreprises privées, sont généralement libres de s'associer à qui bon leur semble pour mener leurs affaires. La mise en place de personnes compétentes dans la composition de toute équipe, qu'il s'agisse des actionnaires ou des partenaires de la co-entreprise, peut-être d'une importance cruciale à la réussite d'un projet. La participation de l'État limite le choix des partenaires d'une entreprise en termes de gestion et de participation. Et bien qu'une telle participation puisse présenter des avantages pour un état, elle peut s'avérer féconde en défis supplémentaires pour l'entreprise.

IMPÔTS SUR LES PLUS-VALUE

En plus des bénéfices générés par la vente de minéraux, les sociétés minières et les investisseurs peuvent également réaliser des profits sur la vente d'un projet ou du droit d'exploitation minière à d'autres sociétés.

Dans certains cas, les gains réalisés sur de telles transactions se sont révélés spectaculaires, et l'absence d'une quote-part de ces gains revenant aux pays été la cause d'une

critique sévère des entreprises et des gouvernements et de la frustration de ses citoyens. Cela est particulièrement vrai lorsque l'investisseur revend ou procède à des opérations achat-revente de son investissement à une période précoce de la vie de l'investissement durant laquelle le gouvernement peut ne pas encore avoir perçu de revenus significatifs.

Le plus grand défi pour le gouvernement du pays hôte est de nature juridique – il consiste à obtenir de fait un certain pouvoir sur le vendeur ou sur l'acheteur. Si l'entreprise locale vend la licence, le profit réalisé sur cette vente sera soumis aux règles fiscales applicables à tout autre gain de capital dans le pays d'accueil. La société locale est cependant généralement sous le contrôle d'un holding dont le siège se trouve à l'étranger, et bien souvent dans un pays dont l'imposition est faible ou nulle. Si l'investisseur vend une participation dans ce holding, le vendeur et l'acheteur ne seront pas présents dans le pays d'accueil. En raison de la difficulté à atteindre le vendeur – et dans certains cas en raison de conventions fiscales restrictives – la plupart des juridictions ont jusqu'à récemment évité de toucher à ces gains dans les contrats et dans les lois.

L'importance des gains récemment réalisés par les actionnaires vendeurs dans certains pays des moins développés a déclenché un examen approfondi du sujet, et les gouvernements sont maintenant dans les premiers stades de développement d'approches contractuelles et réglementaires leur permettant de mettre la main sur ces gains. Certains contrats exigent déjà l'approbation du gouvernement en matière de changements de contrôles qui provoqueraient des changements indirects résultants de la vente d'une participation majoritaire dans la société de holding. Cette approbation peut exiger des preuves établissant que le vendeur en amont a payé tout impôt dû sur ce gain dans le pays, mais le fait qu'un impôt soit payable ou non dépend toujours de la modification des contrats ou de changements dans la législation ou dans la réglementation fiscale. En outre, ces règles ne s'étendent que sur les cas dans lesquels la vente de participation est suffisante pour provoquer un changement d'actionnaire majoritaire. Et bien que ceci ne se soit pas rencontré dans le domaine de l'exploitation minière, certains contrats récents dans le secteur pétrolier ont spécifiquement abordé les obligations fiscales de l'investisseur en amont dans le cas de la vente d'intérêts.

Il convient de noter que la notion de « contrôle » représente un défi en elle-même. Les avocats peuvent utiliser énormément de mots pour faire en sorte que toute action qui se traduit par une nouvelle personne, groupe de personnes ou société habilitée directement ou indirectement à élire la majorité des administrateurs d'une société minière constitue un changement de contrôle.

RETENUE D'IMPÔT À LA SOURCE

En tant que propriétaire de la « Société des Mines d'arrière-cour », vous souhaitez très certainement recevoir des dividendes sur votre investissement. Et le gouvernement voudra retenir l'impôt sur ce dividende, sous la forme d'une sorte de prépaiement applicable à votre assujettissement à l'impôt sur le revenu en fin d'année (ce qui est similaire dans la pratique aux nombreux impôts retenus sur la fiche de paye que les employés reçoivent de leurs employeurs).

Les retenues d'impôt sont un des éléments importants, et souvent mal compris, du système fiscal d'exploitation minière. Les paiements effectués par une société minière à ses prêteurs (intérêts), à ses propriétaires (dividendes), ou ses sous-traitants, prestataires de services et consultants sont généralement soumis à des retenues à la source. Si la « Société des Mines d'arrière-cour » engage une entreprise de forage pour prélever des échantillons par carottage, il lui faudra « retenir » un certain pourcentage du paiement à cette société de forage sur sa déclaration d'impôt sur le revenu en fin d'année fiscale.

La première chose qu'il s'agit de bien comprendre en matière de retenues à la source, c'est qu'elles ne représentent en aucune manière une imposition sur la société minière locale. Il s'agit des montants que la société minière est requise de « retenir » sur les types de paiements énumérés dans le paragraphe qui précède et de les reverser à l'État au titre de passifs d'impôts réels ou projetés des bénéficiaires de ces paiements.

Par exemple, supposons qu'un contrat ou une loi exige une retenue d'impôt de 10 % sur les paiements aux sous-traitants. Si le sous-traitant facture 1 million dollars pour un service donné, la société minière est alors requise de retenir 100 000 dollars sur son paiement à ce sous-traitant. Celui-ci ne reçoit donc ainsi qu'un paiement de 900 000 dollars (dans la pratique, un sous-traitant peut très bien ajuster le coût de son service à 1,1 millions dollars pour assurer qu'il reçoive bien la totalité de son million dollars). Si ce sous-traitant est un contribuable résidant, l'argent retenu par la société minière sera traité comme un impôt payé par ce sous-traitant et sera viendra en crédit de sa facture d'impôt éventuelle. Mais, si ce sous-traitant n'est pas un résident, le montant retenu sera souvent considéré comme un impôt « final », satisfaisant pleinement à toute obligation fiscale à laquelle ce sous-traitant peut par ailleurs être assujetti par l'État en matière de revenu pertinent à ce contrat. La raison d'être de ceci est, en un mot, une facilité administrative.

L'importance des retenues d'impôt est facile à comprendre si l'on prend un exemple tout simple. Supposons que la société A, la « Société des Mines d'arrière-cour », est

une société minière locale qui n'utilise aucun sous-traitant. Elle s'occupe elle-même du forage, du traitement des déchets, et de toutes les autres opérations minières. Les bénéfices sur cette activité minière représentent les revenus imposables de la société A (nous simplifions ici les choses à des fins d'illustration), l'État perçoit donc les impôts sur ce revenu par le biais de l'impôt général sur le revenu des sociétés.

Prenons maintenant une société B, la « Société des Mines d'avant-cour », qui exploite une mine identique, mais s'appuie sur des sous-traitants situés à l'étranger pour la plupart de ses opérations. Dans ce cas, tous les bénéfices de l'exploitation minière ne reviennent pas à l'opérateur local, comme dans le cas de la société A, une certaine partie de ces bénéfices étant en fait réalisés par des sous-traitants à l'étranger. Ces bénéfices font partie des paiements effectués par la société B, et sont déduits dans le calcul de son impôt sur le revenu. En l'absence de retenue d'impôt ou de tout autre moyen d'atteindre ces sous-traitants, ces profits échapperaient entièrement à toute imposition.

Les taux de retenue à la source en vigueur sont généralement spécifiés dans la législation fiscale, mais les contrats miniers peuvent prévoir des exonérations totales ou partielles de ces impôts ou les stabiliser pendant un certain temps à titre de motivation. La pratique varie considérablement tout à la fois en termes de taux de retenue à la source et en termes de différence de traitement des divers types de paiements – intérêts, dividendes, ou services – et certains taux peuvent être réduits pour une période initiale à titre de motivation. Des taux dans une fourchette de 5 % à 10 % sont courants. Il est également fréquent pour les conventions de double imposition de limiter les retenues d'impôt comme il est discuté plus en détail dans le chapitre qui suit ayant trait aux « Défis spéciaux », et ce qui est écrit dans la loi ou le contrat peut conséquemment ne pas être le taux en vigueur lorsque l'investisseur est en mesure de bénéficier d'un taux de traité moins élevé.

Voici un exemple de la manière dont les retenues à la source sont traitées dans le contrat d'exploitation minière, Libéria-China Union (2009), Article 14.3 (c) :

Au lieu des provisions pertinentes aux taux de retenues à la source prévues par l'article 806 de l'annexe 6 applicable aux non-résidents et des provisions prévues par le Code des impôts applicable aux résidents, le Concessionnaire se doit de retenir l'impôt sur les paiements au bénéficiaires des non-résidents et résidents aux taux suivants, lesdits taux restant en vigueur pendant les 12 premières années : (i) Dividendes, 0 pour cent ; (ii) intérêt, 5 pour cent ; (iii) paiements pour services, 5 pour cent. Par la suite, lesdites retenues à la source seront conformes au taux prévus par l'article 809 de l'annexe 6 dans le cas des non-résidents et tels que prévus par ailleurs dans la Loi en vigueur en ce qui concerne les résidents.

Un aspect important en matière de retenues d'impôt qu'il serait trop compliqué de discuter en détail ici est la question de savoir si les obligations en matière de retenue d'impôt d'un État doivent s'étendre aux paiements effectués par l'entreprise minière pour des services rendus par une société non affiliée et prenant place à l'extérieur de l'État, lorsque ce prestataire n'a aucun lien avec l'État autre que celui de facturer une entreprise d'extraction minière situé sur le territoire de cet État pour une prestation de services. Par exemple, la « Société des Mines d'arrière-cour » envoie des carottes de forage dans un autre pays pour en tester la teneur en or. Ce laboratoire d'analyses d'échantillons, qui n'a aucun lien avec le pays hôte de la Société des Mines d'arrière-cour, devrait-il être soumis à un impôt dans cet autre pays ? Ce livre ne prend pas position sur cette question, mais elle est au centre de nombreux débats.

OUTILS FLEXIBLES ET IMPÔT SUR LA RENTE

Les prix des minéraux sont par nature imprévisibles et peuvent monter et descendre de façon spectaculaire au cours de la vie d'une mine donnée. Les coûts peuvent également varier de manière considérable. Un des défis pour par les gouvernements dans la conception des systèmes fiscaux est de percevoir une part importante des profits anormalement élevés tout en évitant de nuire à la viabilité de ces projets pendant les périodes de faible rentabilité. Pour ce faire, les États favorisent maintenant des outils de revenus progressifs qui saisiront une part croissante des revenus lorsque la rentabilité est meilleure. Comme nous en avons discuté plus haut dans ce chapitre dans le cadre des redevances *ad valorem* basées sur le profit, des régimes munis de tels outils laissent espérer une meilleure stabilité dans le temps, dans la mesure où ils fournissent des rendements équitables à la société minière et à l'État dans un plus large éventail de circonstances.

Ces outils fiscaux se présentent généralement sous la forme de suppléments à d'autres instruments financiers de base. Alors que les noms utilisés pour désigner ces impôts diffèrent d'un pays à l'autre, ils sont généralement exprimés par :

- ✱ Taxes sur les profits exceptionnels ou excédentaires, qui, en dépit de leur nom, sont généralement déclenchées par des prix élevés, sans considération du niveau de bénéfices associés ;
- ✱ Impôts sur les bénéfices tirés des ressources ; et
- ✱ Redevances à échelle variable basées sur la production : en plus des redevances *ad valorem* et des redevances basées sur les bénéfices discutées ci-dessus, il existe un potentiel de redevance basée sur la production. Bien qu'elles soient fréquemment

rencontrées dans le secteur pétrolier, elles sont moins courantes dans le secteur des mines, mais constituent toutefois une éventualité.

Tout d'abord, un peu de terminologie. La « Rente » est un terme utilisé par les économistes pour décrire un rendement excédentaire au rendement minimal nécessaire pour qu'un investisseur s'engage dans cet investissement. Ainsi, si un investisseur nécessite un rendement prévu de 25 % pour s'engager dans un investissement spécifique, tout rendement supérieur à 25 % représente la « rente ». En théorie, celle-ci pourrait être soumise à un taux d'imposition de 100 % sans pour autant affecter la décision de l'investisseur. Dans la pratique, il n'existe pas de ligne claire en ce qui concerne le rendement minimum requis par les investisseurs et il ne s'est produit aucune tentative sérieuse d'appliquer à la totalité de la « rente » un taux d'imposition supérieur à celui de l'impôt sur les bénéfices, exception faite de sommes modestes.

Des outils flexibles à des fins de prélèvement de la rente sont très répandus dans le secteur pétrolier, mais ils sont moins courants dans le secteur minier. L'intérêt des pays riches en ressources minérales pour ce type d'imposition va toutefois croissant, avec l'intention de prélever une plus grande part de la rente sans pour cela surimposer l'industrie pendant les périodes de moindre rentabilité. Chacun de ces outils peut être trouvé dans la loi et / ou les contrats. Bien que l'importance et la motivation politique de l'introduction de tels instruments d'impôt progressif aient été le prélèvement de revenus ou profits potentiels en amont, il est également prévu qu'ils apporteront une flexibilité ou une robustesse fiscale au régime fiscal global, c'est à dire, un ajustement automatique à l'évolution des circonstances – un prélèvement moindre de la part du gouvernement lorsque la rentabilité est faible, un prélèvement plus conséquent lorsque la rentabilité est bonne.

Ce concept est généralement appelé « de progressivité » et il est important de le bien comprendre. Bien que tous les outils fiscaux génèrent davantage de revenus pour le gouvernement quand les prix montent, certains d'entre eux sont plus efficaces que d'autres. Par exemple, si un pays ne recueille que des redevances, il peut générer plus de revenus quand le prix de l'or monte, mais cette somme d'argent supplémentaire qu'il perçoit ne sera pas proportionnelle à celle dont l'entreprise bénéficie. La « Part » de la société du total des revenus sera plus élevée à mesure que les prix montent. C'est ce qu'on appelle un impôt régressif. Dans le cas d'un impôt progressif, la situation est inversée. L'entreprise et le gouvernement bénéficient tous deux d'une hausse des prix, mais la part du gouvernement augmentera proportionnellement plus que celle de l'entreprise. Ce qui est bien entendu très bien vu par les gouvernements.

Une dernière chose dont il faut se souvenir... bien que chaque outil fiscal puisse être progressif ou régressif, il est important de considérer l'interaction des outils divers. Un régime fiscal peut disposer d'une redevance et d'un impôt sur le revenu ainsi que d'un outil plus progressif mais toujours se situer en fin de compte dans une situation régressive. La source du mal se situe souvent au niveau des détails.

TAXE SUR LES RENTES DES RESSOURCES

Les taxes sur les rentes des ressources sont les plus sophistiquées des mécanismes utilisés pour prélever des rentes. Une taxe sur les rentes des ressources comporte trois éléments de base : (1) un taux seuil de rentabilité de entreprise minière (ou plusieurs seuils) au-dessus duquel la taxe est applicable, (2) le taux prévu de taxe(s) applicable une fois que ce seuil a été dépassé, et (3) une base d'imposition, qui est typiquement le flux de trésorerie d'un projet particulier. Alors que l'impôt sur le revenu est basé sur le revenu imposable, les taxes sur les rentes des ressources sont généralement applicables au flux de trésorerie cumulé – en tenant compte des dépenses (paiements pour le capital et l'équipement, les biens et services) et les recettes (revenus générés par les ventes). (Dans la mesure des flux de trésorerie, les coûts et les paiements relatifs au financement du projet ne sont pas pris en compte.) Si la rentabilité dépasse le seuil, par exemple un taux de seuil de 20 % de rentabilité, une taxe est payée sur l'excédent.

Bien que la mesure du taux de rentabilité à un moment spécifique puisse sembler quelque peu complexe, il s'agit dans la pratique d'un calcul mécanique s'appuyant sur certains des éléments nécessaires au calcul du revenu imposable. Il y a relativement peu d'exemples de projets miniers assujettis à une taxe sur la rente des ressources (ils sont plus fréquents dans le secteur pétrolier), mais leur prise en considération prend de l'ampleur. Les contrats qui utilisent les taxes sur les rentes des ressources disposent d'annexes détaillées en stipulant le calcul ou se réfèrent à la législation.

OUTILS FONDÉS SUR LE COURS

Plutôt que de tenter de mesurer la rentabilité directement par le biais d'un calcul des rentes des ressources, une approche différente consiste à utiliser les prix des matières premières comme indicateur approximatif de la rentabilité, en assumant qu'un prix de minerai plus élevé entraîne des profits plus élevés. Une redevance à échelle variable, par exemple, peut appliquer un taux de redevance lorsque le prix dépasse le prix de référence. Il est des pays qui ont appliqué dans certains cas des impôts « exceptionnels » sur le profit lorsque les prix dépassent certains niveaux. L'impôt sur les bénéfices

exceptionnels est généralement un pourcentage du chiffre d'affaires attribuable à la différence entre ce que l'investisseur aurait gagné au niveau du seuil et ce que l'investisseur gagne au prix réel plus élevé. Parce que ces impôts ne tiennent pas compte des coûts, ils ne sont que faiblement liés aux bénéficiaires, et ont souvent été abrogés après opposition de la part de l'investisseur (voir, par exemple, l'expérience de la Zambie).

DÉVELOPPEMENT COMMUNAUTAIRE

Une pratique nouvelle consiste à faire bénéficier immédiatement les communautés affectées de la répartition des avantages monétaires d'un projet d'exploitation minière en établissant un flux de liquidités dédié qui leur va directement et non par l'intermédiaire préalable de l'autorité fiscale centrale.

Ce flux de revenus est parfois négocié dans le cadre du paquet budgétaire entre le gouvernement national et la société. C'est le cas en Guinée par exemple. Dans ce système, le gouvernement national peut négocier les revenus ciblés sur le développement communautaire avec la société d'exploitation minière au nom de la communauté. Le Code minier guinéen, dans son article 130, exige qu'un pour cent du chiffre d'affaires des sociétés minières soit versé dans un fonds de développement local administré au niveau local.

Dans un système différent, les collectivités peuvent négocier directement avec l'entreprise. C'est le cas au Canada ou en Australie, où les communautés autochtones sont considérées comme étant des nations souveraines. Au Canada, par exemple, Falconbridge, une entreprise minière, a signé ce qu'on appelle une «Entente sur les répercussions et les avantages» directement avec la population inuit de Raglan dans le nord du Québec. Au cours des vingt années qui ont suivi, l'entreprise a effectué des paiements directement aux Inuits dans un modèle qui a créé un précédent depuis suivi partout ailleurs, comme par exemple à Quintette dans le Yukon. Un arrangement similaire est en vigueur à la mine d'uranium de Kakadu dans le Territoire du Nord de l'Australie.

Il est important de bien comprendre que ces exemples décrivent une situation de paiement direct de la société à la communauté, et non pas simplement un mécanisme convenu de partage des revenus allant du gouvernement central aux institutions sous-nationales.

AUTRES TAXES

DROITS À L'IMPORTATION

Un aspect parfois contentieux et complexe de bien des régimes fiscaux est l'application du régime général tarifaire d'importation au secteur minier. Ces droits représentent souvent des recettes importantes dans les pays à faible revenu ; ils peuvent également être utilisés pour protéger l'industrie nationale.

Les droits d'importation peuvent faire une énorme différence sur la rentabilité globale d'une exploitation minière. Parce que l'exploitation minière est lourde en investissements, la rentabilité globale de l'entreprise est fortement dépendante du calendrier des coûts et des revenus. Les coûts initiaux lourds sont amplifiés par l'addition d'importants droits d'importation. De plus, la plupart des marchandises importées dans les phases d'exploration et de développement ne peuvent souvent pas être obtenues localement (ce qui rend caduque l'objectif de protection du secteur national). Dans cette optique, de nombreux pays réduisent ou éliminent les droits d'importation sur les biens d'équipement ou les marchandises spécifiquement prévues pour le projet. Si la « Société des Mines d'arrière-cour » doit payer les droits d'importation sur chaque engin de terrassement, chargeur frontal, et sur tout autre matériel nécessaires à l'exploitation, il est facile de percevoir comment cela pourrait augmenter fortement des coûts initiaux déjà élevés.

Un problème particulier se présente avec des produits tels que l'essence qui sont fongibles et peuvent facilement se frayer un passage hors de l'économie du secteur des mines et éviter ainsi les droits de douane. De nombreux contrats miniers stipulent des dispositions spécifiques exprimées en volume pour résoudre ces problèmes.

Si l'état persiste toutefois dans sa perception des droits d'importation, il perçoit les recettes générées par celles-ci beaucoup plus vite qu'il ne perçoit les recettes fiscales supplémentaires. Du point de vue de l'État, cela représente un compromis de valeur. Si l'on considère uniquement les droits d'importation, un tarif de droit à l'importation de 5 % et un entrepreneur devant importer 250 millions de dollars de biens et de matériel, c'est une somme supplémentaire de 12,5 millions de dollars de recettes qui sera disponible beaucoup plus rapidement que tout autre produit de l'impôt sur le revenu perçu par l'État. Les investisseurs demandent très souvent des exemptions en matière de droits d'importation.

TAXE SUR LA VALEUR AJOUTÉE

La Taxe sur la valeur ajoutée (TVA) est un type courant de taxe sur la consommation, c'est à dire qu'elle s'applique à la consommation des contribuables plutôt qu'à leur revenu. La TVA est appliquée sur la consommation intérieure, et est par conséquent généralement payée sur les importations et remboursée sur les exportations. Comme il est courant pour une société minière d'exporter la majeure partie de sa production minérale vers les marchés internationaux, il est dans la logique du principe de la TVA que ces exportations n'y soient pas soumises et en soient exemptées ou fassent l'objet d'un remboursement. Dans la mesure où les mécanismes de remboursement sont souvent inadéquats, les contrats exemptent souvent les entreprises minières de la TVA sur leurs importations de capitaux ou des autres matériaux utilisés dans l'exploitation minière.

PAIEMENTS POUR LOCATION DE SURFACE

Un autre élément de nombreux régimes fiscaux est le paiement pertinent à la location de la surface du terrain au gouvernement central ou aux gouvernements sous-nationaux, le cas échéant. (Ceux-ci doivent être distingués des paiements au bénéfice des propriétaires fonciers privés, qui ne font pas partie des revenus de l'État). Les paiements pour cette location de la surface sont généralement un montant fixe ou par km² et peuvent être automatiquement indexés à l'inflation. Ils ne représentent habituellement pas une source de revenus importante, mais ils découragent une taille excessive des exploitations.

COORDINATION DES DIFFÉRENTS OUTILS FISCAUX

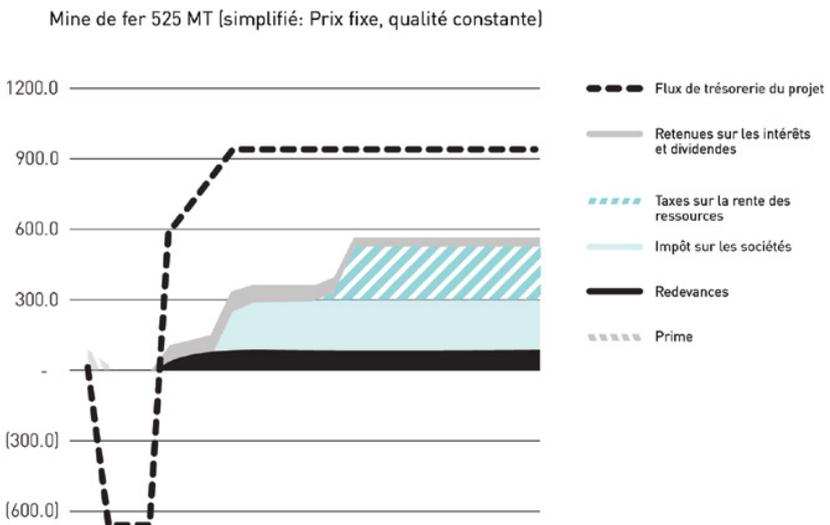
Il est clair qu'un certain nombre d'outils de recettes peuvent s'appliquer à un projet minier. On ne le dira jamais assez : les outils fiscaux ne peuvent absolument pas être examinés ou évalués isolément. Ils doivent être considérés comme un tout, dans le cadre d'un « Régime fiscal ».

Il convient de tenir compte des différences entre les outils. Les impôts sur le revenu ne commencent à générer des revenus significatifs qu'après un certain nombre d'années après le début de la production. Pourquoi ? Parce que les lois applicables à l'impôt sur le revenu permettent aux contribuables la déduction des frais d'exploitation et du coût de leur usine et de l'équipement de leur chiffre d'affaires dans la détermination du revenu imposable. Les sociétés minières accumulent des très importants coûts de cette nature avant même de générer des recettes d'exploitation conséquentes. Par conséquent,

même si elles peuvent générer des liquidités importantes une fois que l'exploitation commence, leur revenu imposable s'en trouve réduit ou nul jusqu'à ce qu'elles aient appliqué la déduction de leurs coûts d'exploitation de départ et la plus grande partie de leur frais d'investissement.

Les redevances, de leur côté, ont l'avantage de fournir un flux de revenu au gouvernement dès le début de la production. Mais cet avantage pour le gouvernement est un poids sur l'investisseur : il envoie des liquidités au gouvernement alors même que l'investisseur est toujours en train de chercher à amortir ses coûts et peut-être même d'investir dans une expansion de l'exploitation ou dans d'autres investissements importants. Dans la mesure où la plupart des redevances prélèvent un pourcentage fixe du revenu total, elles ont un effet d'« étouffement » sur l'investisseur. Les prix des minerais ne baissent pas proportionnellement aux coûts d'exploitation quand ils le font, et la marge entre les coûts d'exploitation et les revenus disponibles à l'entreprise d'exploitation minière après paiement de redevances s'en trouve donc réduite. Ceci peut conduire à des décisions prématurées de fermeture d'une mine ou de réduction de la production. Inversement, le profit généré augmente, mais de manière limitée pour le gouvernement, si les redevances sont le seul outil qui soit appliqué.

Tout au long de la durée de vie d'un projet d'exploitation minière, les différents outils fiscaux peuvent s'assembler de la manière dont les représente la figure ci-dessous. Cela est bien entendu fonction des outils fiscaux utilisés par le pays, entre autres facteurs. Ceci illustration ne représente qu'un des résultats possibles dans un modèle stylisé.



Il est important de se rappeler le compromis que représentent les paiements initiaux. Les paiements initiaux peuvent être « coûteux » pour l'État. Les investisseurs s'attendent à ce que de nombreuses dépenses d'exploration ne soient jamais récupérées. Le taux de rendement auquel ils s'attendent dans le cas d'un projet couronné de succès doit être suffisant pour compenser tout à la fois les coûts de ce projet et une partie de leurs frais d'exploration pertinents à des projets qui n'ont pas abouti. Tout paiement initial effectué avant découverte sera traité par un investisseur comme un coût d'exploration de haut risque, et même un paiement de ce qui peut être jugé comme un apport initial faible peut suffire à convaincre un investisseur qu'un programme d'exploration donné présente trop de risques.

Les taxes sur les rentes des ressources ont l'avantage de ne pas avoir d'impact sur l'investisseur, sauf dans le cas où l'investissement s'est avéré très profitable. Elles agissent pour le gouvernement comme une assurance garantissant que l'état recevra une grande part des bénéfices si les rendements sont élevés, mais ne surchargera pas l'investisseur lorsque les rendements sont plus faibles. Cela peut fournir un meilleur équilibre des intérêts économiques et politiques.

Comment peut-on évaluer un ou des régimes fiscaux particuliers dans un pays donné ? Pour ce faire, un outil appelé modèle financier est nécessaire.

MODÉLISATION FINANCIÈRE

Alors que les gouvernements et les citoyens veulent bien entendu maximiser les avantages d'un investissement par le biais des impôts, des infrastructures, de la responsabilité sociale des entreprises et par d'autres moyens, la réalité est que le budget d'une entreprise n'est pas illimité. L'astuce pour les gouvernements est de savoir ce qu'ils peuvent obtenir des investisseurs sans pour cela mettre leurs investissements à risque. Ceci requiert un modèle financier.

Les modèles financiers 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 incitations 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 ?

Toutes les entreprises génèrent un modèle financier (généralement une feuille de calcul dans Excel ou un programme similaire) montrant les flux de trésorerie, les opérations minières et les impositions diverses dans la perspective de scénarios différents, ce qui leur permet de considérer le cadre financier dans leur propre perspective. Lorsque des pressions sont appliquées sur les sociétés, les incidences financières sont entrées dans le modèle pour en déterminer les effets ou l'impact sur l'ensemble de l'exploitation minière.

Certaines décisions, importantes dans le cadre du développement économique du pays, peuvent avoir un impact limité sur les activités de l'entreprise, et certaines peuvent même améliorer leurs flux de trésorerie. L'alimentation en énergie en est un exemple. Une entreprise peut déterminer que certaines dépenses en capital seront nécessaires pour assurer à la mine une alimentation électrique fiable. Si elle doit couvrir cet investissement de par elle-même, comme cela se faisait le plus souvent dans le passé, les coûts initiaux sont élevés pour cette entreprise. Un partenariat avec le secteur public pour assurer un approvisionnement sur une plus grande échelle pourrait signifier des coûts unitaires plus faibles et même un investissement en capital initial moins important. Il est donc utile de connaître le modèle financier de l'entreprise ou de générer un modèle représentatif dans les cas où l'entreprise ne divulgue pas le sien au gouvernement. Cela permet non seulement de donner au gouvernement une idée de la viabilité de telle ou telle décision, mais aussi des chances de succès de certains aspects qui pourraient être mis sur la table.

La « part » de ce même gouvernement peut être obtenue à l'aide de différents instruments fiscaux, si la modélisation peut aider les parties à négocier un ensemble d'outils sans doute différents, mais qui résultent néanmoins en une répartition globale similaire des revenus sur la durée de vie d'un projet. En outre, le calendrier des recettes de l'État sera affecté de manière significative par le choix des instruments. Pour vraiment comprendre cette interaction et l'impact des différents instruments fiscaux, il est important de construire des modèles financiers permettant de prévoir les flux de revenus / de bénéfices d'un projet tout au long de la vie de la mine et dans divers scénarios possibles, en tenant compte des incertitudes inhérentes, en tout particulièrement des prix futurs du marché.

Mais il est cependant possible de se laisser quelque peu emporter par la modélisation. Il convient donc de garder à l'esprit qu'un modèle ne prédit que les résultats sur la base d'un jeu de suppositions (prix, coûts, etc.), et que ces suppositions ne sont que... des suppositions. Et toute importante et utile que la modélisation puisse être, elle ne peut que rarement prédire parfaitement la réalité, ce qui n'arrive peut-être jamais. S'ils sont utilisés à des fins de prédiction des revenus (dans le cadre de la budgétisation nationale, etc.), les modèles doivent être continuellement mis à jour pour ajuster les hypothèses et tenir compte des activités ayant pris place dans le passé.

DÉFIS PARTICULIERS

Dans ce chapitre, nous résumons quelques-unes des questions qui préoccupent les personnes responsables de la conception et de l'application d'un régime fiscal pour l'exploitation minière.

COMBIEN AVEZ-VOUS GAGNÉ ?

Les recettes générées par les impôts dépendent non seulement du taux d'imposition, mais aussi des règles de calcul de l'assiette fiscale. Ce qui, à première vue, semble bien être tout simple. La « Société des Mines d'arrière-cour » déclare la valeur générée par la vente de son or et le montant total de ses coûts et l'État impose la différence – le profit – à un certain taux. Mais l'intervention de différents facteurs vient brouiller cette image, d'apparence si nette.

Les coûts de financement propres à la « Société des Mines d'arrière-cour » peuvent englober la meilleure partie du revenu (« sous-capitalisation »), et doivent être évalués. Une grande partie de son approvisionnement en intrants et de ses ventes d'or peuvent être traités par le biais d'autres sociétés sous son contrôle (« La « Société des Mines d'arrière-cour BV » aux Pays-Bas, « et La « Société des Mines d'arrière-cour » Inc. » aux îles Caïmans), ce qui complique la détermination du prix réel (une question de « prix de transfert »). Elle pourrait également avoir verrouillé un prix à l'avance pour faire face à ses propres besoins en matière de flux de trésorerie, ceux-ci s'étant finalement avérés être de beaucoup inférieurs ou supérieurs au prix reconnu du marché (« couverture à terme »). Prenons chacun de ces éléments tour à tour.

DÉDUCTION DES INTÉRÊTS ET DES LIMITES DE LA DETTE / DES FONDS PROPRES

Les contrats miniers ou la législation y afférente établissent souvent le ratio d'endettement maximal d'un projet. Un exemple tiré du contrat d'exploitation minière Libéria – Mittal (2006), Article 14 :

« Le ratio d'endettement du TITULAIRE DE CONCESSION ne doit dépasser en aucun moment 3 :1. [...] » Dans le cadre de la présente Section 3, le terme « dette » est défini comme étant la dette dudit CONCESSIONNAIRE et le terme « Fonds propres » est défini par les fonds propres du TITULAIRE DE CONCESSION, comme ils sont définis par les pratiques comptables habituelles. »

Le contrat empêche l'entreprise d'emprunter plus de 75 % de l'argent nécessaire à l'investissement dans le projet. Ceci parce que l'intérêt sur le financement de la dette est considéré comme étant un coût (déductible) pour l'entreprise. Ce qui signifie que, si le choix leur est laissé, les entreprises préfèrent souvent financer leurs opérations par une dette plutôt que par une immobilisation de leurs propres fonds. Le contrat libérien confronte ce problème en établissant un niveau plafond du ratio d'endettement.

Une autre approche à cette même question consiste, non pas en l'établissement d'un niveau plafond du ratio d'endettement, mais en fixant à quel degré les paiements des intérêts sur la dette sont des coûts déductibles, par le biais d'une règle dite de « sous-capitalisation ». Voici un exemple d'une telle disposition dans l'accord Mongolie – Oyu Tolgoi (2009) :

« Section 2.31.1 Si le ratio d'endettement de l'Investisseur excède 3 :1, tout intérêt afférent à la dette excédentaire ne sera pas déductible en termes fiscaux.

1.1.2. Si le ratio d'endettement de l'Investisseur excède 3 :1, tout intérêt afférent à la partie de la dette qui n'excède pas le ratio demeure strictement déductible en termes fiscaux ;

1.1.3. Dans le calcul de la dette totale pertinente audit ratio d'endettement, la dette des parties liées ainsi que celle des parties non liée sont considérées, les passifs non productifs d'intérêt étant toutefois expressément exclus ;

1.1.4. Dans le calcul de l'endettement total à des fins d'établissement du ratio, les actions ordinaires et les actions privilégiées seront incluses ; et

1.1.5. Tout intérêt non-déductible est réputé être un dividende et est imposé selon les lois et règlements et les conventions de double imposition en vigueur. Tout tel intérêt non-déductible ne sera pas assujéti à une quelconque retenue à la source sur les intérêts ».

D'autres approches peuvent également se présenter. Dans certains systèmes, les déductions d'intérêt sont limitées à un certain pourcentage déterminé du revenu imposable. Cela signifie que, même dans les premiers stades du projet lorsque la société peut avoir une énorme dette due aux dépenses en capital, la déduction de ces intérêts ne peut jamais éliminer totalement le revenu imposable. Un autre objectif clé des limites imposées en termes de ratio d'endettement est de s'assurer que l'entreprise ait un intérêt direct dans l'affaire. Une partie de ses fonds propres doit être impliquée dans le risque.

Comment tout cela peut-il être vérifié ? En fin de compte, le gouvernement doit maintenant analyser les soumissions qui lui sont faites par la société, non seulement en matière de coûts et de ventes, mais aussi les conditions dans lesquelles elle emprunte. Et si les paiements d'intérêts sont déductibles de la facture fiscale globale, comment le gouvernement peut-il s'assurer qu'ils sont raisonnables ? Alors que certains contrats spécifient l'utilisation de taux d'intérêts de référence, liés, par exemple, au LIBOR («taux interbancaire pratiqué à Londres» utilisé par les banques pour emprunter l'une de l'autre), la majorité de ces contrats ne le fait pas. Cela peut tout particulièrement se compliquer si l'entreprise emprunte d'une filiale, comme c'est souvent le cas.

PRIX DE TRANSFERT

Plus de la moitié de toutes les transactions transfrontalières dans le monde prennent place entre des entreprises qui sont affiliées. C'est également le cas dans le secteur minier. Dans la mesure où elle est maintenant devenue une entreprise qui s'étend dans le monde entier, la «Société des Mines d'arrière-cour» peut acheter un lot de biens et de services de la «Société des Mines d'arrière-cour LLC», constituée en société aux Bermudes, et vendre une grande partie de son or à la «Société de ventes des Mines d'arrière-cour», officiellement constituée en société dans la petite ville suisse de Baar, mais surtout active sur les marchés de l'Asie de l'Est. Les prix de telles transactions sont connus sous la dénomination «prix de transfert». La question est de déterminer si ces prix reflètent la valeur réelle du marché ?

L'expression «prix de transfert» est devenue dans certains milieux synonyme de pratique douteuse. Mais il est important de comprendre que le prix de transfert en lui-même est un instrument central des marchés mondiaux internationaux. Les comptables débattent chaudement au sujet des règles les plus pertinentes en matière de prix de transfert. L'OCDE dispose d'un système de lignes directrices en matière de prix de transfert. L'ONU a le sien. De nombreux pays ont développé leurs propres approches. Le problème est de savoir si ces règles sont abusées ou non.

Comment cela pourrait-il se produire? Supposons que la « Société des Mines d'arrière-cour » achète la totalité de ses intrants de filiales situées dans les Îles Caïmans, un pays à faible imposition, et paie le double du taux en vigueur pour ces produits. Supposons encore qu'elle vende cet or avec une rabais de 30 % sur le prix du marché mondial à une filiale dans un autre pays à faible imposition qu'on pourrait à la rigueur appeler un « paradis fiscal. » Elle se retrouverait de la sorte avec beaucoup moins de revenus dans son pays d'accueil et paierait en conséquence beaucoup moins d'impôts. Les impôts dans les autres pays pourraient être plus élevés, mais dans la mesure où ces pays ont des faibles taux d'imposition sur les sociétés ou n'en ont même pas du tout, la facture totale d'impôts s'en trouverait réduite. Les choses se présentent particulièrement bien pour la « Société des Mines d'arrière-cour ».

Comment s'en prémunir dans un contrat? Bien que cela s'avère relativement difficile, certaines mesures peuvent contribuer à aider. La plupart des régimes fiscaux ou des conventions minières exigent que les prix de ces transactions soient les mêmes que ceux que l'entreprise obtiendrait dans une transaction « indépendante ». Mais la détermination du prix de pleine concurrence et la surveillance de ces opérations peuvent représenter un défi. Pour aider les gouvernements à cet égard, certains accords miniers contiennent des dispositions requérant le report de ces transactions, la documentation pertinente à la base utilisée pour la détermination des prix indépendants utilisés et, dans certains cas, un certificat généré par un directeur de la société pertinent à ces prix, comme dans l'article suivant, tiré de l'article 17.4 (e) de l'accord Libéria – Putu (2010) :

« Les comptes financiers de chaque année doivent être accompagnés d'un certificat émis par le Directeur financier de la Société certifiant que

(i) à l'égard des produits ou services couverts par un Accord sur les prix en vigueur au cours de la période considérée, les prix de transfert de la Société au cours de cette année ont été calculés conformément audit Accord sur les prix et (ii) à l'égard de biens ou services vendus ou fournis dans le cadre d'une transaction entre la Société et une filiale ou une personne associée à ladite Société non couverts par ledit Accord sur les prix, les prix imposés aux dites transactions au cours de la période considérée sont calculés conformément à l'article 20.7. ».

Un élément essentiel de la dynamique des prix de ventes est la valeur commerciale de la marchandise. Pour les redevances, ceci est parfois traité en basant le calcul de la redevance sur le prix de référence international plutôt que sur le prix réel reçu par le vendeur (voir la discussion sur les redevances). Mais ceci n'est pas toujours possible. Tous les minéraux dans tous les marchés n'ont pas de prix publiés en temps réel, bien que

de plus nombreux « repères » couvrant plus de produits soient devenus disponibles au cours des dernières années. Une petite mise en garde : même si un prix de référence international est utilisé, la qualité du minerai vendu peut être différente (meilleure ou moins bonne) que la qualité sur laquelle ce prix de référence international est basé, et ceci être doit être pris en compte.

Une dernière exception... Il arrive que le prix du marché de l'exportation ne reflète pas véritablement un prix équitable pour tel ou tel pays d'origine. Dans ce cas, un prix de « netback » reliant le prix public au prix de la juridiction minière pourrait être utilisé. Cela signifie la soustraction de tous les coûts de transport, d'assurance et de tous les coûts divers impliqués dans l'acheminement du produit du pays d'accueil sur le marché. Une estimation de la valeur du minerai dans la juridiction minière est parfois convenue à l'avance entre le gouvernement et la société dans ce qui s'appelle un « accord de fixation préalable des prix de transfert » (APA, Advanced Pricing Agreement). Plutôt que de procéder à un contrôle systématique des coûts de chacune des expéditions par le gouvernement, les deux parties s'entendent sur une méthode d'évaluation permettant d'éviter tout argument ultérieur. Les APA ne sont généralement pas inclus dans le contrat d'exploitation lui-même, bien que le contrat puisse exiger de la société et du gouvernement d'en passer un avant le début de la production.

Les frais de gestion payés par la « société locale des Mines d'arrière-cour » à la société mère pour les services fournis par cette dernière représentent un autre aspect délicat de la question des prix de transfert. Ceux-ci sont souvent calculés comme étant un pourcentage des coûts d'exploitation ou d'investissement, ces pourcentages pouvant fortement varier sur une grande échelle. Ces frais peuvent réduire considérablement le revenu imposable, et les assimiler à des transactions comparables sur le marché est chose difficile. Certains gouvernements limitent les déductions à un pourcentage fixe, comme par exemple deux pour cent des coûts d'exploitation. Dans certains cas, les frais de la société locale dans le pays d'accueil peuvent être limités au coût réel, majoré d'une marge de profit convenue. Dans tous les cas, il est bon de préciser clairement les services fournis par la société mère ou par ses filiales qui sont couverts par les frais de gestion. Ceci peut se présenter sous la forme d'une liste détaillée des coûts et des services qui **ne sont pas** couverts. Il est tout particulièrement important de préciser si ces frais comprennent l'ensemble du savoir-faire ou de la propriété intellectuelle nécessaires dans le cadre de la mine.

La complexité de la chaîne d'approvisionnement dans le monde moderne ne saurait être surestimée. Prenons un exemple : lorsque le gouvernement de l'Ouganda a exercé

son droit d'audit envers une entreprise pétrolière au tout début d'un projet, cette entreprise avait déjà conclu des contrats avec plus de 200 sociétés différentes. Une partie importante des services achetés étaient des services pour lesquels aucun prix de marché n'existait. Cette situation se retrouve dans les opérations minières.

STRATÉGIE DE COUVERTURE DE RISQUES

Pour se protéger des fluctuations de prix, les entreprises prennent souvent une « couverture ». Par exemple, certains prêteurs peuvent exiger des sociétés minières auxquelles elles prêtent des fonds de réduire leur exposition à une baisse possible du prix des matières premières dans le futur en vendant une partie de leur production à venir à un prix convenu à l'avance. Ceci est généralement appelé un « contrat à terme ». La société peut également payer immédiatement une somme faible lui permettant d'acheter une « option » lui permettant de vendre à un prix déterminé pendant une période de quelques mois. Elle pourra choisir de profiter ou non de cette option en fonction des prix du marché au moment de la vente. Ces instruments financiers, ainsi que bien d'autres, peuvent fournir une protection à la société en cas d'un effondrement des prix (le revers de la médaille est qu'elle pourrait ne pas profiter pleinement des avantages des hausses de prix futures).

Une prise de couverture peut aider une entreprise à naviguer la volatilité des marchés et à assurer que les projets demeurent économiquement viables. Notons en passant, et bien que cela sorte du cadre de notre sujet, que de nombreuses personnes estiment que la « financiarisation » massive des marchés des matières premières a également contribué à alimenter les hausses de prix sans précédent de la dernière décennie. Mais une prise de couverture peut également signifier que le chiffre d'affaires réel de la société minière sera en fait très différent de ce qui est observé sur le marché. Par exemple, si la « Société des Mines d'arrière-cour » a convenu de vendre la totalité de sa production des cinq prochaines années à un prix de 1 200 dollars l'once, mais que les prix montent à 1 600 dollars l'once, elle ne sera pas aussi rentable que si elle n'avait pas pris de couverture. Mais, si les prix tombent à 800 dollars l'once au cours de cette même période, elle sera beaucoup plus rentable et ses revenus seront ainsi protégés.

Du point de vue du gouvernement du pays d'accueil, ceci peut avoir des conséquences indésirables. En quelques mots, lorsque le prix de vente est inférieur au prix du marché, la prise de couverture peut réduire les redevances perçues par le gouvernement si cette redevance a été basée sur le prix de vente perçu (plutôt que sur un prix de marché publié).

Pour éviter ceci, certaines juridictions précisent que les redevances sont basées sur le prix du marché libre (le prix courant) et non pas sur les prix futurs du marché, et excluent expressément les opérations de couverture en termes de détermination du revenu imposable. La société peut toutefois prendre une couverture, soit par le biais de ses opérations internationales, soit par le biais d'une entité locale distincte. Mais les recettes fiscales de l'État ne prendront pas en considération ces décisions financières.

STABILISATION

Un projet minier d'importance, avec les infrastructures associées, peut nécessiter des milliards de dollars de capital. Une fois en place, la plus grande partie de ce capital ne peut plus être facilement déplacée. Les investisseurs portent donc un intérêt primordial à la stabilité du régime fiscal sur l'ensemble de la vie du projet qui, comme nous l'avons vu, pourrait s'étendre sur 50 ans ou plus. De son côté, le gouvernement peut souhaiter mettre l'investisseur en confiance. Ceci est d'une importance toute particulière dans les juridictions dont les institutions sont relativement faibles ou dans lesquelles la stabilité politique à long terme peut être douteuse.

Ce problème est souvent résolu par l'utilisation d'une clause de stabilisation incluse dans le contrat et qui peut prendre différentes formes. Un exemple de la section 14.3 du contrat Libéria-Putu (2010).

« Le gouvernement s'engage par la présente, et respectivement aux éléments établis dans ce présent article 14.3, à ce que les taux et les dispositions prévues dans le présent Accord soient fixés en date de mise en vigueur et pour la durée dudit Accord, sans toutefois excéder 15 ans, à compter de la date d'octroi de la première licence d'exploitation minière (étendue à la fin de l'année fiscale applicable à l'Entreprise durant laquelle ce 15^e anniversaire de l'octroi de la première licence d'exploitation minière intervient, et dans la mesure où la date dudit anniversaire est différente de ladite date de fin d'année fiscale)... Pour éviter toute ambiguïté, il convient de préciser qu'au cours de ladite période, tout amendement, tout ajout, toute révision et toute modification ou autre changement futurs à tout impôt et droit (ou aux dispositions ou pratiques pertinentes auxdits impôts et auxdits droits) applicables à l'Entreprise ou aux Opérations, et ayant pour effet d'imposer une taxe supplémentaire ou supérieure, ou une charge similaire à l'Entreprise ou aux Opérations, ne sauraient être applicables dans la mesure où il en résulterait pour ladite Entreprise un paiement de ladite taxe supplémentaire ou supérieure, ou de ladite charge similaire, y compris tout amendement, tout ajout, toute révision et toute modification ou autre changement futurs [...] »

Cette disposition particulière contient deux caractéristiques importantes. Tout d'abord, elle se limite à certaines parties spécifiques du régime fiscal et ne s'étend pas à d'autres domaines du droit tels que les réglementations en matière de santé-sécurité, d'emploi ou d'environnement. De nombreuses clauses de stabilisation dans des contrats plus anciens (certains étant toujours en vigueur) sont beaucoup plus générales et ont fait l'objet d'une critique sévère du fait de leur impact négatif sur l'évolution des politiques de protection sociale et de bien-être en général, ce qui n'est que renforcé par la durée étendue de nombreux permis miniers. Elles sont parfois appelées « clauses de gel » parce qu'elles empêchent tout nouvel élan de législation dans un large éventail de réglementations du domaine public. Mais d'autre part, dans le domaine fiscal, elles font fonction d'obstacle absolu à l'application de charges supplémentaires sur l'entreprise. Elles gèlent le régime fiscal.

Comme vous pouvez l'imaginer, les gouvernements et le public ne voient pas d'un bon œil l'inhibition de leur souveraineté au profit des intérêts d'une société étrangère, quelle que soit la somme d'argent que celle-ci puisse avoir investi.

Une autre possibilité plus couramment utilisée de nos jours consiste à déplacer le débat du droit vers l'argent. Une clause d'« équilibre économique » stipule que d'une manière générale, l'État peut passer toute nouvelle loi qu'il juge bon, mais que cette action sera suivie de négociations entre les parties si ces changements ont réduit l'« intérêt économique » du projet pour l'investisseur. Dans un cas extrême, une indemnisation adéquate de la Société d'exploitation minière par l'État peut être requise pour rétablir la rentabilité. Ce qui suit est un exemple de contrat pétrolier, mais des clauses semblables se rencontrent dans les contrats miniers :

« Si, à un moment quelconque postérieur à la date de mise en vigueur, un changement quelconque apporté au cadre juridique, fiscal et / ou économique de la législation de la Région du Kurdistan... affecte l'entrepreneur de manière négative, les termes et conditions du Contrat se devront d'être modifiés de manière à rétablir l'entrepreneur dans une position qui soit la même que celle dans laquelle ledit entrepreneur se serait trouvé si aucun changement n'eût été apporté aux cadres juridique, fiscal et / ou économique. »

La limitation de ce qui touche à la stabilisation et à l'affirmation de la primauté du droit national sur les politiques économiques et sociales générales est parfois abordée de manière spécifique :

« Sauf expressément prévu dans le présent Accord et dans le Code des impôts, l'Entreprise sera soumise à toutes les lois internes du Libéria éventuellement en vigueur, »

y compris en matière de travail, d'environnement, de santé-sécurité et de questions douanières et fiscales».

Deux autres caractéristiques des clauses de stabilisation sont à noter. Premièrement, elles peuvent contenir des clauses baptisées «à sens unique» permettant à l'investisseur d'opter pour toute réduction générale des taux d'imposition sans avoir à supporter le fardeau d'une augmentation des taux en général – une pratique discutable, mais qui n'est pas rare. Deuxièmement, certains pays, comme par exemple le Chili et l'Afghanistan, ne procurent de stabilité que si l'investisseur accepte un taux d'imposition de base plus élevé, ce qui signifie que l'investisseur paye en fait une assurance supplémentaire. Il est intéressant de noter qu'aucun investisseur au Chili n'a choisi cette option de stabilisation.

Finalement, en plus ou au lieu de la stabilisation, certains contrats comportent des dispositions qui permettent à l'une ou l'autre des parties de requérir des consultations pertinentes au contrat au cas où les circonstances se sont fondamentalement modifiées. Les contrats miniers libériens, à titre d'exemple, accordent généralement aux parties un droit de requête de révision (sans rendre ce droit contraignant) en cas «de changements profonds des circonstances.» Le contrat d'exploitation minière Libéria-Putu (2010) stipule :

Finalement, en plus ou au lieu de la stabilisation, certains contrats comportent des dispositions qui permettent à l'une ou l'autre des parties de requérir des consultations pertinentes au contrat au cas où les circonstances se sont fondamentalement modifiées. Les contrats miniers libériens, à titre d'exemple, accordent généralement aux parties un droit de requête de révision (sans rendre ce droit contraignant) en cas «de changements profonds dans les circonstances.» Le contrat d'exploitation minière Libéria-Putu (2010) stipule :

«De «profonds changements de circonstances» sont définis comme étant des changements intervenus depuis la période de référence pertinente en vertu de la Section 31.1, et touchant aux conditions économiques du minerai et de l'industrie minière libérienne et globale, ou des changements de conditions économiques, politiques ou sociales spécifiques au Libéria ou de portée globale, résultant en une altération fondamentale et matérielle des conditions, des hypothèses et des bases invoquées par les parties dans le cadre de ladite période de référence ; dans la mesure où lesdits changements sont tels que la valeur nette et les avantages raisonnablement prévus par eux ne puissent plus être réalisables.»

Il est important de souligner ici que cette clause ne représente pas une obligation de renégocier pour quelque partie que ce soit. Ce n'est qu'une obligation de se réunir et de discuter. Ce qui en fait une obligation de nature plus faible qu'une négociation obligatoire.

TRAITÉS DE DOUBLE TAXATION

Une autre série de pièges potentiels se trouve dans les traités internationaux en vigueur, et la façon dont ils peuvent affecter les contrats. Par exemple, de nombreux pays ont conclu des traités bilatéraux de double imposition. Ces traités sont un accord sur la procédure et le calendrier d'imposition de l'un de ces pays, applicables aux activités des résidents (personnes physiques et morales) de l'autre pays, en ce qui concerne certains aspects des revenus. Il existe plus de 3000 de ces traités entre les quelques 200 juridictions de par le monde, bien que le nombre de traités spécifiques à un pays donné peut considérablement varier.

Mais, en ce qui concerne la loi et les contrats miniers, ces traités peuvent limiter le pouvoir du gouvernement à appliquer des retenues d'impôt. En règle générale, les traités de double imposition réduisent les taux de retenue à la source par rapport à ceux applicables en vertu de la loi, et peuvent aller jusqu'à les annuler. De plus, un investisseur peut rechercher des juridictions intermédiaires dans lesquelles ces traités sont plus avantageux. Par exemple, même si la société mère d'une entité minière locale est basée dans un pays X, elle peut faire des prêts au projet par le biais d'une entité sœur située dans le pays Y, s'il s'avère que le traité avec le pays Y prévoit un taux de retenue à la source de zéro sur les intérêts. Les traités peuvent également limiter la capacité du gouvernement du pays hôte à imposer les gains en capital des non-résidents.

ENTREPRISE LA PLUS FAVORISÉE

Il y a aussi la question d'équité de traitement de l'ensemble des investisseurs. Certains contrats contiennent une provision obligeant le gouvernement à étendre à tout entrepreneur tous les avantages que ce gouvernement pourrait accorder aux autres investisseurs dans le futur. En voici un exemple typique :

Dans le cas où le gouvernement du pays A a conclu un contrat ou un accord avec une partie tierce dans les secteurs de l'exploitation minière ou de l'industrie, et où le ledit accord, sur la base des lois en vigueur dans le pays A, offre un traitement plus favorable en matière de stabilité fiscale ou d'autres systèmes de taxation que celui accordé à CopperCo en

vertu du présent Contrat d'exploitation minière, les parties conviennent que ledit Contrat d'exploitation minière sera modifié en vue d'appliquer le traitement plus favorable à CopperCo». [Adaptation d'un contrat non publié]

Quelle que soit la logique sous-jacente à de telles clauses, elles rendent plus difficile pour le gouvernement une adaptation de ses politiques et conditions contractuelles au fil du temps, que ce soit pour répondre à l'évolution des circonstances dans le pays, pour tenir compte de problèmes spécifiques au secteur minier, ou tout simplement pour améliorer leurs politiques.

Examinons ce qui suit : Un gouvernement a conclu un contrat avec la « Société des Mines d'arrière-cour » prévoyant une redevance de 3 % et un taux d'impôt sur le revenu de 35 %. Ce contrat comprend également une clause « d'entreprise la plus favorisée » similaire à celle citée dans l'exemple ci-dessus. Voici qu'un an après la signature de ce contrat, le gouvernement décide de prendre une nouvelle orientation favorisant les redevances dans son régime fiscal. Il conclut un accord avec un concurrent de la « Société des Mines d'arrière-cour » dont le nom est « Filon Mère Ressources, Inc. », stipulant une redevance de 5 % et un taux d'impôt sur le revenu de 25 %. Il semble que cela pourrait déclencher la clause de « société la plus favorisée », et que « Filon Mère Ressources Inc. » serait en droit de protester.

Mais la comparaison de deux régimes fiscaux n'en demeure pas moins que possible dans le cadre d'une modélisation financière afin de démontrer l'effet dans le temps d'une redevance plus élevée couplée à un taux d'imposition plus faible. Dans certains scénarios, l'ensemble des revenus peut augmenter, mais dans d'autres, il peut diminuer. Il peut également s'avérer impossible de comparer des mines très différentes (par exemple, en termes de structures de coûts, des bases de ressources, etc.). Ces questions soulèvent la perspective d'un débat potentiellement litigieux sur la base à utiliser pour évaluer l'effet net.

La « Société des Mines d'arrière-cour » pourrait également faire valoir (en fonction de la manière dont la clause de « société la plus favorisée » est rédigée) qu'elle devrait bénéficier du taux d'imposition réduit, mais aussi du taux de redevance convenu. Filon Mère Ressources Inc., pourrait-elle alors intervenir et prétendre qu'elle devrait bénéficier du même régime ? Cette simple éventualité souligne le caractère problématique de ces dispositions, et il est facile de voir comment cela pourrait provoquer un assouplissement progressif et continu du régime fiscal applicable aux entreprises.

Pour éviter ces problèmes, de nombreux contrats ne contiennent pas de telles clauses et, si elles sont incluses, elles sont limitées à des entreprises se trouvant dans des circonstances en grande partie similaires.

INCITATIONS FISCALES

Pour terminer, un des défis principaux confrontés par les décideurs et les négociateurs consiste en la manière de capturer une quantité acceptable des recettes provenant de l'exploitation minière dans une variété de circonstances économiques différentes tout en maintenant un régime attirant le type d'investisseur souhaitable. Une des méthodes par laquelle certains pays ont tenté cette traversée en équilibre sur la corde raide est d'instituer un régime fiscal général robuste, mais en y associant une variété d'incitations fiscales spécifiques.

Une forme ancienne de ces incitations, qui se rencontre toujours dans de nombreux contrats, est de fournir un « congé » fiscal durant lequel l'investisseur est exempté de tout ou partie des impôts pendant une certaine période. Ceci peut considérablement réduire les recettes publiques. Il s'est trouvé des cas dans lesquels certaines mines ont été développées jusqu'au stade de pleine production tout en bénéficiant d'un congé fiscal, laissant le gouvernement sans aucune recette. Il est difficile d'imaginer que ceci puisse être l'objectif recherché par quelque gouvernement que ce soit.

Même dans les cas moins extrêmes, les congés fiscaux entraînent un long report des recettes publiques, qui peut s'étendre bien au-delà de l'expiration de ce congé si les règles d'amortissements et de reports de pertes permettent à une entreprise de commencer à déduire ses dépenses une fois que le congé a expiré. En outre, il existe très peu de preuves que de tels congés ou que toute autre incitation fiscale soient réellement un facteur déterminant de la décision d'investir ou non dans les industries extractives.

Une alternative au congé fiscal qui pourrait également répondre à la préoccupation de recouvrement rapide de la part de l'investisseur consiste en un établissement de règles d'amortissement accélérées. Si l'investisseur est autorisé à déduire une plus grande partie des coûts en capital au début de la vie du projet, le report d'impôt s'en trouve allongé. À tout le moins, ce type de disposition relie l'incitation à l'investissement en capital réel et évite l'éventualité d'une élimination totale de certains impôts (l'impôt est reporté mais non pas éliminé).

COMMENT DÉPENSER L'ARGENT

Une fois que l'État a collecté les recettes provenant des différents outils du régime fiscal, la manière dont cet argent doit être dépensé devient la question brûlante. Cette partie se concentre sur la façon dont l'État peut obtenir de l'argent de ses activités minières. L'argent doit permettre à un gouvernement de fournir les biens et services essentiels à la prospérité et à la croissance du pays. Un pays peut investir dans des lois minières, des contrats miniers et des lois fiscales les plus perfectionnés qui soient, mais, si le flux financier n'est pas adéquatement utilisé, cet effort pourrait être gâché.

Bien que ce livre ne traite pas de la manière de dépenser l'argent, un sujet pouvant faire l'objet d'un autre livre, les questions de base sont claires. L'objectif des gouvernements est de convertir la richesse du sol en une richesse pour la société.

Mettre tout simplement les recettes minières de l'État à la disposition des citoyens, et élever ainsi le niveau de vie, ne serait pas durable, dans la mesure où les recettes minières s'épuiseront lorsque le minerai lui-même le sera. Ceci est un facteur qui dirige la politique du gouvernement et la stratégie de l'entreprise : les minéraux sont des ressources limitées et ne dureront pas éternellement. Même si une mine dure 100 ans, elle finit par s'épuiser.

Ce qui signifie que les gouvernements ne disposent pas de seconde chance de bien dépenser les recettes générées par l'exploitation minière. La plupart de ceux qui ont étudié le problème de la durabilité en arrivent à conclure que les États doivent investir la plus grande partie possible des revenus générés par les ressources naturelles dans un développement de l'infrastructure matérielle et des compétences et de la productivité en matière d'emploi, afin de créer de la sorte une amélioration durable de l'économie du pays et du niveau de vie des particuliers. Dans la pratique, cela implique de

commencer par ce qui est fondamental : l'éducation primaire et secondaire, les services de santé, le système de transport de base et, dans la plupart des pays, l'approvisionnement en électricité et l'approvisionnement et le traitement de l'eau.

Certains pays ont transféré de l'argent directement à leurs citoyens. L'expérience de la Mongolie est discutée ci-dessous. Mais tout aussi attrayants que les transferts directs en espèces puissent sembler, il faudra aux gouvernements des pays administrativement faibles et souffrant de niveaux élevés d'analphabétisme considérer la difficulté de mettre en place des systèmes de distribution équitables, efficaces, et qui ne permettent pas de fuites.

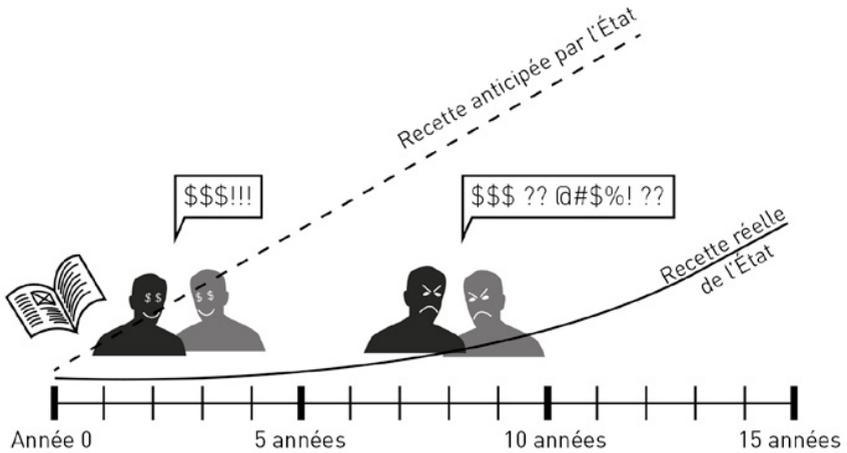
Les pressions politiques peuvent également conduire à des campagnes de subvention d'achats de produits de consommation « essentiels » tels que l'électricité, le carburant ou du riz. Cela peut contribuer à améliorer le niveau de vie, mais se révèle dangereux au-delà du très court terme dans la mesure où cela pourrait stimuler une consommation excessive, favoriser un développement de la contrebande (dans le cas où des biens matériels sont impliqués), et, comme cela s'est vu dans de nombreux pays, être très difficile à inverser.

ATTENTES ÉLEVÉES DU PUBLIC, FAIBLE FLUX DE RECETTES

Lorsque le public est informé de la découverte de ressources minérales importantes ou qu'une entreprise minière internationale arrive dans le pays pour négocier un contrat d'exploitation minière, ses attentes montent en flèche. Ce qui se produit pour des raisons qui peuvent être différentes, mais qui sont tout particulièrement de nature politique. Les hommes politiques peuvent s'empressement de s'en attribuer le mérite et être amenés à en exagérer les prévisions sur l'impact. Les déclarations optimistes des investisseurs à l'intention des investisseurs potentiels dans le pays d'accueil s'y infiltrent. Les journaux attisent les flammes avec de gros titres.

La réalité, bien sûr, est qu'en dehors d'une éventuelle prime à la signature et d'un léger accroissement de l'emploi local lorsque le développement de la mine commencera, l'argent ne commencera pas à couler avant que la mine ne soit exploitée, ce qui prendra de nombreuses années. Les gouvernements et la société civile se doivent d'anticiper cet intervalle entre les attentes et la réalité, et de contrôler activement ces attentes en tenant le public informé de l'évolution du secteur minier et en l'éduquant sur son échéancier.

Le décalage attente réalité



Cela peut s'avérer difficile ; il est en effet tentant de s'attribuer le crédit pour chaque nouvelle découverte et chaque nouveau contrat, et il est naturel de les présenter comme la découverte de la « Toison d'or ». Un effort réfléchi et continu d'éducation du public et des journalistes sur l'échéancier du projet minier et sur les attentes en matière de revenus pourrait faciliter ceci. Si les leaders d'opinion non-politiques comprennent la réalité, l'impact d'annonces dithyrambiques ou auto-glorifiantes peut être réduit.

L'EXPÉRIENCE MONGOLE

Après une découverte majeure de ressources minérales en Mongolie, le gouvernement a créé un Fonds de développement humain conçu comme un mécanisme de transfert d'argent aux citoyens dans une structure forçant l'utilisation de cet argent à des fins d'investissement dans l'éducation, le logement, les programmes de santé et les plans de retraite, types de dépense nécessaires à la croissance. Les pressions politiques, stimulées par des revendications politiques populistes, ont abouti à la promesse de transferts en espèces aux citoyens dans des quantités dépassant de loin les recettes de l'exploitation minière alors disponibles. Le gouvernement a donc dû financer le manque à gagner sur les marchés internationaux de la dette, un marché sur lequel il lui a fallu hypothéquer les revenus miniers futurs pour garantir le prêt.

Cette expérience a été si décevante que les partis politiques mongoliens sont parvenus à s'entendre sur une série de lois conçues pour limiter la possibilité pour les politiciens de faire des promesses impossibles à tenir. Les principales composantes de cet effort peuvent être résumées comme suit :

- ✱ La Nouvelle loi électorale, adoptée en 2011, interdit aux partis politiques d'inclure dans leur plate-forme électorale des promesses d'argent liquide, de biens, de droits de propriété, de participation ou de fonds de dotation des produits de l'exploitation minérale ou pétrolière, sans y être limités, ou des promesses d'une nature similaire.
- ✱ Elle prévoit également que si une plate-forme électorale stipule que le parti concerné adopte un nouveau programme comprenant des propositions de dépenses, lesdites dépenses doivent être conformes aux exigences spécifiques de la loi de stabilité budgétaire, et que cette conformité doit être vérifiée et certifiée par le Bureau national des audits. (La loi est disponible en ligne et en mongol sur le site www.legalinfo.mn/law/, law 351.)

Les lois de ce genre, bien que difficile à implémenter (et qui, de par là-même, ne le sont pas d'une manière stricte), peuvent toutefois aider à créer une « culture de prudence publique ». Même dans un pays où l'adoption de lois similaires peut s'avérer difficile, un débat en la matière peut contribuer à éduquer les citoyens sur les risques potentiels l'apparition de recettes importantes tombe sous les yeux de membres opportunistes de la classe politique.

UN BUDGET SANS FOND : OU S'ARRÊTER ?

Un pays avec une économie relativement faible et des gisements minéraux importants se trouve confronté à deux problèmes budgétaires distincts. Tout d'abord, dès qu'une découverte majeure de minéraux est faite, l'instinct politique sera de commencer à en dépenser les bénéfices. Mais il n'y aura pas de flux de trésorerie pendant la longue période qui s'étend entre la découverte et l'exploitation. Toute augmentation des dépenses devra être financée par un emprunt contre la perspective des revenus miniers futurs. Ceci reste toujours dangereux pour la stabilité économique, et tout particulièrement lorsque des pressions s'exercent en faveur d'une distribution de fonds directement aux citoyens, comme ce fut le cas en Mongolie.

La Mongolie a tenté de limiter ce problème en adoptant une loi de stabilité budgétaire visant à limiter le déficit budgétaire induit par l'exploitation minière. L'article 6.1 prévoit que tout déficit budgétaire doit être limité à deux pour cent, que les augmentations budgétaires ne doivent pas dépasser le taux moyen de croissance du secteur

non-minier, et que la dette publique ne doit pas dépasser 40 pour cent du PIB. (La loi est en ligne et en mongol sur le site www.legalinfo.mn/law/, law 503.)

L'expérience de la Mongolie postérieure à l'adoption de cette loi démontre en fait que l'adoption de lois de ce genre facilite un budget adapté aux moyens, mais qu'elles créent également la base d'un débat public sur les problèmes qui se posent et affectent le ton des débats législatifs en matière de budget.

L'expérience de la Mongolie postérieure à l'adoption de cette loi démontre en fait que l'adoption de lois de ce genre facilite un budget adapté aux moyens, mais qu'elles créent également la base d'un débat public sur les problèmes qui se posent et affectent le ton des débats législatifs en matière de budget.

Le deuxième problème budgétaire, qui survient lorsque l'exploitation commence, est d'apprendre à vivre avec le fait que les recettes minières (et les revenus des ressources naturelles en général) sont généralement relativement cycliques en raison de la volatilité du prix des matières premières. Cette volatilité peut être la cause de programmes de financement en dents de scie, d'engagements de dépenses excessifs au sommet du cycle et d'un tollé public au bas de ce même cycle.

Le Chili, avec une économie très dépendante des exportations de cuivre et de molybdène et un historique de dépenses excessives et de dépenses pro-cycliques, a tenté de résoudre ce problème au début du siècle. L'atteinte d'un «équilibre structurel» est au cœur de cette politique. Elle nécessite en gros une évaluation du revenu du gouvernement avec l'impact global du cycle économique nivelé, et des dépenses qui ne soient pas supérieures à ce montant net moyen, même si les revenus réels sont supérieurs. Cela se traduit par un excédent lorsque les recettes sont dans la partie haute du cycle, cet excédent pouvant alors être utilisé pour couvrir le manque à gagner dans la partie basse. Le Chili a institué un surplus important à la suite de la mise en vigueur de ce programme, et s'est trouvé en mesure de pouvoir l'utiliser en 2009 pour maintenir ses dépenses tout au long de la crise financière internationale.

FOND D'ÉPARGNE

Quelques pays ont la chance de disposer de flux de revenus importants qui dépassent leur capacité à les utiliser ou à les «absorber» en dépenses domestiques. De plus, certains pays veulent retenir des fonds pour les générations futures. Le fond de ressources le plus connu est celui de la Norvège.

Le fond de la Norvège, qui est tiré du revenu généré par les ressources pétrolières, avait atteint plus de 750 milliards de dollars en fin 2013. Il est géré pour le compte du ministère des Finances et investi à l'extérieur de la Norvège pour éviter l'impact inflationniste qui serait ressenti par l'investissement de la totalité de ce fond en Norvège. Les transferts du fond au budget actuel de la Norvège sont conçus de manière à être limités par le rendement réel de ce fond.

Le fond de la Norvège est principalement axé sur l'équité intergénérationnelle. Il veille à ce qu'une grande partie des revenus générés par les ressources pétrolières demeurent à la disposition du pays et de ses citoyens une fois que ces ressources seront épuisées. Ceci est approprié pour la Norvège, qui est un pays hautement développé, avec une population réduite et un excédent de ressources pétrolières conséquent. Ce modèle ne saurait s'appliquer à une économie souffrant de déficiences importantes en infrastructure sociale et matérielle, à l'exception, peut-être, des rares cas où la population est très faible par rapport aux revenus générés par les ressources naturelles.

QUESTIONS ENVIRONNEMENTALES ET SOCIALES

QUELS SONT LES ENJEUX ?

SE SERVIR DU CONTRAT POUR FAIRE
FACE AUX ENJEUX

TROUVER DES DIRECTIVES ET DES RÉPONSES
EN DEHORS DU CONTRAT MINIER

QUELS SONT LES ENJEUX ?

L'exploitation minière peut être transformatrice, avec des impacts environnementaux et sociaux potentiellement énormes. Cette partie décrit quelques-unes des questions environnementales et sociales pouvant survenir dans le cadre des projets d'exploitation minière, ainsi que les dispositions contractuelles répondant à ces impacts. Elle décrit également certains des cadres juridiques et politiques plus larges qui peuvent être applicables et contribuer à façonner les impacts d'une mine.

QUESTIONS ENVIRONNEMENTALES

Les mines sont généralement considérées comme ayant des impacts significatifs sur l'environnement. La pollution des terres, de l'eau et de l'air, la 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 sont parmi les effets négatifs des projets miniers. Quels sont les problèmes et comment peuvent-ils être gérés ?

L'EAU

C'est là que l'impact environnemental de l'exploitation minière se fait souvent le plus lourdement ressentir. La pollution et la rareté de l'eau sont les deux problèmes majeurs.

Dans les climats tempérés ou tropicaux, un défi majeur est d'empêcher l'infiltration d'éléments toxiques dans la nappe phréatique (comme le mercure dans l'extraction minière artisanale ou illégale), ce qui peut même arriver dans le cas d'opérations d'extraction en surface et au cours du traitement du minerai, en raison de la position élevée de la nappe phréatique. Dans certaines parties du monde où l'eau se fait rare, l'énorme consommation requise par les activités minières représente le problème majeur et peut

résulter en un abaissement de la nappe phréatique et un assèchement des rivières et des lacs.

Que ce soit du fait de son utilisation, d'un détournement et / ou d'une pollution, l'exploitation minière peut potentiellement priver les communautés en aval ou voisines de l'eau qui leur est nécessaire, et dévaster les terres agricoles et les autres ressources naturelles dont ces communautés dépendent.

L'effet de la mine sur la qualité et la disponibilité de l'eau, et la question de savoir si les sources d'eaux de surface et souterraines demeureront adéquates et appropriées pour l'homme, les plantes et les animaux, sont des questions cruciales. Les réponses à ces questions peuvent déterminer l'octroi ou non d'une licence d'exploitation minière à une entreprise. Une prise de conscience réaliste et une anticipation juste de ces conséquences sont la première étape d'une conception de mécanismes appropriés permettant d'éviter ou de corriger les problèmes. Il n'est donc pas surprenant que des entreprises comme Rio Tinto et des associations industrielles comme l'ICMM aient reconnu l'importance de l'impact de la question de l'eau, publiant leurs propres normes et lignes directrices en matière de meilleures pratiques de gestion responsable de l'eau.

DRAINAGE DES MATIÈRES TOXIQUES ET DES ACIDES

Les opérations minières produisent d'importantes quantités de déchets solides et de boues. Différents types de déchets sont produits tout au long des différentes étapes du processus. Tout d'abord, les terrains de recouvrement et les déchets de roche doivent être enlevés avant de pouvoir commencer l'extraction elle-même. Bien que ce produit ne contienne pas de minéraux, ou en contienne une partie trop faible pour en permettre le traitement, il doit être stocké, ce qui se fait généralement en surface, mais aussi parfois dans des puits abandonnés ou en dessous de la surface du sol.

Il est essentiel de bien comprendre la question des proportions. Si un minerai de fer typique a généralement une teneur en fer entre 30 et 60 %, ceci est exceptionnel. La plupart des minerais de matières précieuses et de métal contiennent de très petites proportions de minéral (typiquement moins de 2 %), ce qui signifie que les 98 % restants constituent un déchet. Lorsque le minerai est concentré pour en extraire le minéral, un flux différent et considérable de déchets, appelé stériles, est alors généré. Le problème des stériles ne réside pas seulement dans leur volume. En effet, dans la mesure où ce sont des déchets de minerais qui ont subi un traitement, ces boues peuvent contenir des métaux lourds, du cyanure, ainsi que des agents de traitement chimique, des sulfures et des solides en suspension, qui doivent tous être contrôlés. Pour permettre

la décomposition et la décantation des stériles, leur stockage doit donc être isolé, parfois pendant des décennies, et bien souvent au cours d'une période sensiblement plus longue que la durée de vie de la mine elle-même. Une défaillance de ces installations pourrait avoir de graves conséquences.

POLLUTION DE L'AIR

Bien que la technologie se soit considérablement améliorée, des problèmes de pollution de l'air peuvent toutefois subsister. Les activités minières peuvent générer beaucoup de poussières, qui peuvent déclencher des maladies respiratoires chez les humains, et une asphyxie de la flore (plantes). Si les installations minières comprennent une fonderie, les émissions de gaz peuvent également être toxiques et représenter un risque à long terme pour la vie et la santé humaine. Ceci peut représenter un problème majeur dans le voisinage d'opérations de fonderie plus anciennes, comme les fonderies de plomb-zinc à Broken Hill en Australie, La Oroya au Pérou, et la fonderie Herculanum récemment fermée au Missouri, États-Unis. En fonction de leur quantité et de leur concentration, ces substances peuvent contribuer à une augmentation de la mortalité ou provoquer des maladies.

BIODIVERSITÉ

L'exploitation minière peut avoir un impact sur la biodiversité en changeant les populations relatives des espèces d'un même écosystème, certaines de ces espèces étant plus tolérantes que d'autres à la perturbation du sol, à une perte de leur habitat et à une exposition plus forte aux métaux et aux acides. Et bien qu'une destruction totale de l'habitat soit relativement rare, il n'en demeure pas moins une question de fragmentation de l'habitat.

LES EFFETS LOCAUX DU BRUIT, DES VIBRATIONS ET DE L'ABATTAGE À L'EXPLOSIF

Tous ces éléments peuvent affecter la stabilité des infrastructures, des bâtiments et des habitations des personnes vivant à proximité de l'exploitation minière, ainsi que la paix et la tranquillité de la population.

RÉHABILITATION DES ZONES MINÉES.

La tendance globale dans le secteur minier est ce qui est connu sous le terme de « remise en état progressive », ce qui signifie que les zones perturbées sont réhabilitées tout au long de la vie de la mine et après sa fermeture. La fermeture elle-même est maintenant souvent planifiée et conçue dès le début d'un projet afin de faciliter la réhabilitation et de la mieux réussir. Le secret consiste en une surveillance commençant au tout début du projet et en une implémentation de mécanismes garantissant que le coût éventuel de la réhabilitation soit adéquatement financé.

QUESTIONS SOCIALES

L'impact social des projets miniers peut être grave et complexe, et tout particulièrement lorsque l'exploitation minière prend place dans des endroits habités. L'exploitation minière peut sérieusement perturber la stabilité de la communauté et fausser ou mettre à mal les économies et les moyens de subsistance locaux. La documentation pertinente à la surveillance de projets miniers de grande envergure révèle un impact sur l'économie d'une ville ou d'une communauté, et l'émergence de problèmes tels que la prostitution, la drogue et le crime.

Historiquement, le prix à payer pour l'extraction minière a été assumé en grande partie par les populations directement affectées, les bénéficiaires ayant tendance à revenir au gouvernement national, à des élites particulières ou au secteur privé. Les impacts sociaux au niveau local peuvent donc être tout à fait différents de ceux au niveau national (ou international) – un scénario qui peut créer des tensions, des conflits et une instabilité.

Dans la dernière décennie, la prévention et l'atténuation des impacts sociaux négatifs en sont venues à être considérées comme étant d'une importance capitale. Lorsqu'ils sont bien gérés, les impacts sociaux d'une mine peuvent même être positifs.

QUESTIONS D'ACQUISITION DE TERRES ET DE RÉINSERTION

L'acquisition des terres est une cause fréquente et importante de ressentiment et de conflits associés aux projets miniers importants, ce qui est tout particulièrement relié à l'étendue et au type de terrain utilisé et à la manière dont il est acquis. En plus du terrain nécessaire au site minier lui-même, il peut également être nécessaire d'établir des corridors de transport et des lignes de transmission, ainsi que des installations portuaires nouvelles ou rénovées qui seront nécessaires à la mine.

Dans bien des cas, tout ou partie d'une communauté devra être déplacée. Cela implique une relocalisation physique des ménages et de leurs biens matériels, mais parfois aussi leur « déplacement économique », c'est-à-dire la perte de leurs moyens de subsistance et de leurs sources de revenu, qui doivent par conséquent être rétablis ou recréés dans leur nouvel habitat. Le risque majeur en matière de relocalisation, qu'elle soit volontaire ou non, est que les communautés s'en trouvent appauvries et laissées au bout du compte dans une situation moins favorable que celle dans laquelle elles se trouvaient avant que la mine n'ait nécessité leur déplacement.

Outre les défis confrontés par les personnes déplacées, une relocalisation peut également s'avérer difficile pour les lieux et les communautés qui les accueillent. La construction de nouvelles colonies spécialement conçues représente une option, mais celle-ci pourrait cependant ne pas répondre aux besoins. Par exemple, les maisons construites et les terres allouées peuvent ne pas permettre la croissance de la famille, ni même la restauration des revenus ou des moyens de subsistance. Les populations peuvent avoir à modifier leurs moyens de subsistance. Le déplacement des populations autochtones peut être tout particulièrement critique, dans la mesure où celles-ci ont des liens culturels avec leur terre et un seul moyen de subsistance unique et défini.

Il existe aussi des situations dans lesquelles les artisans mineurs, souvent considérés comme des prospecteurs et des découvreurs de nouveaux gisements allant pieds nus, exploitent des ressources minérales dans les zones où les entreprises minières internationales ont fait une demande de permis d'exploration et / ou d'exploitation. Le déplacement des mineurs artisanaux, qui travaillent souvent dans ces zones sans autorité légale, pose un autre type de défi aux gouvernements et aux entreprises minières internationales. Cela a souvent conduit à des affrontements et à des conflits entre les entreprises minières internationales et les mines artisanales, et entre les mines artisanales et le gouvernement.

De nos jours, les sociétés ont généralement une plus grande latitude en la matière. Dans le passé, le déplacement des populations était sous la responsabilité du gouvernement ou de l'entreprise minière internationale, avec l'approbation du gouvernement. Les attentes aux niveaux local, national et international sont plus importantes, ce qui fait que ces processus prennent maintenant place dans le cadre d'une consultation avec les communautés affectées et de manière participative, et incluent une post-réinsertion et un suivi par la société minière internationale ou un soutien du gouvernement aux personnes réinstallées. De nombreuses entreprises minières internationales et de nombreux prêteurs souscrivent aujourd'hui à la Norme de performance 5 de la SEI :

Acquisition de terres et réinstallation involontaire, qui établit un cadre explicite de consultation, de planification, de mise en œuvre et de suivi de la réinstallation, y compris la restauration du revenu.

En outre, la relocation des peuples autochtones est abordée dans la Norme de performance 7 de la SFI qui stipule que les peuples autochtones ne peuvent être déplacés qu'avec leur consentement.

Les gouvernements peuvent également avoir à clarifier leur propre approche et les responsabilités en matière de réinstallation. Ceci peut être défini dans le contrat d'exploitation minière, mais peut également être gouverné par d'autres réglementations légales, y compris le droit international.

MIGRATION INTÉRIEURE

Les nouveaux projets d'exploitation minière, et tout particulièrement dans les régions ou les pays économiquement faibles, conduisent souvent à un afflux de nouveaux arrivants de l'extérieur de la zone à la recherche d'emplois sur le projet, ou à l'installation d'entreprises qui entendent tirer profit de la nouvelle activité économique. En tant qu'activité de grande valeur, l'exploitation minière génère des emplois et des services périphériques, et si elle est accompagnée d'une amélioration des infrastructures, elle est encore plus à même d'attirer les populations.

Sur le plan logistique, un accroissement soudain de la population peut conduire à des pressions supplémentaires sur les ressources en eau, en terrain, en logements et sur d'autres ressources encore, ainsi que sur l'infrastructure publique et les services sociaux existant, y compris les services d'assainissement, de santé et d'éducation. Les « villes champignons » peuvent avoir d'autres effets négatifs. La cohésion sociale au sein de la communauté peut être menacée. Des maladies, la toxicomanie, des perturbations de la loi et de l'ordre public, et des conflits sociaux peuvent devenir des problèmes majeurs. Un afflux incontrôlé de population peut avoir un impact profond sur les habitants et sur la stabilité sociale et politique de la région. La gestion des risques inhérents à un tel afflux est maintenant considérée comme représentant un défi majeur dans le cadre du développement responsable d'une mine. Ici encore, les entreprises minières internationales avant-gardistes développent et déploient des stratégies de recrutement de main-d'œuvre et de logement qui minimisent ces risques, et développent d'autres politiques et procédures en collaboration avec le gouvernement local et les autorités nationales pour garder cette immigration sous contrôle.

MOYENS DE SUBSISTANCE

L'exploitation minière peut affecter les moyens de subsistance des populations de diverses manières et tout aussi bien positivement que négativement. Si les habitants de la région dépendent des ressources naturelles locales pour leur subsistance (chasse, pêche, agriculture, ou mines paysannes), les activités d'exploration, de préparation du site, de construction de la mine et de l'usine, de développement des infrastructures, et d'exploitation minière elle-même, peuvent perturber ces ressources ou interférer avec elles. Ces populations peuvent également se trouver incapables d'y accéder et de poursuivre les moyens leur permettant de se supporter et de supporter leur famille. C'est ce qui a été mentionné ci-dessus sous le terme « déplacement économique », et qui peut se produire même lorsque les communautés et les ménages ne doivent pas être déplacés.

Les principales mesures compensatoires que les sociétés d'exploitation minière et les gouvernements peuvent prendre consistent à assurer la création de moyens de subsistance et d'emploi de remplacement pour les familles et les individus. Cela a souvent impliqué des politiques de formation et d'embauche préférentielles, ainsi que des investissements dans le développement d'approvisionnement de certaines marchandises et produits possiblement disponibles par le biais d'entreprises locales. Certains gouvernements ont développé des dispositions d'embauche et d'approvisionnement nationales préférentielles dans leurs conventions minières, mais elles ne sont pas nécessairement descendues au niveau local. De nouveaux efforts sont toutefois en cours. De nombreuses entreprises et de nombreux gouvernements reconnaissent la nécessité d'assurer la sécurité et la stabilité des communautés dans le domaine de l'exploitation minière, et conçoivent et implémentent des politiques et des procédures en matière d'emploi et d'approvisionnement locaux.

PATRIMOINE CULTUREL ET SITES SACRÉS

L'acquisition des terres, les activités de terrassement et les afflux de populations sont tous des éléments qui peuvent menacer l'accès, la protection et la préservation des sites culturels, qu'ils soient de nature archéologique ou spirituelle. Lorsque des sites culturels sont présents, les entreprises minières internationales, souvent dans le cadre de lois nationales, se doivent de les étudier et, le cas échéant, de mettre en œuvre des mesures de protection et des systèmes de gestion. Ce problème peut également être abordé dans la convention minière.

INFRASTRUCTURE PHYSIQUE ET SOCIALE

Un des avantages potentiels de la présence d'une mine est son investissement dans l'amélioration des infrastructures et des services locaux. En l'absence de services publics robustes, les entreprises minières internationales font souvent fonction de service public en vue d'aider les communautés locales à répondre aux nécessités de base et d'améliorer la qualité de leur vie.

Certaines entreprises minières internationales adoptent une approche stratégique en matière d'investissements de nature locale / communautaire, et encouragent des partenariats public-privé de développement local, s'associant aux gouvernements, aux collectivités et aux ONG à divers niveaux, parfois assistées par des fonds supplémentaires provenant de certains organismes d'aide bilatéraux ou multilatéraux. Cependant, les rôles, les responsabilités et les attentes de toutes les parties impliquées dans un contrat d'exploitation (ou dans d'autres accords pertinents) doivent être clairement définis lors des négociations et des consultations de la communauté et être formalisés dans ce ou ces accords.

LE PARTAGE DES AVANTAGES FINANCIERS

Dans la mesure où les impacts sont inégalement ressentis sur le territoire, les personnes et les communautés les plus directement touchées s'attendent de plus en plus à partager les bénéfices générés par la présence d'une exploitation minière. Ces avantages ne se limitent pas à l'emploi et aux occasions commerciales, à l'amélioration des infrastructures et des services, mais peuvent également prendre la forme d'un partage des avantages financiers, comme par exemple un retour d'une partie des redevances gouvernementales nationales vers les autorités municipales ou régionales. C'est une question qui est également abordée dans les accords contemporains, et qui peut mander des contributions financières provenant directement de entreprise minière internationale ou par le biais du gouvernement central reversant ces contributions aux autorités locales.

QUESTIONS D'ÉQUITÉ

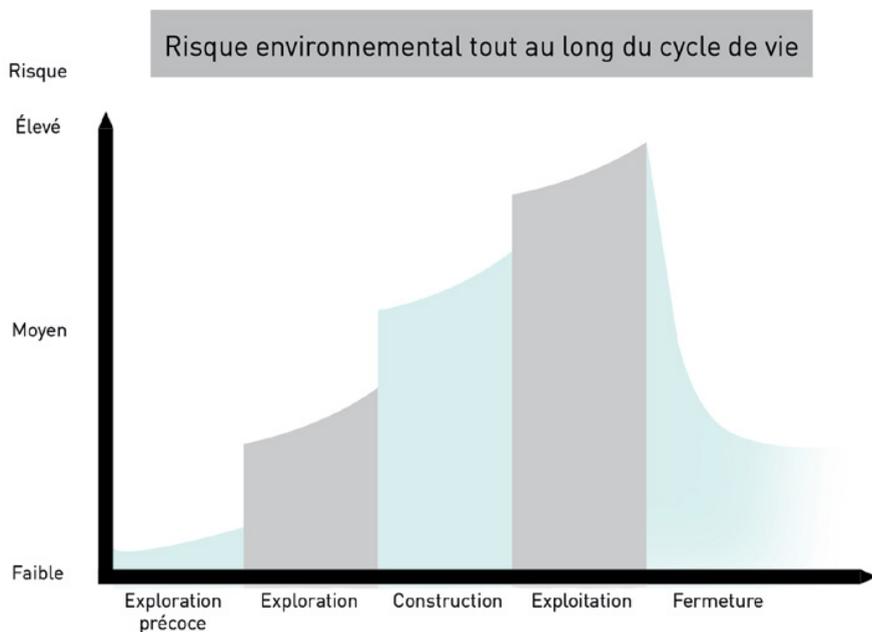
Un défi majeur est de réduire le risque de création de nouvelles divisions entre les classes sociales ou économiques dans les communautés touchées. La mine aura des impacts différentiels sur les différents groupes au sein de la communauté, et les avantages en termes d'emploi et d'opportunités commerciales peuvent ne pas être uniformément répartis. Les processus de consultation peuvent ne pas être inclusifs et aboutir

QUELS SONT LES ENJEUX ?

à des décisions et des partenariats d'investissement au niveau de la communauté qui favorisent certains groupes particuliers. Les disparités peuvent s'intensifier et le pouvoir et les relations sociales au sein d'une communauté s'en trouver déformés. Les entreprises minières internationales, les gouvernements et les autres partenaires doivent prendre en considération ces risques potentiels.

SE SERVIR DU CONTRAT POUR GÉRER LES PROBLÈMES

Les impacts environnementaux et sociaux potentiels des projets miniers varient en fonction du cycle de vie du projet. Les différentes parties du contrat peuvent être utilisées pour influencer sur ces impacts, pour le pire ou pour le meilleur.



Conséquences environnementales relatives tout au long du cycle de vie
(basé sur un diagramme du PNUE)

Cette partie fournit des exemples de la façon dont les contrats peuvent répondre à certaines de ces questions. Bien que ces exemples décrivent essentiellement des obligations incombant à la société minière, cela ne signifie pas que le gouvernement est libre de toute responsabilité. Même s'il n'y a pas de dispositions dans le contrat imposant des obligations environnementales ou sociales au gouvernement, ce dernier a des responsabilités en vertu du droit international. Ces questions sont brièvement décrites dans le troisième chapitre de cette section.

AU CŒUR DU DÉBAT : L'ÉVALUATION DE L'IMPACT ENVIRONNEMENTAL ET SOCIAL (EIES) ET LES PLANS DE GESTION ENVIRONNEMENTALE (PGE)

La phase de planification est la phase la plus importante en termes d'influence sur la forme finale d'un projet d'exploitation minière et sur les impacts qu'il aura. Une opportunité unique se présente lorsque les plans d'exploration, d'exploitation et de fermeture sont développés (ou révisés). C'est un moment crucial pour recenser les risques environnementaux et sociaux, pour déterminer les moyens d'éviter ou atténuer les problèmes, et pour concevoir le projet et l'exploitation en conséquence.

Ce processus est « l'évaluation de l'impact environnemental et social » (EIES).

Les EIES sont des outils fondamentaux de planification d'avant-projet utilisés pour s'assurer qu'un large éventail d'implications environnementales et sociales potentielles soit pris en compte avant que le projet ne soit formellement approuvé. Les résultats de ces EIES permettent de modeler les projets, voire de les stopper.

Traditionnellement, ces évaluations ont analysé les caractéristiques environnementales de la zone affectée par le biais d'un projet et de son impact potentiel. Ce projet entreprend des études de la flore, de la faune, de la qualité de l'air, de l'utilisation et de la disponibilité des ressources en eau, et une évaluation des effets potentiels du projet sur ces ressources et sur les communautés associées (ces études sont appelées « Évaluations de l'impact environnemental (EIE) »). Ces évaluations considèrent toutefois un éventail toujours plus large de questions relatives au projet, et requièrent non seulement de prendre en considération les questions environnementales, mais aussi de procéder à une analyse détaillée des impacts sur les communautés et les questions socio-économiques.

En Australie, par exemple, l'État du Queensland a récemment adopté une réglementation exigeant des évaluations de référence sociales plus approfondies et une planification de la gestion de l'impact social préliminaire à l'approbation des permis. Cette

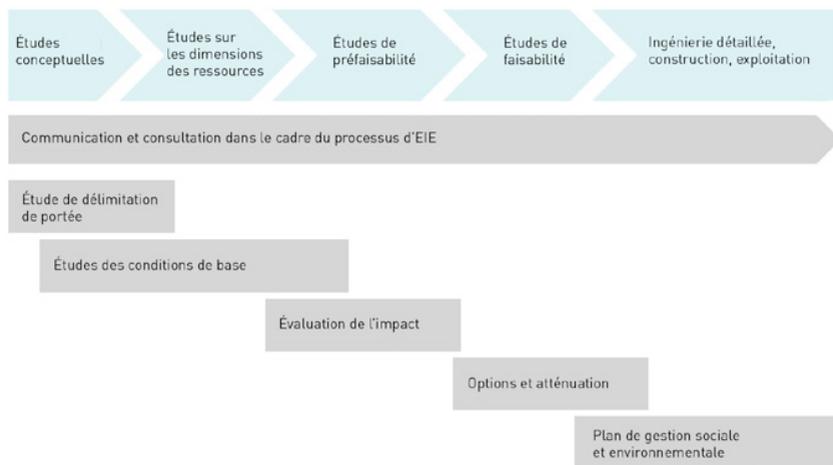
réglementation exige que les données soient recueillies sur des catégories telles que l'histoire et la culture communautaires, les revenus et le coût de la vie, la population, l'infrastructure sociale, la participation de la main-d'œuvre, l'emploi et le profil de diversité, le logement et l'hébergement, l'éducation et la formation, et les transports. Tout pourrait être pertinent à ces évaluations d'impact, depuis le prix des maisons et des prêts jusqu'à la nature des marchés locaux de l'emploi, en passant par les transports en commun.

Une EIES décrit souvent des options de projet différentes (comprenant même une option « pas de projet »), et répertorie les différentes options permettant d'éviter ou d'atténuer les impacts négatifs éventuels. Le niveau de détail requis dans une EIES dépend généralement de la nature du projet envisagé. Compte tenu de la lourde empreinte des mines, les EIES dans le domaine des mines sont généralement soumises aux normes les plus exigeantes.

La législation nationale peut exiger des entreprises qu'elles préparent une EIES ou du moins obtiennent des approbations et autorisations nécessaires avant de procéder à un projet d'exploitation minière, mais quand ce n'est pas le cas, les dispositions de l'EIES dans les contrats peuvent s'assurer qu'ils sont nécessaires. En outre, même si une exigence d'EIES est stipulée dans la loi, il peut exister des raisons pour lesquelles le gouvernement voudrait également inclure cette obligation dans le contrat : Par le biais d'une exigence d'EIES dans le contrat, le gouvernement peut renforcer le message que les obligations d'une entreprise de se préparer ou de se procurer une EIES sont considérées comme un élément fondamental de la réussite. S'il y a une violation en ce qui concerne la façon dont l'EIES a été préparée, le contrat peut prévoir des sanctions et des recours spécifiques, qui pourraient ne pas être disponibles dans le cadre du droit interne.

Le processus d'EIES peut contenir différentes phases, y compris :

- ✿ la préparation d'un projet d'EIES (qui peut être faite par le promoteur du projet, l'autorité gouvernementale compétente, et / ou une entreprise indépendante) ;
- ✿ la consultation avec la communauté dans l'élaboration de l'EIES ;
- ✿ une période au cours de laquelle le public peut examiner et commenter le projet ;
- ✿ la révision de l'EIES sur la base des observations formulées par les parties prenantes, y compris le public et la société ;
- ✿ la préparation de l'EIES finale ; et
- ✿ le choix d'un plan de projet avec un plan d'action et des stratégies permettant d'éviter ou d'atténuer les préjudices.



Dans certains pays, les citoyens ont la possibilité de contester l'EIES et les décisions qui en découlent devant un tribunal.

La manière dont les EIES sont conduites est essentielle pour déterminer si, dans quelle mesure, et comment les impacts environnementaux et sociaux sont anticipés et, dans la mesure du possible, évités. Sans une indépendance, une surveillance et une intégration adéquate des processus de prise de décision, une EIES n'offre aucune valeur pratique.

Certains accords, comme celui du projet Zogota en Guinée (2009), exigent que l'entreprise prépare l'EIES.

D'autres, comme le contrat d'exploitation minière Mongolie-Oyu Tolgoi (2009) (article 6.1), précisent que la société « doit obtenir des rapports détaillés d'évaluation de l'impact environnemental... conformément à la loi sur l'évaluation de l'impact environnemental et préparée par un cabinet professionnel compétent, et indépendant ».

Certains contrats miniers indiquent que le gouvernement doit approuver les EIES, bien que la plupart des contrats ne comportent pas d'exigences relatives à la portée de l'EIES ou au processus d'approbation.

ÉVALUATION DE LIENS, PLANIFICATION ET GESTION : PLAN DE GESTION ENVIRONNEMENTALE

Une évaluation ne mène à rien si les informations recueillies ne sont pas utilisées dans la planification du projet, la prise de décisions, ou la mise en œuvre des stratégies. C'est là qu'interviennent les plans de gestion environnementale – et sociale (ci-après appelés « PGE»). Ces plans présentent une image globale de la manière dont les relations entre le projet, l'environnement et les communautés environnantes sont traitées tout au long de la durée de vie du projet, de l'exploration à la fermeture de la mine.

Si on les compare aux EIES, les PGE se concentrent moins sur la phase de planification ou de conception et davantage sur la gestion des impacts environnementaux et le respect des permis et des approbations pertinentes. Dans certains cas, les PGE exigent le respect des conclusions d'une EIES. Mais dans d'autres cas, la relation précise entre l'EIES et le PGE n'est pas aussi claire.

Certaines des questions importantes auxquelles le contrat peut répondre en ce qui concerne le PGE sont : si le PGE doit prendre en compte ou non toutes les catégories de questions abordées par l'EIES ; ou si le PGE exige de l'entreprise et / ou du gouvernement d'atténuer les risques identifiés dans l'EIES (quels qu'en soient les coûts).

Le contrat d'exploitation minière Mongolie-Oyu Tolgoi (2009), par exemple, exige que l'investisseur mette en œuvre un « plan de protection de l'environnement (« PPE») et des programmes de surveillance et d'analyse de l'environnement », mais ne les relie pas expressément à l'évaluation de l'impact environnemental requise. Ce contrat stipule :

« 6.4. L'investisseur assumera tous les coûts durant chacune des années de mise en œuvre d'un plan de protection de l'environnement (« PPE»), d'un programme de surveillance de l'environnement et d'un programme d'analyse dans le cadre de la mise en œuvre du projet Oyu Tolgoi ; le-dit investisseur fournira à l'autorité administrative centrale de l'État responsable de l'environnement un rapport préparé par un cabinet certifié, indépendant et professionnel, traitant de la mise en œuvre par l'investisseur des mesures prévues dans le PPE ; le-dit rapport sera soumis tous les 3 (trois) ans. »

Bien que l'accord mongolien considère l'évaluation et le plan comme deux documents séparés, d'autres accords estiment que l'EIES établit de par elle-même un plan d'action

auquel la société doit se conformer. Par exemple, l'article 12.2 du contrat d'exploitation minière Équateur-Ecuacorriente (2012) stipule que :

«El Concesionario Minario tomara las precauciones necesarias, y establecidas en el EIA aprobado, para prevenir, controlar, mitigar, rehabilitar, remediar y compensar los impactos negativos que sus actividades mineras puedan tener sobre el ambiente y la comunidad.»

[Le Concessionnaire minier prendra les précautions nécessaires, établies dans l'EIE approuvée, pour prévenir, contrôler, atténuer, réhabiliter, remédier et compenser l'impact négatif que les activités minières peuvent avoir causées sur l'environnement et la communauté.]

De même, l'article 1.10 de l'accord du contrat d'exploitation minière Afghanistan – Qara Zaghan (2011) définit le Plan de gestion environnementale et sociale du projet minier aurifère comme :

«[...] un Plan proposé par [la société], et qui doit être accepté par [le ministère des Mines], détaillant les mesures à prendre pour minimiser ou atténuer les facteurs environnementaux et sociaux pertinents au projet aurifère Qara Zaghan identifiés et détaillés dans l'évaluation de l'impact environnemental et social».

Le Modèle de convention minière (2012) de la Sierra Leone en fournit un autre exemple qui, si on le compare aux accords cités ci-dessus, est relativement spécifique en ce qui concerne ce que le plan doit contenir et ce que l'entreprise est censée faire. Il déclare :

«Avant de commencer la construction, l'Entreprise doit disposer d'un plan de gestion environnementale préparé (et mis à jour avant tout changement majeur apporté au plan de la mine) par un tiers indépendant (et, dans le cas où il est préparé par l'Entreprise elle-même, vérifié par un Expert indépendant unique) qui se base sur de bons principes d'ingénierie et des principes économiques conformes aux bonnes pratiques de l'industrie. L'objectif du plan de gestion environnementale est d'éviter que les opérations minières ne soient la cause de toute dégradation inutile et excessive de l'environnement ; de protéger la santé et la sécurité publique, tout particulièrement pour les communautés se trouvant dans la zone d'exploitation minière ; de préserver la quantité et la qualité de l'eau ; de veiller à ce que les impacts se produisant dans le périmètre de zone d'exploitation minière soient restreints à ladite zone ; de stabiliser le site physiquement et chimiquement en fin d'exploitation minière afin de prévenir les impacts hors site ; et de veiller à ce que la zone d'exploitation minière puisse être utilisée en toute sécurité par les générations futures et que lesdites générations futures puissent en profiter. Le plan de gestion environnementale

peut, à la demande du GoSL, être rendu public dans une langue et sous une forme qui soit accessible aux communautés affectées dans la zone d'exploitation minière, et doit être placé dans les fichiers de documents identifiés à l'article 35.1 (e) du présent Accord». (Article 2.6.1(a)).

L'accord comprend également une liste de sujets qui doivent être couverts par le Plan de gestion environnementale et précise ce qui est requis en termes de conformité avec les « bonnes pratiques de l'industrie ». L'accord les définit comme étant :

[...] l'exercice d'un degré de compétence, de diligence, de prudence et de prévoyance pouvant être raisonnablement et normalement anticipé de la part d'une personne qualifiée et expérimentée impliquée dans le domaine de l'industrie minière internationale, et comprend, sans toutefois s'y limiter, les directives du Conseil international des mines et métaux, la Norme de performance 1 (Évaluation et gestion des risques des impacts environnementaux et sociaux), la Norme 3 (Utilisation des ressources et prévention de la pollution), et la Norme 6 (Conservation de la biodiversité et gestion durable des ressources naturelles vivantes) de la Société financière internationale, selon les normes ISO 140001. » (Article 1.4).

Ces outils (le processus EIES) et ces plans (le PGE) sont essentiels pour la détermination de la mesure dans laquelle un projet d'exploitation minière facilitera le développement durable à long terme ou laissera au pays un héritage de problèmes sociaux et environnementaux.

APPROFONDISSEMENT DE QUESTIONS SPÉCIFIQUES : ACCÈS AUX RESSOURCES, SÉCURITÉ PROFESSIONNELLE, SÉCURITÉ, PATRIMOINE CULTUREL, FERMETURE D'UNE MINE ET RESPONSABILITÉ

Bien qu'il s'avère vital que l'EIES et le PGE soient aussi complets que possible, les parties contractantes peuvent vouloir accorder une attention supplémentaire à certaines questions spécifiques. 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, et à des préoccupations en matière de certitude que, si quelque chose tourne mal, le problème puisse être résolu aux frais de la partie concernée. Une sensibilisation accrue se manifeste également sur les possibilités offertes par les projets miniers en termes de développement communautaire. Certains contrats contiennent des dispositions spéciales touchant à ces sujets afin de préciser les droits

et les obligations des différentes parties ; et certains le font de manière telle qu'une violation de l'obligation constitue une rupture de contrat, avec des conséquences sérieuses pour les parties concernées.

Cette partie fournit des exemples de certaines de ces dispositions.

ACCÈS AUX TERRES, À L'EAU ET AUX AUTRES RESSOURCES

L'accès aux ressources est une des questions cruciales en début de projet. Pour accéder aux matières minérales, un accès à la terre et à l'eau est nécessaire ; l'accès à ces ressources et leur utilisation peuvent avoir des impacts lourds sur les écosystèmes environnants.

Certains contrats prévoient expressément, ou impliquent par leur silence, que l'accès accordé à l'entreprise et son utilisation des terres, de l'eau et des autres ressources, seront régis par les principes de base généraux du droit, le droit d'accès à l'eau, le droit foncier et par la législation en matière de protection de l'environnement applicables au droit minier. Dans ces contrats, l'entreprise devra obtenir un accès approprié et les approbations nécessaires en vertu de ces lois. Ce processus, dans de nombreux pays, est souvent cité comme étant long, complexe et coûteux.

Certains contrats tentent de contourner ces processus et ces contraintes en facilitant (ou même en promettant) la possibilité pour les entreprises minières d'utiliser ou d'impacter l'eau, la terre ou les autres ressources naturelles. Dans certains cas extrêmes, un gouvernement peut accorder ces droits en termes larges, sinon absolus, à une entreprise. D'autres contrats abordent ce sujet moins généralement et en imposant des obligations, telles que des frais et / ou des restrictions sur le degré ou la portée de l'utilisation. En ce qui concerne l'utilisation de l'eau, par exemple, le contrat Libéria – Putu (2010) stipule en son article 19.5 :

« L'Entreprise jouira d'un droit d'accès (y compris par extraction) aux réserves d'eau qui lui sont raisonnablement nécessaires dans le cadre de l'implémentation de ses opérations [d'exploration, développement, production et autres], sous réserve du paiement par la-dite Entreprise des frais prévus par la loi relative à l'utilisation de l'eau en vigueur, et sous réserve qu'un tel accès par la-dite Entreprise n'affecte pas de manière négative les réserves d'eau utilisées par la population environnante ou, dans la mesure où le-dit accès affecte négativement l'approvisionnement en eau des-dites populations, que la société fournisse une source d'approvisionnement en eau de remplacement à la population affectée ».

Cette disposition montre comment un contrat peut imposer certaines limites à l'utilisation de l'eau par l'entreprise, des limites qui prennent en compte des utilisateurs, des utilisations et des intérêts différents. Mais elle montre aussi comment les contrats laissent un certain nombre de questions environnementales et sociales non résolues. Par exemple, elle ne place aucune limite sur l'utilisation de l'eau qui pourrait affecter l'environnement (elle ne mentionne que la population). Elle ne définit pas plus clairement qui sont les populations « environnantes » potentiellement habilitées à bénéficier d'une source d'approvisionnement en eau « de remplacement ».

Les questions d'accès aux terres peuvent être tout aussi controversées. L'octroi par le gouvernement d'un droit d'accès à une terre par une entreprise d'exploitation minière peut, par exemple, ne pas tenir compte des droits fonciers traditionnels des communautés locales.

Comme il a été noté plus haut, l'un des aspects les plus sensibles des projets d'exploitation minière surgit lorsque l'établissement d'une mine exige une relocalisation des résidents locaux. En conséquence, les exigences relatives à la gestion de la réinstallation sont de plus en plus susceptibles de se trouver dans les contrats miniers.

Le contrat d'exploitation minière Sierra Leone – Sierra Rutile (2001) (article 10.b.v.) contient une longue section consacrée à ce problème. Mais il ne précise pas catégoriquement si les résidents ont un droit de refus en matière de déplacement :

« Si une réinstallation de la population locale semble être absolument nécessaire à un moment quelconque, l'entreprise se doit d'agir avec la plus grande prudence, avec le consentement du gouvernement et en consultation avec les autorités locales, pour convaincre la population locale de se réinstaller, et doit offrir un programme de réinstallation parfaitement adéquat et conforme aux directives du ministre responsable. »

Mais que se passe-t-il si, bien que l'entreprise ait procédé avec « la plus grande prudence » et offert un « programme parfaitement adéquat de réinstallation, » la population locale ou certaines personnes refusent de se déplacer ?

Le contrat de la Sierra Leone spécifie clairement que le gouvernement central est responsable de la décision finale lorsqu'il s'agit de trancher entre une entreprise et un propriétaire foncier en matière d'utilisation de la terre. Comme dans l'accord du contrat d'exploitation minière Libéria-Putu (2010), qui stipule (article 7.3.a) :

« Si aucun autre droit de surface n'est raisonnablement disponible pour l'Entreprise à de telles fins, le gouvernement fera usage de son pouvoir d'expropriation pour obtenir ces droits d'une tierce partie non-consentante. »

Dans le contrat d'exploitation minière Guinée – Koumbia (2010), il est assumé que l'entreprise jouira du droit de déplacer les résidents si cela s'avère nécessaire. L'accord énonce simplement les conditions (article 15.8) dans lesquelles ceci doit être fait :

« Si la Société juge la présence d'Utilisateurs et/ou Occupants Fonciers incompatible avec ses Opérations Minières sous la Concession Minière, elle est tenue d'indemniser ces Utilisateurs et/ou Occupants Fonciers avant la date de signature de la Convention et de les aider à se relocaliser. La Société doit verser une indemnité à ces Utilisateurs et/ou Occupants Fonciers, pour toute relocalisation ou pour toute perte d'usage, titre foncier, habitation et récoltes. L'indemnisation susmentionnée doit correspondre au montant nécessaire à la localisation et à la réinstallation desdits Utilisateurs et/ou Occupants Fonciers... (et) doit comprendre la juste valeur marchande de toute perte. »

SANTÉ-SÉCURITÉ PROFESSIONNELLE

Des conditions contractuelles précisant les responsabilités des sociétés minières relatives à la santé et la sécurité dans le cadre des activités minières sont relativement fréquentes. Les questions de santé et de sécurité sont couvertes par la législation dans la plupart des pays, et de nombreux contrats miniers notent simplement que la société minière est tenue de fournir une protection adéquate, conforme à la loi et aux normes internationales. Par exemple, le contrat d'exploitation minière Libéria – Western Cluster (2011) note que l'entreprise :

[...] devra mettre en œuvre les procédures et précautions de santé et de sécurité modernes (y compris des formations régulières à la sécurité de ses employés), telles que stipulées dans le droit applicable et les normes minières internationales. »

Le Modèle de Convention d'exploitation minière de la Sierra Leone (2012) exige similairement que l'entreprise se conforme aux « bonnes pratiques de l'industrie » en ce qui concerne l'emploi, la santé et la sécurité. (Articles 16.5 & 16.6).

SÉCURITÉ

La sécurité est une question importante et sensible. Elle est nécessaire au personnel et à l'exploitation d'une mine, mais 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 ? Et bien d'autres questions se posent.

Un contrat peut tenter de résoudre ces problèmes de différentes manières. Dans certains cas, les mines peuvent être autorisées à maintenir des forces de sécurité, mais doivent immédiatement remettre toute personne détenue aux autorités. Dans d'autres cas, les mines ne sont pas autorisées à maintenir un personnel de sécurité armé, et le gouvernement prend sur lui les obligations d'assurer la sécurité interne.

L'accord Libéria – Africa Aura Resources (2004) note que le projet n'est pas considéré comme ayant commencé avant qu'une visite conjointe des représentants du gouvernement et des responsables de l'entreprise n'ait déterminé que le site offre toute la sécurité nécessaire. Il précise même (article 27) que la société doit être « sous les directives » du Bureau des Nations Unies de Monrovia et stipule que l'entreprise doit mettre en œuvre « tous les efforts raisonnables pour accepter une déclaration de « sécurité d'exploitation ».

Mais le contrat d'exploitation minière Libéria-China Union (2009) va bien plus loin dans l'attribution de ce pouvoir à l'entreprise. Il permet explicitement (article 9.2) à l'entreprise d'établir ses propres forces de sécurité dans le périmètre de la concession minière et « à proximité immédiate » :

« Les membres des forces de sécurité du Concessionnaire (ou de l'entrepreneur), nommément certifiés par le Concessionnaire auprès du Ministère de la Justice comme sachant lire et écrire et ayant reçu une formation à plein temps adéquate en matière de procédures policières et d'application de la loi, fournie par un formateur externe agréé par le Ministère de la Justice, et ayant reçu des manuels d'application approuvés par le ministère de la Justice, jouiront des pouvoirs d'exécution dans les domaines décrits dans la phrase qui précède, tout en restant toujours assujettis à la loi en vigueur ».

Ces pouvoirs comprennent le droit de fouiller et d'arrêter des individus, quoique l'accord précise que les forces de sécurité de l'entreprise doivent informer la police dans les 24 heures suivant toute détention.

En plus d'accorder des droits, le contrat peut aussi exiger des entreprises d'exploitation minière de les appliquer avec réserve, avec considération pour la communauté, et dans le respect des droits de l'homme fondamentaux. Ceci ne semble qu'apparaître rarement dans un contrat, mais il en est maintenant des exemples. L'article 9.2 du contrat d'exploitation minière Libéria – Western Cluster (2011), par exemple, spécifie que les forces de sécurité de l'entreprise sont assujetties tout à la fois à la législation en vigueur et aux Principes volontaires sur la sécurité et les droits de l'homme (voir le chapitre suivant pour plus de détails sur les Principes volontaires).

FERMETURE DE LA MINE

Qu'advient-il lorsque le contrat prend fin ? Le pays se retrouvera-t-il avec une friche inutilisable et potentiellement dangereuse ? Pour éviter une telle situation, les pays peuvent inclure des obligations spécifiques quant à la fermeture des mines dans leurs contrats. Il sera par exemple demandé à la société minière de fournir des plans et devis pour la réhabilitation du site minier – généralement intégrés dans le PGE. Certains contrats peuvent exiger des cautions financières supplémentaires qui seront éventuellement disponibles si des problèmes environnementaux majeurs rendent un nettoyage nécessaire. Ces cautions peuvent être des « garanties parentales » exigeant de l'entreprise qu'elle démontre sa capacité à mobiliser des fonds supplémentaires en cas de besoin. Par exemple, le modèle de convention d'exploitation minière du Libéria (2008) stipule que :

« Le plan de gestion de la fermeture doit également présenter les moyens par lesquels l'Entreprise se propose d'assurer la disponibilité des fonds proportionnels à ses obligations de restauration et de remise en état de l'environnement stipulées dans les articles 8.2 et 8.3 de la Loi minière, et de manière à ce que les coûts de fermeture soient pris en charge par la société et non pas le public ou par le gouvernement. Si la société ne donne pas son accord par écrit avec le programme de financement gouvernemental de « paiement à échéance », une caution financière sera normalement acceptable, dans la mesure où la-dite caution est raisonnablement satisfaisante pour le ministre des Finances, versée par une institution financière tierce avec notation minimale de crédit à long terme de A (ou son équivalent), attribuée par au moins deux agences de notation internationalement reconnues, et offre une garantie raisonnablement acceptable pour le ministre des Finances et le ministre responsable de l'évaluation des coûts de fermeture ; des ajustements du montant de la garantie prendront place au minimum tous les trois ans. »

Il est important de se rappeler que certains problèmes environnementaux, tels que les bassins de résidus, devront être gérés des années après la fermeture de la mine, ce qui peut rendre nécessaire la mise en place d'une source de financement permanente. Pour en savoir plus sur la fermeture des mines, voir le chapitre sur la « Fermeture de mine » dans la section « Exploitation minière ».

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.

Ces dispositions prennent généralement la forme de termes détaillant les engagements de soutien au développement de la communauté, au minimum de la part de la société minière. Celles-ci peuvent tout simplement être un énoncé de la compensation financière qui doit être payée. Le contrat d'exploitation minière Afghanistan-Qara Zaghan (2011) est relativement simple. Il stipule que : «...durant les deux premières années [du] contrat, l' [Entreprise] dépensera un minimum de 50 000 dollars américains pour la mise en œuvre de programmes sociaux conformes aux dispositions du Plan de développement social » (Article 31) :

« À dater du début de l'année fiscale commençant le 1^{er} janvier, 2003, l'Entreprise se doit ... d'effectuer un paiement au Fonds de développement agricole d'un montant équivalent à 0,1 % (un dixième de pour cent) du chiffre d'affaires brut le long du navire en Sierra Leone, sans toutefois excéder 75 000 dollars américains, soit en devises américaines, soit en un montant équivalent en leone sierra-léonaise. Le Fonds sera utilisé pour le développement de l'agriculture dans les zones affectées et sera contrôlé par des représentants du gouvernement, des représentants des chefferies et des représentants de l'Entreprise ».

Mais même lorsque les contrats atteignent un certain degré de spécificité, des questions peuvent se poser au sein des communautés affectées quand il s'agit de déterminer qui peut de manière légale et crédible les représenter en matière de négociation et d'obtention des bénéfices.

Certains contrats prévoient des engagements de développement communautaire beaucoup plus larges. Ceux-ci sont souvent intégrés dans les dispositions relatives au développement économique local et à la responsabilité sociale des entreprises. Le contrat d'exploitation minière Mongolie-Oyu Tolgoi (2009) couvre amplement ces questions (article 4). Dans cet accord, le gouvernement s'engage à établir un « Conseil régional de développement de Gobi Sud » multipartite pour aider à confronter les questions de gouvernance locale, de migration, d'infrastructure, de formation, de fourniture de services sociaux et de renforcement des capacités. L'investisseur est requis de participer en tant que membre de ce Conseil d'administration et d'en supporter ses activités.

L'accord impose aussi des exigences sur la façon dont l'investisseur s'engage avec les autres parties prenantes, comme des obligations de conduire tous ses « programmes et activités de développement socio-économiques en appliquant des principes de transparence, de responsabilité et de participation publique » et de maintenir « des relations

de travail productives ... avec les organisations non gouvernementales, les groupes civiques, les conseils civils et les autres parties prenantes.»

Un contrat peut également exiger un effort supplémentaire de la part de la société minière consistant en la négociation d'un accord de développement communautaire, ou en stipulant qu'une telle obligation existe en vertu de la loi. Ces accords, qui sont examinés en détail dans le chapitre suivant, décrivent généralement la taille et la nature des contributions des entreprises aux moyens de subsistance locaux et fournissent un cadre de gestion de ces contributions et d'un cadre de dialogue permanent. Une fois de plus, le contrat d'exploitation minière Mongolie–Oyu Tolgoi (2009) stipule :

« L'investisseur doit établir des accords de coopération avec les organisations administratives locales conformément à l'article 42 de la Loi sur les minéraux, ces accords pouvant inclure l'institution de fonds de développement et de participation locaux, de comités locaux de participation, et de comités locaux de surveillance de l'environnement. »

La gestion des relations communautaires reste l'un des défis les plus difficiles dans le cadre des projets d'extraction minière. Un certain nombre de ressources sont disponibles pour guider les entreprises, les gouvernements et les communautés, y compris les boîtes à outils du CIMM, les principes et les normes de la SFI, la boîte à outils de développement communautaire d'ERA, les directives du Centre pour la responsabilité sociale dans le secteur minier (CSR Centre for Social Responsibility in Mining) et le Guide pour les agents en relations communautaires (Practitioner guide on Community Relations) de 2013 de l'Université du Queensland.

PATRIMOINE CULTUREL

Il ne saurait y avoir d'extraction minière sans perturbation du sol. Cette perturbation n'affecte pas uniquement les utilisations actuelles ou potentielles du terrain, elle peut également exposer l'héritage de son utilisation dans le passé. Il existe un potentiel de découverte ou de perturbation d'artefacts d'une valeur culturelle. Comment les mineurs peuvent-ils reconnaître ce qui pourrait être important ? Que doivent-ils faire si le cas se présente ?

Des réponses à ce type de questions se trouvent de nos jours dans les directives en matière de bonnes pratiques de l'industrie, comme dans les normes de performance de la SFI et les principes du CIMM (voir le chapitre suivant pour plus de détails). Il n'est pas fréquent de trouver des dispositions traitant de ces questions dans les contrats eux-mêmes, mais des exemples existent cependant.

Le contrat d'exploitation minière Afghanistan-Qara Zaghan (2011) prévoit cette situation (article 28), et tente de s'assurer que le gouvernement soit rapidement informé de toute découverte :

« Si, au cours de la prospection, de l'exploration et de l'exploitation minière, des artefacts, monuments, trésors enfouis de nature historique ou culturel, (métaux nobles ou non) sont découverts, ces éléments historiques et ces travaux (en vertu des lois en vigueur en Afghanistan) deviennent la propriété du gouvernement. Si l'AKNR, dans le cours de ses opérations, se rend compte de l'existence de tels trésors ou monuments, AKNR est tenu d'en informer le ministère des Mines et le ministère de la Culture dans les 24 heures ».

Le contrat d'exploitation minière Guinée-Simfer (2002) fournit des instructions plus détaillées à l'entreprise quant à ce qu'elle peut et ne peut pas faire à la suite de la découverte d'un site archéologique (article 37.4) :

En cas de découverte d'un site archéologique, la phase d'exploitation devra être précédée aux frais de SIMFER S.A. et en accord avec l'Etat, par des études appropriées menées par les services compétents à l'intérieur du Périmètre d'Exploitation.

S'il venait à être mis à jour des éléments du patrimoine culturel national, meubles ou immeubles, au cours des activités de recherche, SIMFER S.A. s'engage à ne pas déplacer ces objets, et à informer sans délai les autorités administratives.

SIMFER S.A. s'engage à participer aux frais de sauvetage raisonnables.»

QUAND LES CHOSES TOURNENT MAL –

COUVERTURE DE LA RESPONSABILITÉ EN CAS DE DOMMAGES

Les choses peuvent tourner mal dans les opérations minières, et cela arrive. Les obligations environnementales et sociales peuvent être violées, que ce soit sciemment ou par négligence ; des impacts et des défis inconnus et imprévus peuvent survenir ; les plans peuvent changer ; et les attentes peuvent être déçues. D'une manière générale, les contrats tentent de prévoir ces questions en déterminant qui sera responsable de quoi.

En termes de problèmes environnementaux, comme indiqué ci-dessus dans le cadre de la fermeture des mines, les contrats exigent généralement des garanties financières couvrant le nettoyage nécessaire. Une variante de ces garanties est d'exiger des sociétés minières de déposer une garantie environnementale monétaire, de par laquelle elles déposent une caution retenue par une partie tierce, cette caution étant explicitement réservée à la réhabilitation. Ces garanties ne sont utilisées que si elles s'avèrent

nécessaires. Si elles ne le sont pas, elles sont remboursées à la société d'exploitation minière en fin de projet.

Dans le contrat d'exploitation minière Mongolie-Oyu Tolgoi (2009), les parties utilisent ce type de caution financière pour s'assurer que des fonds soient disponibles aux fins de gestion environnementale et de nettoyage de routine, et non pas seulement pour la fermeture. Il stipule

« L'investisseur doit déposer une caution équivalente à 50 % (cinquante pour cent) des coûts reliés à la protection de l'environnement pour l'année donnée, avant le début de cette année, et dans un compte bancaire établi par l'autorité administrative centrale de l'État responsable de l'environnement. » (Article 6.6). »

L'entreprise utilise cet argent pour se conformer à ses obligations en matière de gestion de l'environnement si cela s'avère nécessaire. Si l'argent vient à manquer avant que les travaux ne soient terminés, les spécialistes de l'environnement peuvent exiger de l'entreprise de les mener à bien ou de payer une somme supplémentaire. (Article 6.12)

Dans le cas d'un accident ou d'une catastrophe environnementale d'envergure, la question cruciale est de disposer d'un moyen garantissant que des fonds suffisants seront disponibles pour résoudre le problème. Comment le contrat peut-il contribuer à assurer que les coûts des mesures d'atténuation, d'assainissement et de restauration sont couverts? Que les dommages infligés sont compensés par de justes réparations? En plus d'exiger des entreprises le dépôt d'une caution, de déposer des fonds dans des comptes réservés à cet effet ou d'obtenir des garanties de la société mère ou d'une autre institution, certains contrats contiennent des dispositions exigeant des entreprises d'obtenir une assurance couvrant les questions environnementales ou de manière plus générale, les passifs conditionnels. L'inclusion de ces obligations et le contrôle de leur respect peuvent s'avérer particulièrement important pour la protection du gouvernement dans le cas où l'entreprise avec laquelle il signe un contrat présente des actifs et une situation financière hors de proportion avec les responsabilités.

RESPONSABILITÉ POUR LES DOMMAGES ENVERS LES NON-PARTIES QUAND LES CHOSES TOURNENT MAL

Comme indiqué ci-dessus et dans d'autres chapitres, certains contrats obligent les entreprises de faire ou de ne pas faire certaines choses afin d'influencer leurs impacts sur l'environnement, sur les communautés environnantes, et sur les autres non-parties, comme les employés individuels. La disposition contenue dans le contrat d'exploitation

minière Libéria-Putu (2010), qui exige de l'entreprise qu'elle limite son utilisation en eau ou fournisse une source d'alimentation alternative aux communautés environnantes, en est un exemple.

En vertu des lois de certains pays, ce type d'exigence peut créer des droits envers les « tiers », permettant aux non-parties au contrat de faire respecter ces obligations : Si l'entreprise ne parvient pas à limiter son utilisation des ressources en eau ou à fournir à la collectivité un approvisionnement adéquat, les membres de la communauté peuvent être habilités à la poursuivre en justice et à demander réparation pour cause de rupture du contrat par la société.

Mais certains contrats cherchent à exclure cette possibilité. Le contrat d'exploitation minière Libéria-Putu (2010) déclare par exemple :

« 33.6 « Tiers bénéficiaires »

Aucune personne autre que... le Gouvernement, l'Entreprise et les Actionnaires ... ne dispose d'un droit quelconque en vertu du présent Accord ».

Cette disposition ne signifie pas nécessairement que les individus affectés de manière négative par les activités minières ne jouissent d'aucune protection. D'autres moyens de recours leur est disponible en vertu des lois de en matière de responsabilité civile, de protection de l'environnement, de droit foncier, ou de toute autre loi. Néanmoins, ce type de plaintes n'est pas toujours possible dans toutes les juridictions, et peut ne pas couvrir ou ne pas prévoir des réparations efficaces en cas de rupture de la convention minière. Cette clause de l'article 33.6 est donc importante en ce qu'elle coupe une avenue potentielle que les individus ou les communautés pourraient être en mesure d'utiliser pour faire respecter les engagements contractuels conclus à leur profit ou pour leur protection par les gouvernements et / ou les entreprises.

Une dernière question relative aux dommages aux non-parties au contrat (c'est-à-dire un employé ou un agriculteur se trouvant à proximité) : lorsque l'une de ces non-parties subit un préjudice résultant de l'exploitation minière et poursuit le gouvernement et / ou l'entreprise en justice pour obtenir réparation, le contrat spécifie souvent qui devra au bout du compte verser une potentielle indemnisation quelconque. Ces clauses sont appelées « clauses d'indemnisation », et elles sont utilisées par les parties contractantes pour décider comment répartir la responsabilité entre elles.

GÉRER L'ÉVOLUTION DES LOIS ET DES RÉGLEMENTATIONS ENVIRONNEMENTALES ET SOCIALES

L'impact environnemental et social d'une mine à un moment donné ne sera pas forcément le même 10, 15 ou 20 ans plus tard. Les lois changent au fil du temps, et ces changements peuvent résulter en une adaptation des projets leur permettant de mettre à jour leur performance sur un certain nombre de questions.

Les sociétés minières sont-elles toujours tenues de suivre ces changements et de s'assurer de leur conformité avec les modifications pertinentes? La réponse à cette question peut déterminer si un pays disposera d'une mine qui fonctionne conformément aux meilleures pratiques, ou d'une mine qui se conforme à des normes qui sont dépassées.

Certaines dispositions contenues dans les contrats peuvent effectivement entraver l'amélioration de la performance sociale et environnementale. Elles sont connues sous le nom de « clauses de stabilisation », des clauses 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. Ceci peut geler la réglementation environnementale et sociale d'un projet d'exploitation minière et empêcher la possibilité de la part du gouvernement de prendre en compte de nouvelles informations, de nouvelles technologies et de nouvelles meilleures pratiques.

D'autres clauses de stabilisation ne « gèlent » pas la loi, mais exigent que le gouvernement couvre les coûts de l'entreprise liés à la conformité aux nouvelles exigences. Ceci permet au gouvernement de mettre à jour les réglementations environnementale et sociale des projets miniers, mais peut le décourager à le faire dans la pratique.

Certaines clauses de stabilisation donnent à l'entreprise minière le choix d'être régie ou non par les nouvelles lois ou les nouveaux règlements. C'est le cas de la clause de stabilisation contenue dans le contrat d'exploitation minière Libéria-Mittal (2005) pour le développement du minerai de fer dans le pays. Ce contrat déclare dans son article XIX :

« En particulier, les modifications qui pourraient être apportées dans le futur à la Loi en vigueur en date d'effet ne s'appliqueront pas au CONCESSIONNAIRE et à ses associés sans leur consentement préalable porté par écrit, mais ledit CONCESSIONNAIRE et ses associés peuvent à tout moment opter d'être régis par les dispositions légales et réglementaires résultant des modifications apportées à tout moment à la Loi en vigueur en date d'effet. En cas de conflit entre le présent Accord ou les droits, les obligations et les devoirs

d'une des Parties en vertu du présent Contrat et de toute autre loi, y compris les réglementations et les procédures, les questions relatives à la procédure administrative et le droit international applicable, le présent Accord régira les droits, obligations et devoirs desdites parties».

Parce que les clauses de stabilisation peuvent limiter la capacité du gouvernement à prévenir les préjudices environnementaux et sociaux, ou à garantir que des recours efficaces existent pour remédier à ces préjudices, elles ont attiré une critique sévère de la part de la société civile, entre autres. Certains experts font valoir qu'elles sont une mauvaise politique et peuvent même être contraires au droit interne et / ou aux droits de l'homme internationalement reconnus. La tendance dans la pratique est de limiter la stabilisation, là où elle existe, à des dispositions fiscales et à des dispositions étroitement liées, et de spécifier expressément que ces clauses ne s'appliquent pas aux politiques sociales et économiques.

TROUVER DES DIRECTIVES ET DES RÉPONSES EN DEHORS DU CONTRAT MINIER

Nous avons décrit dans le chapitre précédent les types de dispositions sociales et environnementales susceptibles de se trouver dans les contrats miniers contemporains et relevé un certain nombre de questions spécifiques qui peuvent (ou peuvent ne pas) être abordées par un contrat d'exploitation minière. Nous avons également constaté qu'il n'existe aucun contrat contemporain unique qui renferme toutes les exigences sociales et environnementales possibles. Il s'en suit que quiconque désirent faire un tableau complet des exigences sociales et environnementales applicables dans le cadre d'un contrat d'exploitation minière éventuel dans son pays se doit de contempler ce contrat dans le cadre des lois et des réglementations nationales en vigueur.

La plupart des pays disposent de nos jours d'un système complet de lois et de réglementations touchant à la protection de l'environnement et d'une agence dédiée qui les implémente. La loi peut aussi être tellement développée que le contrat ne fait guère plus que de s'y référer.

Pourtant, au-delà du contrat et du droit interne, il existe un cadre complémentaire de droit international, de contrats accessoires, de politiques et de directives, qui peuvent aider à fournir des détails quant aux comportements attendus ou requis, et qui peuvent aider à combler les lacunes. Cette partie présente un aperçu de ce cadre et couvre les accords de développement communautaire, les normes de l'industrie et d'autres normes encore, ainsi que les principes et réglementations internationaux pertinents.

ACCORDS DE DÉVELOPPEMENT COMMUNAUTAIRE (CDAS)

Les entreprises minières internationales majeures ont commencé à établir des liaisons avec la communauté et des fonctions de construction sur les sites de projets, dans le cadre de leurs pratiques standards. Ces opérations sont généralement responsables de questions telles que la consultation de la communauté et l'engagement auprès de celle-ci, de la surveillance de la ligne de base sociale, du développement des plans de gestion de l'impact social, de la planification et de la mise en œuvre des stratégies d'investissement dans la communauté, de la conception des projets de construction des capacités communautaires, et de traiter les requêtes d'aide, les plaintes et les griefs provenant des individus et de la communauté.

Ces développements se sont formalisés à mesure que les communautés ont commencé à exprimer leurs besoins de manière plus organisée, et les entreprises minières ont réalisé que toute cette gamme d'activités de soutien ne saurait être administrée plus longtemps sans une sorte de plan établissant les priorités et précisant clairement les limites des engagements de l'entreprise. Ce processus semble être le plus avancé en Australie et au Canada, où des accords de référence ont été signés dans les années 1990 directement entre les sociétés d'exploitation minière et les groupes autochtones, et continuent d'être négociés de nos jours. Bien que certaines dispositions aient nécessité des ajustements à la lumière de l'expérience accumulée, elles ont généralement bien résisté au fil du temps.

Des discussions sérieuses prennent place aujourd'hui en ce qui concerne l'expansion et la formalisation des accords entre entreprise et la communauté dans des environnements nationaux autres que le statut des populations autochtones. Un certain nombre de pays encouragent ou obligent les entreprises à négocier de tels accords, communément connus sous le nom d'Accords de développement communautaire, avant le développement du projet ou dans le cadre de celui-ci. Des dispositions dans la loi minière de la Papouasie-Nouvelle-Guinée, de la Mongolie et du Nigeria exigent que les titulaires d'une licence d'exploitation ou d'un contrat d'exploitation minière négocient et concluent des accords de développement communautaire facilitant le transfert des avantages sociaux et économiques aux communautés locales.

Les accords de développement communautaire contribuent à définir les relations entre les sociétés d'exploitation minière et les communautés touchées, y compris les rôles des gouvernements locaux et nationaux et des organisations non gouvernementales.

Ils sont souvent une expression de l'engagement de l'entreprise minière envers une responsabilité corporative sociale.

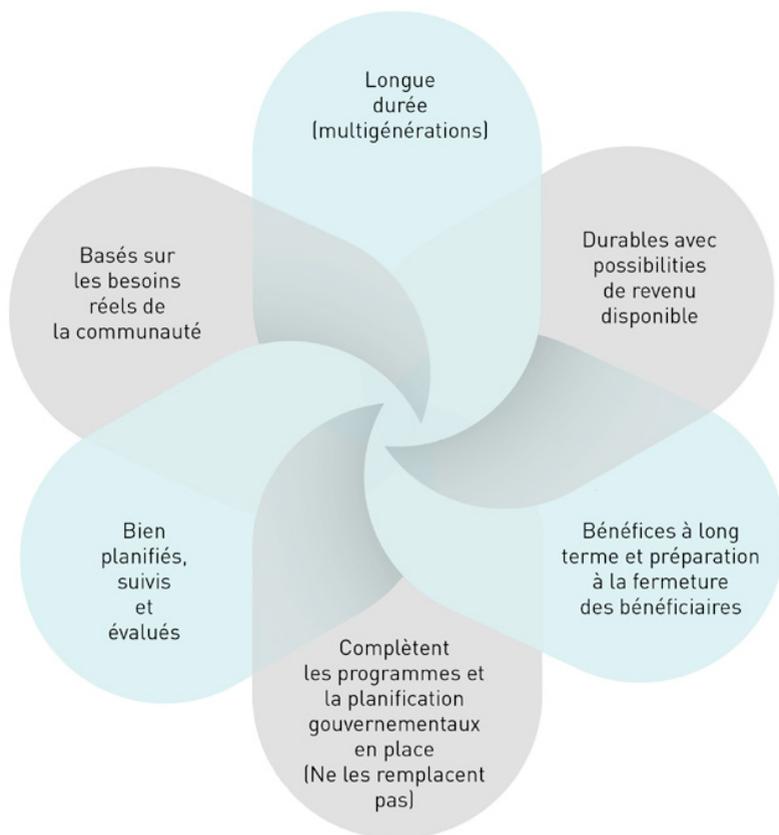
La création d'un accord de développement communautaire peut également résulter de la réponse corporative à des conflits sérieux avec les communautés locales. Lorsque BHP Billiton a acquis la mine de cuivre Tintaya au Pérou en 1996, elle a confronté un mécontentement général de la communauté du fait du processus d'acquisition des terres et du traitement défavorable de la communauté locale, bien que la mine fût en fait la propriété de l'État. La table de dialogue de Tintaya fut créée pour fournir un forum permettant de répondre à ces griefs et un accord a finalement été conclu avec les cinq communautés en 2004, couvrant des questions d'indemnisation et de suivi et établissant un fonds de développement communautaire.

QU'EST-CE QU'UN ACCORD DE DÉVELOPPEMENT COMMUNAUTAIRE (CDA)

Les sujets couverts par les accords de développement varient de l'un à l'autre, mais ils se concentrent principalement sur les questions les plus pertinentes pour les collectivités touchées, ce qui comprend notamment l'emploi et le développement économique, l'utilisation des terres, les services, les infrastructures et les processus mis en place pour soulever les griefs. Ils peuvent inclure des engagements de l'entreprise quant à l'emploi, des engagements spécifiques concernant les infrastructures locales ou des services sociaux spécifiques. Un accord de développement communautaire minutieux spécifiera probablement le calendrier des contributions, l'utilisation à laquelle chacune de ces contributions est dédiée (ou le processus d'affectation des fonds à des usages spécifiques) et une facilité de gestion des fonds versés.

Ils fournissent également un cadre pour les interactions de la communauté avec entreprise d'exploitation minière (et les entités gouvernementales locales potentielles) pour l'ensemble des questions pouvant concerner la communauté locale. Par le biais d'une réunion régulière de tous les acteurs, ils contribuent à forger les relations et à établir ainsi un climat de confiance et de respect mutuels. Dans de nombreux cas, ce processus peut être tout aussi important que les détails de l'accord lui-même.

Principes des Accords
de développement communautaire



Basé sur Accords miniers de développement communautaire :
Guide, Banque mondiale (2012)

Un accord de développement communautaire complet couvre la plupart des questions énoncées ci-dessous. Les accords réels peuvent différer en fonction des conditions locales et de la dynamique de la négociation :

- * les objectifs de l'accord
- * qui représente l'entreprise,
- * qui représente la communauté,
- * comment l'accord est administré (réunions, procédures de réunion, etc.),
- * comment les membres de la communauté participent aux prises de décision et à l'administration de l'accord de développement communautaire,
- * la représentation des intérêts des femmes et des sous-communautés,
- * les engagements en matière de contributions sociales et économiques du projet à la communauté,
- * l'échéancier,
- * l'aide à la création d'activités autonomes et génératrices de revenus,
- * la consultation sur les mesures prises pour la fermeture de la mine,
- * la participation aux programmes de surveillance de l'environnement,
- * les besoins de financement et les dépenses admissibles, les exigences de fonds, la gestion, la comptabilisation et la transparence des fonds,
- * les mécanismes de suivi de la réalisation des objectifs et de l'atteinte des étapes importantes établies, et les progrès connexes et les exigences de rapports d'implémentation,
- * les mécanismes de règlement des griefs et des différends.

Les accords de développement communautaire ne sont pas sans risques. Exiger des communautés de s'engager dans de tels accords formels peut être contre-productif. Des problèmes d'identification se présentent au début, (par exemple, qui est inclus dans la communauté? Qui est habilité à la représenter?); ceux-ci soulignant l'existence d'intérêts divergents au sein même de la communauté. Des accords formels peuvent également donner l'impression que la communauté a été induite en erreur ou contrainte, ou qu'une «entente secrète» a été conclue avec des intérêts particuliers. Ces accords peuvent également encourager une dépendance sur la fourniture de services par l'entreprise, alors que ces services devraient en fait être fournis par le gouvernement local ou national. Des dirigeants communautaires faisant preuve de prudence voudront connaître les détails des obligations de la société minière envers la communauté (s'il

en est) dans le cadre du contrat national d'investissement passé avec le gouvernement avant le début des négociations. Ceci leur permettra de s'assurer que les engagements se renforcent mutuellement, et que l'accord de développement communautaire requiert des étapes supplémentaires, venant en sus de ce que à quoi l'entreprise s'est déjà engagé en vertu de la convention minière.

NORMES INDUSTRIELLES ET AUTRES NORMES

En plus de se référer à la législation applicable, un contrat peut exiger de l'entreprise de suivre les « bonnes pratiques de l'industrie », les « pratiques généralement acceptées dans l'industrie » ou « les meilleures pratiques ». Comme le langage du contrat cité dans le chapitre ci-dessus l'indique, certains accords se réfèrent spécifiquement à un ensemble particulier de normes (par exemple, les normes de performance de la SFI) et / ou d'un organisme d'établissement de normes (par exemple, le CIMM), pour établir dès le début les exigences en matière de comportement.

En l'absence d'une référence spécifique, ces dispositions (ou attentes) renvoyant à de « bonnes pratiques », à des « pratiques acceptées » ou à des « meilleures pratiques » peuvent être la cause de différents conflits lors de la phase de mise en œuvre du contrat. Il est également utile de garder à l'esprit que les différences d'opinion sont susceptibles de s'aggraver avec la prolifération des nouveaux acteurs dans l'industrie extractive globale provenant de pays tels que la Chine, la Russie et l'Inde et qui ne profitent pas d'une expérience au niveau international. Leur assomption de ce qu'est une « pratique standard » pourrait très bien trouver son origine dans leur expérience de l'exploitation au niveau national.

La prolifération récente des normes volontaires et semi-volontaires provenant de sources inter-gouvernementales, multi-parties prenantes, et de l'industrie peuvent néanmoins aider à clarifier quels types de pratiques sont la norme, acceptées, ou même les « meilleures ». Ces nouvelles normes ont introduit de nouvelles façons de comprendre et de résoudre les problèmes environnementaux et sociaux, de reporter la conduite et la performance de l'entreprise et du gouvernement, et de gérer les préoccupations et griefs de la communauté ainsi que les réponses fournies. Bien que la plupart de ces initiatives soient volontaires, elles façonnent de plus en plus ce qui est considéré comme étant une pratique sociale et environnementale responsable standard et servent de base à l'orientation et à l'évaluation des entreprises minières internationales et à la performance du gouvernement en la matière.

Certaines de ces initiatives et organisations les plus influentes ayant établi des normes volontaires sont détaillées ici, mais la liste est loin d'être exhaustive.

Le Conseil international des mines et métaux (CIMM) a été créé à Londres en 2001 par différents acteurs internationaux majeurs de l'industrie des mines et des métaux pour soutenir le développement durable dans le cadre des projets d'exploitation minière. Les entreprises membres s'engagent à mettre en œuvre et à mesurer leur performance contre dix principes de développement durable couvrant les domaines sociaux, environnementaux, économiques et éthiques de l'exploitation. Ceux-ci sont renforcés par des énoncés clarifiant leur position et fournissant des directives.

Un certain nombre d'associations nationales et de producteurs ont développé leurs propres cadres de codes de conduite et de durabilité, comme l'Enduring Value (Valeurs durables) du Mineral Council of Australia, et Vers le développement durable de l'Association minière du Canada, qui traitent également des questions sociales, environnementales et de santé et sécurité. Ceux-ci s'appliquent principalement à des opérations basées en Australie et au Canada, mais la conduite des sociétés d'exploration minières australiennes et canadiennes de moindre importance opérant à l'étranger est devenue un sujet de préoccupation nationale. Les deux pays sont à la recherche de moyens de promouvoir des pratiques sociales et environnementales plus responsables de la part de leurs entreprises nationales opérant à l'étranger.

En dehors du secteur de l'exploitation minière, l'Organisation internationale de normalisation (ISO) a développé des normes pour la gestion des impacts environnementaux et l'amélioration de la performance environnementale (ISO 14000). Les sociétés minières tentent souvent d'obtenir une telle certification et sont soumises à des audits tiers réguliers, pertinents à la conformité de leurs sites miniers. L'ISO a également élaboré des lignes directrices sur la responsabilité sociale (ISO 26000), qui sont cependant à un stade d'engagement volontaire sans aucun mécanisme de certification.

Au cours de la dernière décennie, un certain nombre d'institutions financières internationales comme la Banque mondiale (World Bank), la Banque interaméricaine de développement, l'Asian Development Bank, la Banque africaine de développement, la Banque européenne pour la reconstruction et le développement et le Fonds monétaire international ont renforcé leurs politiques de sauvegarde environnementale et sociale. Ces politiques ne s'appliquent normalement qu'à des projets qu'elles soutiennent, mais elles sont parfois incorporées dans d'autres projets, et peuvent servir dans un sens plus large comme normes et directives volontaires là où elles ne sont pas formellement requises.

Les normes de performance de la SFI ont été formalisées en 2006 et mises à jour et approuvées en 2012. Ces normes de performance ont été développées pour les projets soutenus par la SFI et leur sont applicables, mais elles sont également utilisées dans le groupe élargi de la Banque mondiale pour certains projets supportés par cette dernière. Beaucoup d'autres institutions, y compris les quelques 80 institutions financières qui ont signé les « Principes de l'Équateur », ont également adopté les normes de la SFI, ce qui signifie que les projets qu'elles financent se doivent de se conformer aux exigences de la SFI.

Les normes de performance de la SFI couvrent les évaluations de référence et d'impact sociaux et environnementaux, les plans de gestion de l'environnement, la protection des peuples autochtones et de leur patrimoine culturel, le contrôle des contaminants environnementaux et de la pollution, l'acquisition de terres et la réinstallation, et les mesures de protection touchant à la santé, à la sûreté et à la sécurité des communautés. De nombreuses entreprises minières internationales, et tous particulièrement les entreprises majeures, ont souscrit à des normes individuelles spécifiques, le plus souvent la Norme de performance 5 pertinente à l'acquisition des terres et la réinstallation involontaire.

Pour les questions de responsabilité des entreprises, et de manière plus générale, les directives de l'OCDE pour les entreprises multinationales sont également pertinentes. Il est attendu des pays de l'OCDE qu'ils encouragent les entreprises basées dans leur propre pays à opérer en conformité avec ces directives. Chaque pays maintient un « point de contact national », qui peut recevoir et examiner toute plainte déposée contre des entreprises nationales opérant à l'étranger. Les lignes directrices sont périodiquement mises à jour pour prendre en compte la philosophie et les attentes nouvelles ou émergentes.

L'Initiative pour la Transparence dans les Industries Extractives (ITIE) est une initiative internationale fondée sur la notion qu'une amélioration de la transparence des recettes allant des entreprises minières et pétrolières aux gouvernements hôtes est un élément essentiel pour assurer une meilleure gouvernance dans ces secteurs. En plus de la publication de rapports détaillés couvrant les paiements et les revenus, entre autres aspects du secteur des industries extractives dans un pays donné, le processus ITIE exige la mise en place d'un groupe multipartite constitué du gouvernement, de l'entreprise et de représentants de la société civile, ce groupe étant destiné à servir de plate-forme pour le dialogue sur tous les aspects des industries extractives d'un pays. Au moment de la

publication de la première édition de ce livre, 41 pays étaient jugés « conformes » au cadre de l'EITI ou « candidats ».

En 2000, un certain nombre de gouvernements (le Royaume-Uni, les États-Unis, les Pays-Bas, et la Norvège), des entreprises des industries extractives et des organisations non gouvernementales ont publié un ensemble de Principes volontaires sur la sécurité et les droits de l'homme (parfois appelés les « PV »).

Les principes volontaires ont pour but de fournir des directives aux entreprises des domaines du pétrole, du gaz et des mines quant à la sécurité de leurs opérations dans le respect des droits de l'homme.

Plus récemment, en 2007, l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, le fruit d'un travail de plus de 25 ans. Cette déclaration a été approuvée par 143 pays avec 45 absent ou abstentions et 4 objections. Un certain nombre de pays qui n'avaient pas approuvé la Déclaration y ont depuis adhéré. L'article 32 (2) est d'un intérêt tout particulier pour les communautés locales et les sociétés d'exploitation minière. Il stipule :

« Les États consultent les peuples autochtones concernés et coopèrent avec eux de bonne foi par l'intermédiaire de leurs propres institutions représentatives, en vue d'obtenir leur consentement, donné librement et en connaissance de cause, avant l'approbation de tout projet ayant des incidences sur leurs terres ou territoires et autres ressources, notamment en ce qui concerne la mise en valeur, l'utilisation ou l'exploitation des ressources minérales, hydriques ou autres. »

EXISTE-T-IL UN LIEN AVEC LE DROIT INTERNATIONAL ?

En plus des normes inter-gouvernementales, des normes de l'industrie et des autres normes décrites ci-dessus, il convient également de tenir compte du corpus de lois internationales pertinent aux contrats miniers.

Le droit international régit les activités des États – et non les activités ou la conduite des acteurs privés tels que les entreprises. Mais surtout, les obligations des États en vertu du droit international affectent également ce qu'ils peuvent promettre aux entreprises dans leurs contrats ou accords d'investissement, et leurs obligations envers leurs populations, même si un contrat ne mentionne pas ou contredit ces obligations.

Établir une liste exhaustive de toutes les sources pertinentes du droit international s'avère chose impossible, mais des exemples ayant trait à des questions spécifiques

peuvent être cités. Comme il est indiqué dans les cas d'exemples ci-dessous, ce corpus de droit international peut offrir des possibilités d'engager des poursuites contre les parties contractantes pour des griefs reliés aux impacts environnementaux et sociaux de l'exploitation minière.

Les droits de l'homme – composés d'un certain nombre de traités et des règles internationales et régionales – sont particulièrement importants. Les États ont l'obligation légale de respecter, de protéger et d'appliquer les droits de l'homme stipulés dans les traités internationaux des droits de l'homme qu'ils ont ratifiés. Ceci comprend l'obligation de protéger ces droits contre les infractions par des tiers tels que les entreprises. Les principaux instruments internationaux des droits de l'homme sont la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 (167 États signataires) et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (161 États signataires). Des copies de ces documents sont facilement accessibles en ligne en saisissant leurs titres respectifs sur la barre de recherche de Google.

En ce qui concerne les droits fondamentaux des travailleurs, la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail engage tous ses États membres à quatre catégories de principes et de droits : la liberté d'association et le droit de négociation collective ; l'élimination du travail obligatoire ; l'abolition du travail des enfants ; et l'élimination de la discrimination en matière d'emploi et d'occupation. Huit traités négociés et ratifiés par des États du monde entier touchent à la protection de ces droits fondamentaux. S'ajoute également la Convention n° 169 relative aux peuples indigènes et tribaux de l'OIT, qui reconnaît le droit des peuples indigènes à participer à toutes les décisions gouvernementales qui les concernent par le biais de leurs organisations traditionnelles.

Un certain nombre de traités régionaux pertinents aux droits de l'homme en place régissent également la conduite d'un État traitant avec des investisseurs privés. Ceux-ci comprennent la Charte africaine des droits et de l'homme et des peuples de 1981, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relative aux droits des femmes en Afrique ; la Convention américaine relative aux droits de l'homme de 1969 ; le Protocole additionnel à la convention américaine relative aux droits de l'homme traitant des droits économiques, sociaux et culturels de 1969 ; la Convention européenne des droits de l'homme de 1950 ; et la Charte sociale européenne de 1961.

Surtout, le droit international des droits de l'homme pose des problèmes d'application, parce que certains traités prévoient que les individus, les communautés et d'autres

entités des mécanismes judiciaires ou quasi-judiciaires puissent tenter des poursuites contre les États devant les cours, tribunaux et d'autres organes. Dans le cas *Awás Tingni* 2001, par exemple, une communauté autochtone a poursuivi avec succès le gouvernement du Nicaragua pour avoir omis de s'assurer de l'efficacité du processus de consultation avant d'accorder une concession d'exploitation forestière sur ses terres. La Cour des droits de l'homme interaméricaine avait déterminé que le Nicaragua avait violé la Convention américaine relative aux droits de l'homme en omettant de protéger le régime coutumier de la communauté, les droits fonciers et les ressources collectives.

Depuis cette décision, un travail important a été accompli par diverses organisations pour mieux décrire ce que la législation internationale relative aux droits de l'homme exige des gouvernements qui passent des contrats avec des entreprises privées en vue d'une exploitation minière ou de projets d'une nature différente. Parmi ces efforts, le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies a adopté en 2011 un rapport contenant des principes pertinents à la responsabilité dans le cadre des contrats qui visent à aider les négociateurs gouvernementaux et privés désireux de s'assurer que leurs affaires sont compatibles avec les droits de l'homme

LIENS ÉCONOMIQUES

INTRODUCTION

EXTRACTION MINIÈRE ET « LOCAL CONTENT »

EXTRACTION MINIÈRE ET INFRASTRUCTURE

INTRODUCTION

Avec la vague de libéralisation des années 1990 et de ce qui est connu comme étant le «consensus de Washington», de nombreuses conventions minières ont perdu l'orientation de développement qu'elles avaient dans les années 1970 et 1980. Pour les gouvernements d'accueil, ce qui était auparavant appelé «accord de développement minier»est devenu un accord de promotion de l'investissement, fournissant des recettes fiscales au gouvernement, sans plus. Ces accords ont permis le développement d'un modèle «enclave» de l'exploitation minière, dans le cadre duquel les mines opèrent et paient des impôts, tout en restant cependant largement déconnectées de l'ensemble de l'économie.

Vingt ans plus tard, les pays d'accueil réalisent de plus en plus que les mines qui auraient pu être un tremplin pour le développement n'ont pas produit les avantages qui auraient pu être atteints au niveau national. L'objectif présent est d'intégrer le secteur minier au cœur de la croissance économique et d'en tirer parti. En vertu de cette tendance, les chefs d'États africains ont élaboré la Vision minière pour l'Afrique, qui reconnaît le rôle que peuvent jouer les minéraux dans une simulation réelle de la croissance économique et comme moteur de la diversification économique. Plutôt que d'utiliser la richesse en minéraux uniquement pour générer des revenus, cette stratégie cherche à mieux intégrer les opérations minières dans l'économie du pays.

Le défi consiste à passer de la vision à la pratique.

Cette partie décrit les différentes options possibles dans le cadre des négociations d'un gouvernement d'accueil avec une société d'exploitation minière contribuant à s'assurer que le projet d'exploitation minière génère des liens avec l'économie et s'y intègre. Le premier chapitre traite de ce qui est communément appelé le «*local content*» et le second traite des liens d'infrastructure.

EXTRACTION MINIÈRE ET « LOCAL CONTENT »

Les exigences en matière de *local content* des contrats visent à assurer que les citoyens des 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*.

Une variété de définitions est utilisée pour déterminer ce qui est « local ». Selon le contexte, par exemple, une société peut être considérée comme étant « locale » sur la base de son enregistrement, de qui en est le propriétaire, de la main-d'œuvre, ou de la valeur ajoutée en termes de production locale. Une entreprise détenue en majorité par des intérêts étrangers peut même être considérée comme « locale » dans certains cas, pour autant que l'entreprise locale détienne une participation minimale.

EXTRACTION MINIÈRE ET LOCAL CONTENT

De nombreux contrats miniers énoncent des dispositions relatives à au *local content* visant à maximiser les opportunités économiques de l'investissement minier et à mieux assurer que les avantages demeurent dans le pays. L'objectif de ces dispositions est de retirer de l'activité minière des bénéfices en matière de croissance et de développement durables. Ces dispositions viennent en sus de celles qui pourraient également se trouver ailleurs que dans le contrat lui-même, comme dans les lois, les pratiques et les politiques nationales, et dans les Accords de développement communautaire (ADC). (Pour en savoir plus sur les ADC, voir la partie « Questions environnementales et sociales »).

Si elles sont suivies d'une bonne implémentation, ces politiques et ces instruments renforcent les compétences et les possibilités économiques. Elles peuvent tout aussi servir la société minière, dans la mesure où les travailleurs locaux et la production locale peuvent s'avérer moins coûteux, plus prévisibles, et peuvent faciliter l'intégration de l'entreprise dans le pays d'accueil, renforçant de par là-même les relations entre l'entreprise et un large éventail de parties prenantes.

La réalisation des objectifs anticipés par les dispositions relatives au *local content* peut cependant s'avérer difficile. Elle implique en effet une coordination des politiques et des instruments contractuels à la lumière des considérations nationales, régionales, locales et transfrontalières. Trop souvent, la participation locale souffre de deux maux connexes : des dispositions relatives à la participation locale mal conçues et une application inadéquate.

QUEL EST LE RÔLE DU CONTRAT ?

ÉTABLIR CE QUI EST NÉCESSAIRE

Comme il est indiqué ci-dessus, les contrats miniers comprennent de plus en plus des exigences pertinentes au *local content* et couvrant des questions telles que l'emploi, la chaîne d'approvisionnement, la formation, le renforcement des compétences et le transfert du savoir.

Le contrat d'exploitation minière Guinée-Simfer (2002) en sont un exemple assez typique, demandant que l'entreprise :

- ✱ utilise les produits et services guinéens dans toute la mesure du possible,
- ✱ donne la priorité à l'embauche de ressortissants guinéens pour le travail manuel et pour la main-d'œuvre qualifiée (compte-tenu de l'expérience et des qualifications),
- ✱ crée un programme de formation pour le personnel guinéen.

L'article 10.1 du contrat Libéria – Mano River (2005) est plus direct, déclarant simplement : « *L'opérateur ne doit pas employer la main-d'œuvre non qualifiée étrangère. Dans toute la mesure du possible, l'exploitant emploiera des citoyens libériens à tous les niveaux* ».

L'Accord Australie – McArthur River Project (2007) fournit un autre exemple. Il exige que la société utilise la main-d'œuvre et les services locaux disponibles dans le Territoire du Nord de l'Australie, mais indique que l'entreprise peut aller chercher cette main-d'œuvre et ces prestations de services à l'extérieur de ce territoire si elle est en mesure

de démontrer que le respect de ces exigences « s'avère impraticable pour des raisons commerciales, techniques ou autres. » (Article 13(1)).

DÉVELOPPER ET RENFORCER LA DIVERSIFICATION EN AMONT ET EN AVAL

Les dispositions relatives au *local content* sont souvent utilisées pour développer et renforcer les liens « en amont », des connexions intégrant les individus et les entités locales dans la chaîne d'approvisionnement de la société minière. Mais d'autres dispositions peuvent également être utilisées pour générer des liens « en aval » qui encouragent un plus grand nombre d'activités fournissant une valeur ajoutée. S'il est rare qu'un contrat comprenne des références à des exigences en aval, certains termes du contrat mettent toutefois en évidence de telles stratégies de diversification.

Le contrat Australia – McArthur Project de (2007), par exemple, stipule dans son article sur les « traitements en aval » (article 12) :

« (1) En considération de l'intention du Territoire d'établir des traitements en aval prenant place dans le Territoire du Nord, l'Entreprise, conformément à la présente clause, et sauf accord contraire du ministre portée par écrit, recherchera des transformations en aval du zinc, du plomb et de l'argent disponibles dans le Territoire du Nord.

(2) L'Entreprise devra, dans les sept années suivant la date du présent Accord et tous les 5 ans par la suite, fournir au ministre, sauf accord contraire par écrit, un rapport écrit énonçant la faisabilité technique et économique du traitement en aval du zinc, du plomb et de l'argent.

(3) Entreprise se doit de faire de son mieux pour encourager et soutenir la transformation en aval du zinc, du plomb et de l'argent dans le Territoire du Nord si ladite transformation s'avère techniquement possible et commercialement saine... »

De même, du contrat d'exploitation minière Mongolie – Oyu Tolgoi (2009) déclare :

« 3.19 Dans les trois (3) ans après le commencement de la production, l'Investisseur, sur requête écrite du gouvernement, préparera un rapport de recherche sur la viabilité économique de la construction et de l'exploitation d'une fonderie de cuivre en Mongolie pour transformer les produits minéraux concentrés dérivés des opérations principales en métal (la Fonderie)...

3.20. Si le gouvernement, de par lui-même ou en conjonction avec d'autres ou un tiers, planifie la construction d'une Fonderie en Mongolie, l'investisseur, sur requête écrite de la part du gouvernement, fournira aux conditions convenues et avec accès préférentiel, les

technologies propriétaires de Rio Tinto (ou de ses filiales) détenues en co-entreprise avec Outokumpu, pour l'exploitation de la fonderie.

3.23. *Si l'investisseur construit une Fonderie dans le cadre de la mise en œuvre du Projet OT, ladite Fonderie devra être située en Mongolie».*

Ces deux dispositions visent à encourager le développement des activités en aval mais, et il est important de le noter, qu'elles reconnaissent toutefois qu'il pourrait ne pas s'avérer économiquement viable.

Cela met en évidence le fait que les politiques visant à encourager la participation locale doivent être soigneusement conçues. Insister sur la transformation en aval, par exemple, peut s'avérer être une exigence illusoire pour de nombreuses raisons. La transformation en aval peut impliquer une lourde demande en investissements accompagnée d'une marge de profit très faibles. Si le pays ne présente pas l'avantage comparatif recherché (c'est-à-dire qu'il n'est pas en mesure d'offrir l'énergie à un prix compétitif, un marché proche du produit fini, une main-d'œuvre qualifiée ou une monnaie stable), il pourrait ne pas être suffisamment concurrentiel pour justifier un investissement en aval. Il est souvent plus avantageux pour ce pays de dépenser son capital de négociation et ses ressources pour créer une stratégie industrielle facilitant le développement de liens « en amont » de la mine (la chaîne d'approvisionnement).

EXIGENCES FLEXIBLES OU FIXES ?

Les clauses de *local content* tendent à se présenter en deux groupes : un de ces groupes spécifie des objectifs minimaux spécifiques tandis que le deuxième fixe des objectifs plus flexibles.

Le contrat d'exploitation minière Afghanistan-Zaghan (2011) est un exemple d'une approche plus flexible, énonçant que l'investisseur, Afghan Krystal Natural Resources Company, « emploiera un personnel afghan, dans toute la mesure du possible et dans toutes les catégories d'emploi, pour la construction et l'exploitation de ses infrastructures de production d'or en Afghanistan. (Article 14.1).

En revanche, l'article 11.1 (a) du contrat Libéria-China Union (2009) fournit des cibles fixes, en stipulant que :

[...] les parties s'entendront sur une mise en œuvre progressive d'un organigramme de travail permettant aux citoyens libériens d'occuper au minimum 30 % de tous les postes de gestion, y compris 30 % des dix postes les plus élevés, dans les cinq ans à compter la

date d'effet, et un minimum de 70 % de tous les postes de gestion, y compris 70 % des dix postes les plus élevés, dans les dix ans à compter de cette date ».

De même, le contrat d'exploitation minière Mongolie-Oyu Tolgoi (2009) établit des objectifs fixes pour les employés embauchés par la entreprise d'exploitation minière, en précisant que, « [] en vertu de l'article 43.1 de la Loi sur les minéraux, non moins de 90 % (quatre-vingt-dix pour cent) des employés de l'investisseur seront des citoyens mongols ». En ce qui concerne la sous-traitance, toutefois, le contrat est plus flexible, énonçant que l'entreprise doit « faire de son mieux » en matière de sous-traitance afin d'assurer qu'un minimum de 60 % des salariés de la construction et de 75 % des employés dans le secteur minier soient des citoyens mongols. (Articles 8.4 et 8.5).

L'APPLICATION DES EXIGENCES

Il est bon de stipuler des exigences de *local content* dans le contrat, mais encore faut-il s'assurer qu'elles soient appliquées. Trois facteurs peuvent rendre leur mise en application particulièrement difficile : le premier est un langage vague ; le deuxième est le défi qui se présente en matière de contrôle de leur respect ; et le troisième est lié aux conséquences à la suite d'une non-conformité.

Les contrats d'exploitation minière Guinée-Simfer (2011), Libéria-Mano River Exploration (2005), et Australie-McArthur River (2007) cités ci-dessus offrent un exemple de langage vague. Les entreprises peuvent vouloir des normes flexibles dans la mesure où elles facilitent leur intégration au sein de leurs activités et de leurs stratégies commerciales. La flexibilité va toutefois souvent de pair avec des problèmes d'interprétation. Lorsque les entreprises ne sont tenues de se conformer aux règles de *local content* que « dans la mesure du possible » ou dans la « mesure où cela est faisable », ou « dans la mesure du pratique », qui détermine ce qui est possible, faisable ou pratique, et comment le faire ? Lorsque les contrats précisent que les citoyens nationaux doivent occuper un certain nombre de positions senior, qui détermine ce qu'est une position « senior » ? Et lorsque les entreprises doivent « faire de leur mieux », qu'est-ce que cela signifie ?

Ces types de questions se posent couramment, et il peut s'avérer difficile pour les gouvernements de faire respecter les obligations de *local content*.

Le deuxième défi en matière de respect est le suivi. Après avoir négocié des engagements de *local content*, comment les gouvernements peuvent-ils s'assurer qu'ils sont respectés ? Certains contrats fournissent une aide contribuant à résoudre ce problème.

Le contrat d'exploitation minière Australie-McArthur River Project en Australie (2007), par exemple, stipule que le ministre de l'Énergie et des Mines peut requérir annuellement, et l'entreprise doit alors fournir, « un rapport écrit en matière [de] respect et [de] mise en œuvre des exigences de » *local content* stipulées dans le contrat. (Article 13.2).

Survient alors la question des conséquences. Supposons que le gouvernement australien reçoive un rapport de l'entreprise indiquant une non-conformité. S'il n'y a pas de pénalité en la matière, pourquoi la société devrait-elle s'y conformer ?

Certains contrats prévoient des amendes. Le contrat d'exploitation minière Mongolie-Oyu Tolgoi (2009) exige que la société paye une pénalité si elle engage un trop grand nombre d'employés étrangers (article 8.7) :

« Si l'Investisseur emploie un nombre de ressortissants étrangers excédant le pourcentage établi en vertu de l'article 8.4, ledit Investisseur devra payer une redevance mensuelle équivalente à 10 (dix) fois le salaire mensuel minimum de chacun des ressortissants étranger excédentaire audit pourcentage établi. »

Mais les contrats peuvent aussi réduire dans la pratique les sanctions associées à une non-conformité. Ce même accord mongol illustre ceci quand il stipule qu'une violation des conditions d'embauche locale ne constitue pas une violation de l'accord global et ne saurait être utilisée par le gouvernement comme motif de résiliation du contrat. (Article 8.9).

AU DELÀ DU CONTRAT

Considérer le contrat comme étant la seule source d'obligations peut s'avérer être une erreur. La législation, les politiques, les exigences intégrées dans les accords communautaires et les politiques et les initiatives de l'industrie sont autant d'outils qui peuvent également venir en aide au *local content*.

CADRE JURIDIQUE ET RÉGLEMENTAIRE

Un contrat, plutôt que de créer des exigences de *local content* spécifiques au projet, pourrait plutôt exiger que l'investisseur respecte la loi et la réglementation en vigueur. Le nombre de gouvernements disposant d'un cadre juridique élargi en termes de *local content* est toutefois limité.

L'Indonésie, l'Afrique du Sud et le Zimbabwe sont parmi les pays qui disposent d'une législation minière nationale.

La loi minière indonésienne de 2009 déclare que les entreprises doivent donner la priorité aux employés locaux et aux biens et services nationaux, en conformité avec les lois et règlements applicables. Elle comprend également une disposition relative à une obligation de dessaisissement des intérêts étrangers au profit des entreprises locales. Selon cette loi, après cinq années de production.

La loi minière 2009 de l'Indonésie déclare que les entreprises doivent donner la priorité aux employés locaux et aux biens et services nationaux en conformité avec les lois et règlements applicables. Elle comprend également une disposition relative à un dessaisissement pour les participations étrangères dans des entreprises locales. Selon cette loi, après cinq années de production :

« Les Entreprises doivent céder une partie de [leur] intérêts étrangers (le cas échéant) au Gouvernement, au Gouvernement régional, aux Entités commerciales détenues par l'État (Badan Usaha Milik Negara ou BUMN), aux Entités commerciales détenue par la Région (Badan Usaha Milik Daerah ou BUMD) ou (iii) aux Entités commerciales privées (Badan Usaha Milik Swasta ou BUMS) ».

En 2013, le gouvernement a publié des réglementations clarifiant ce à quoi les entreprises sont tenues conformément aux dispositions de la loi.

La loi de 2009 contient également des dispositions visant à encourager le développement local « en aval », obligeant les entreprises « à traiter et raffiner les produits miniers en Indonésie », et affirmant que « la portée de la transformation et du raffinage locaux requis est à préciser dans le règlement d'application. » (Articles 95-112 et 128-133).

Un plus grand nombre de pays, dont l'Afrique du Sud, les Philippines et l'Australie, ont resserré leur processus d'approbation de projets et leur processus réglementaire afin d'encourager les liens. Les sociétés minières peuvent être tenues de fournir des plans de *local content* qui comprennent la participation des entreprises et de la main-d'œuvre dans la zone d'exploitation minière, ces plans étant intégrés dans les plans de développement économique régional avant de passer à l'exploitation.

Certains de ces efforts sont le produit d'une dynamique unique aux pays. Par exemple, le Plan social et de l'emploi auquel se réfère la Mineral and Petroleum Resources Development Regulation sud-africaine (Réglementation sur le développement de ressources minières et pétrolifères – 2002, ch. 2, partie 2) reflète l'orientation plus poussée de ce pays vers une autonomisation économique de la population noire. Un plan social de l'emploi, qui a valeur d'exigence en matière de droit et d'exploitation dans le domaine des mines, doit inclure des statistiques de l'emploi et une stratégie de la mine

assurant, que dans un délai déterminé, 10 pour cent des employés seront des femmes et 40 pour cent de l'encadrement sera constitué de Sud-Africains historiquement défavorisés (HDSA – Historically Disadvantaged South Africans). Le plan doit également définir un programme de développement économique local visant à accroître la part des sociétés HDSA dans l'approvisionnement.

ACCORDS DE DÉVELOPPEMENT LOCAL

En plus de conclure des accords avec le gouvernement national, les sociétés d'exploitation minière peuvent également négocier des accords directement avec les communautés locales. Ces accords peuvent être soit des accords de développement communautaire (auxquels se réfère également la partie Questions environnementales et sociales), soit des accords locaux comme au Canada et en Australie.

Les accords négociés avec les peuples autochtones canadiens fournissent des exemples particulièrement pertinents. On peut citer l'Entente sur les répercussions et les avantages entre Diavik Diamond Mines Inc., Rio Tinto et cinq groupes autochtones voisins des Territoires du Nord-Ouest. L'accord exige que les contrats entre entreprise d'exploitation minière et les groupes locaux dans la zone d'exploitation restent en vigueur tout au long de la durée de vie de la mine. En termes juridiques, ils sont « évolutifs », ce qui signifie que, sous réserve de résultats satisfaisants, l'entrepreneur autochtone fournira les prestations tant que la mine est en exploitation.

L'accord Raglan entre la population inuit au Canada et la société d'exploitation minière est un autre exemple. Il énonce les biens et les services qui doivent faire l'objet de « négociations directes de contrats exclusivement avec les entreprises inuit ». Le contrat identifie ces travaux et ces services comme étant le transport aérien, la restauration et les hôtels, l'entretien des routes, le forage au diamant, le transport terrestre de l'approvisionnement, le transport routier du concentré, le transport du carburant, la maintenance, la distribution, la surveillance de la recherche environnementale, et les études de base et la préparation sur site des explosifs.

POLITIQUE DE L'ENTREPRISE, INITIATIVES DE L'INDUSTRIE, ET AUTRES EFFORTS COLLABORATIFS

Les entreprises trouvent leur propre intérêt dans le renforcement de la base de compétences des pays où elles investissent. L'Initiative sur la participation du marché national du Conseil mondial des affaires pour le développement durable (WBCSD) engage

les investisseurs et les gouvernements locaux dans un dialogue pour identifier en vie d'identifier les intérêts communs et d'améliorer la compétitivité des entreprises locales plutôt que de se concentrer sur des obligations.

Une amélioration des compétences et de la capacité entrepreneuriale est également une priorité croissante pour les organismes de développement et les organisations inter-gouvernementales. Des initiatives conjointes émergentes, telles que l'Initiative sur les compétences minières en Afrique, le partenariat public-privé comprenant la Commission économique des Nations Unies pour l'Afrique (CEA), AngloGold Ashanti et AusAID visent à créer et à soutenir de nouvelles solutions pour combler les déficits identifiés dans les compétences minières.

En de fait, lors de l'implémentation du *local content*, les pays les plus performants peuvent être ceux qui créent un environnement de collaboration avec des investisseurs. Un établissement du *local content* dans le cadre de la loi ne saurait suffire à aligner les intérêts des entreprises et des capacités locales. En revanche, par le biais d'approches de collaboration, les gouvernements et les entreprises se réunissent pour établir un calendrier réaliste en matière d'emploi, d'approvisionnement et de formation.

C'est ce qui s'est passé au Chili. Une ONG y a convaincu les douze plus grandes sociétés minières à organiser un programme de formation des futurs mineurs. Le gouvernement a par la suite complété cet investissement avec l'apport de 30 millions de dollars de fonds publics. Les entreprises de cuivre au Chili ont depuis conçu un programme de développement de fournisseurs qui a généré un réseau de fournisseurs de petites et moyennes entreprises compétitives au niveau international pour le secteur minier.

UNE VIOLATION DU DROIT INTERNATIONAL ?

À titre de mise en garde, il convient de considérer que les dispositions relatives au *local content* doivent également être réconciliées avec le droit international pertinent au commerce et aux investissements.

Les membres de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) sont liés par l'Accord sur les Mesures concernant les investissements et liées au commerce (accord MIC) qui limite certaines « exigences de performance » relatives au commerce des marchandises, telles que :

- ☀ L'obligation d'utiliser ou acheter des produits locaux ;
- ☀ Les prescriptions relatives à l'équilibre de la balance commerciale ;

- ✱ Les restrictions de change liées aux entrées de devises étrangères attribuables à une entreprise ; et
- ✱ Les contrôles à l'exportation.

L'Accord MIC ne touche cependant pas à de nombreux types d'exigences de performance, y compris :

- ✱ Les mesures relatives au commerce des services et non pas des marchandises ;
- ✱ Les exigences pertinentes à l'établissement d'une co-entreprise avec participation nationale ;
- ✱ Les exigences de niveau minimal de participation de capitaux nationaux par des individus ou des entités nationales ;
- ✱ Les exigences de localisation du siège dans une région spécifique ;
- ✱ Les exigences locales en matière d'emploi ;
- ✱ Les exigences à l'exportation ;
- ✱ Les exigences pertinentes au transfert de technologie ; et
- ✱ Les exigences pertinentes à la recherche et au développement.

Certains « traités d'investissement », vont cependant plus loin que l'Accord MIC et interdisent certaines de ces mesures, y compris les exigences de formation de co-entreprises, de fourniture de services locaux, d'investissement dans la recherche, le développement et de transfert de technologie.

Bien que le langage puisse varier d'un traité à un autre, un modèle de plus en plus commun parmi des traités d'investissement consiste à interdire purement et simplement certaines exigences de performance, tout en permettant aux gouvernements d'en imposer d'autres, sous réserve qu'ils soient compensés par certain type d'avantages ou de bénéfices.

Les gouvernements qui cherchent à maintenir leur capacité à utiliser les critères de performance qui ne sont pas déjà proscrits en vertu de l'Accord MIC ou en vertu des traités d'investissement qu'ils ont signés, disposent de différentes options. Celles-ci peuvent notamment inclure de ne pas s'engager dans des traités d'investissement ; d'exclure des nouveaux traités d'investissements toute provision limitant les exigences de performance ; d'inclure des exceptions permettant ou excluant certains types de critères de performance dans leurs traités (comme par exemple, un maintien de la capacité d'imposer des exigences en matière de co-entreprise tout en incluant des restrictions sur l'achat de produits locaux) ; et en incluant des exceptions conçues pour n'autoriser

ou n'exclure des exigences de performance que dans des secteurs spécifiques (par exemple, tailler les mines dans les secteurs couverts).

Les restrictions sur les exigences de performance peuvent se trouver dans les traités d'investissement conclus par les États-Unis, le Canada, le Japon, la Colombie et d'autres pays.

(Les traités d'investissement sont également discutés dans le chapitre, « Prévention et règlement des différends »).

CONSÉQUENCES ACCIDENTELLES ET INDÉSIRABLES

Les dispositions relatives au *local content* partent généralement d'une bonne intention mais peuvent produire des résultats indésirables. Ceux-ci comprennent :

- ✿ une inflation soudaine du prix des biens et des services achetés localement qui bénéficie de la demande créée par l'exploitation minière ;
- ✿ des différends et des tensions résultant d'une perception que certains intérêts se trouvent favorisés ;
- ✿ des risques accrus de corruption associés, par exemple, à une prise de décisions en matière de *local content* alignée avec les intérêts des investisseurs ou du gouvernement, ou à une falsification de leurs capacités de la part des entrepreneurs locaux leur permettant de satisfaire les critères de qualification leur permettant de soumissionner, ou même à une corruption de fonctionnaires pour obtenir une certification ;
- ✿ la création d'une dépendance sur la demande de l'exploitation minière qui s'avérera potentiellement problématique lors de la fermeture de la mine.

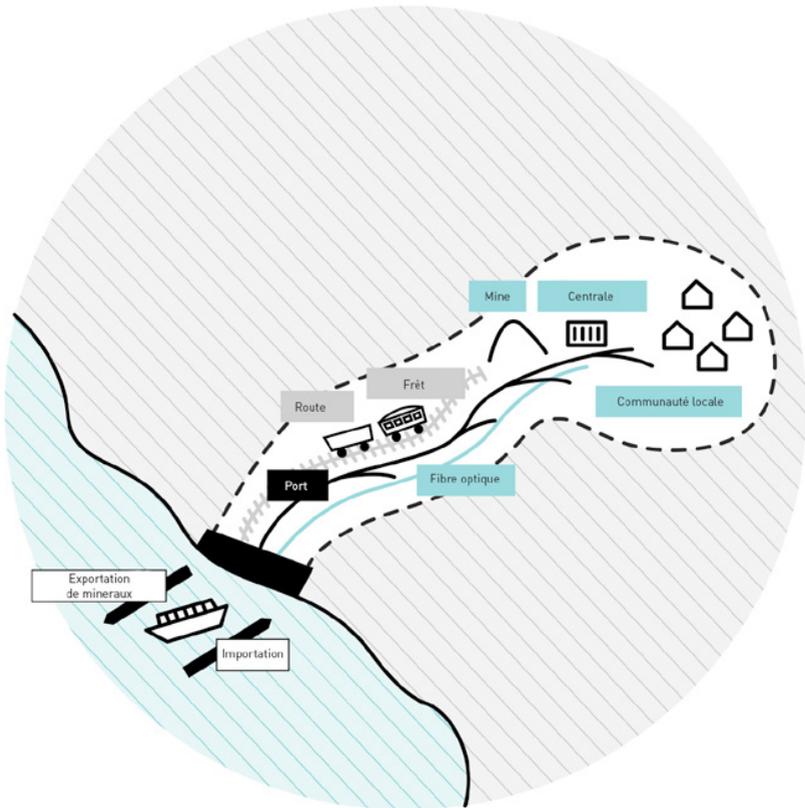
MINES ET INFRASTRUCTURES

Le développement minier nécessite une bonne infrastructure. Des équipements lourds, des fournitures et du personnel doivent être amenés sur place. L'eau et l'énergie sont nécessaires. Le minerai doit être transporté pour traitement et /ou pour exportation. Un développement des infrastructures s'accompagne des investissements conséquents. Ces dépenses sont de plus en plus importantes pour les sociétés minières. Les coûts de l'infrastructure reliée au développement de l'exploitation minière sont montés de 40 % à 80 % dans les douze dernières années.

Les concessionnaires miniers ont historiquement eu recours à une «approche d'enclave» en termes de développement d'infrastructures, en fournissant leur propre énergie, leurs propres ressources en eau, en technologies de l'information et de la communication (TIC) et en services de transport, afin d'assurer une infrastructure fiable pour leurs opérations. Les contrats garantissent généralement aux entreprises d'exploitation minière des droits d'accès à l'infrastructure nécessaire et de construction de celle-ci.

Compte tenu du contrôle des sociétés d'exploitation minière sur ces développements, certains investissements importants d'infrastructures physiques ne sont souvent pas coordonnés avec les plans de développement des infrastructures nationales. Un pays peut donc manquer l'occasion d'utiliser l'infrastructure de l'exploitation minière pour soutenir un développement économique plus large.

Les investissements portuaires, routiers et ferroviaires nécessaires à l'exploitation minière peuvent potentiellement catalyser les activités économiques de support et connexes. D'où le concept de «corridors de ressources» de développement en parallèle à l'infrastructure reliée au secteur des mines. Comme il est indiqué ci-dessous, certains contrats entre les gouvernements et les investisseurs comprennent aujourd'hui des options et des exigences supportant une potentielle tierce utilisation de telles infrastructures.



Corridor des ressources de développement

LE CAS EN FAVEUR D'UNE TIERCE UTILISATION DE L'INFRASTRUCTURE

Lorsqu'il est bien conçu, l'investissement minier peut contribuer au développement d'une infrastructure partagée entre des utilisateurs miniers et non-miniers, ce qui est bénéfique dans le cadre d'une croissance économique durable.

Une « tierce utilisation » peut impliquer deux options différentes. La première est multi-utilisateur, ce qui signifie que plusieurs sociétés minières dans une région développent / utilisent une infrastructure commune. La deuxième est polyvalente, dans ce

cas les utilisateurs non-miniers partagent l'infrastructure avec entreprise d'exploitation minière (par exemple l'accès d'une concession forestière à l'utilisation de l'infrastructure énergétique liée au secteur minier ou des passagers transportés sur le chemin de fer d'une société minière).

Ces deux options peuvent présenter des avantages. La première peut conduire à des économies d'échelle entre les mineurs, ce qui augmente les recettes fiscales du gouvernement. La deuxième peut conduire à un accès plus facile et plus économique aux ressources en eau et en énergie, aux transports et aux services de télécommunications qui représentent tous des blocs de construction du développement économique d'une région.

L'ouverture des chemins de fer et des ports miniers peut résulter en un accès aux marchés non seulement meilleur mais souvent plus économiques. Le développement de l'hydro-électricité, lorsque cela s'avère possible, peut être une source d'énergie permettant de satisfaire la lourde demande énergétique de l'exploitation minière, tout en s'assurant que l'énergie excédentaire soit mise à la disposition des communautés et même des pays de façon améliorée et économiquement faible. Les installations de traitement d'eau mises en place pour répondre aux besoins en eau de la mine peuvent être conçues avec une capacité excédentaire pour desservir les communautés environnantes qui ne disposaient pas auparavant d'un accès fiable à une eau potable. Les gouvernements et le secteur privé peuvent également tirer profit de travaux de génie civil dans les secteurs de la route et du rail pour installer un câblage de fibre optique leur permettant de fournir des services de télécommunication.

Ces considérations sont de toute évidence plus pertinentes dans le contexte de pays en développement où l'infrastructure de base est souvent absente, de capacité limitée, ou en mauvais état.

PROPRIÉTÉ ET ACCÈS

Les possibilités d'«d'utilisation commune» de l'infrastructure reliée au secteur minier dépendent du modèle de propriété de cette infrastructure. Si les mines héritent de l'infrastructure existante sur la concession, ou sont autorisées à construire et posséder l'infrastructure pertinente, elles préfèrent généralement ne pas la partager. Cela est particulièrement vrai pour les infrastructures telles que le rail et les ports, qui sont stratégiques pour l'exploitation minière et dont l'utilisation partagée entraîne une réduction des capacités ou des coûts de coordination élevés.

Les investisseurs ont tendance à être plus souple dans l'examen de l'utilisation partagée des infrastructures non ou moins stratégiques (électricité, eau, routes, et TIC). En fait, le cas de l'utilisation commune peut être plus simple en raison des économies d'échelle évidentes et de la portée ou de la nécessité de renforcer leur permis social d'exploitation. Imaginez le cas où une mine avec accès à l'électricité et à l'eau potable est entourée par une communauté vivant sans électricité et utilisant une eau polluée. Cette situation ne sera pas durable et donnera probablement lieu à des troubles sociaux, tôt ou tard.

Dans le modèle de propriété alternative, où l'infrastructure appartient à un tiers ou à une société d'État, le gouvernement préférera sans doute limiter l'accès exclusif de l'entreprise minière. Mais permettre d'autres utilisations implique également des compromis. En règle générale, les investisseurs miniers s'appuieront sur leur expertise et leur accès aux capitaux pour construire des infrastructures essentielles plus rapidement et à de faibles coûts économiques que tout autre. Limiter ainsi aux investisseurs un contrôle du développement des infrastructures peut retarder un projet ou nuire à son efficacité potentielle. De plus, se plier aux demandes du gouvernement en termes de libre accès à l'infrastructure doit souvent être compensé par des négociations fiscales avantageuses pour les investisseurs. Ce manque à gagner doit pouvoir être justifié.

LA NÉCESSITÉ D'UNE PLANIFICATION INTÉGRÉE

De manière idéale, les décisions sur l'utilisation de l'infrastructure, y compris les engagements négociés dans les contrats, devraient être prises dans le contexte d'un cadre de planification globale prenant en considération une variété de facteurs essentiels. Chaque projet d'exploitation minière présente différentes possibilités de nouer des liens d'infrastructure au niveau communautaire, régional ou national, en fonction de la taille du projet, du type de matière première, de la demande présente et future en infrastructures de la mine, de la demande présente et future en infrastructures des secteurs autres que le secteur minier, et du pouvoir réglementaire présent et futur disponible en vue d'assurer un accès libre à l'infrastructure liée au secteur minier.

Quelques exemples : Les produits en vrac tels que le minerai de fer et le charbon nécessitent le développement de chemins de fer, tandis que l'extraction de l'or ne nécessite que des routes ou, dans certains cas, des hélicoptères. Inversement, l'extraction de l'or exige de disposer d'un accès à des ressources en eau conséquentes, alors que l'exploitation de minerai de fer et de charbon peut éventuellement permettre l'utilisation d'une eau recyclée. En termes de demande énergétique, non seulement le produit lui-même, mais aussi le degré de transformation qu'il subit, font toute la différence : des

installations de broyage du charbon nécessiteront 500 fois moins d'énergie que des installations pour la fonte de l'aluminium (mesurée en kWh / tonne de produit).

Ce n'est que lorsque cette image est clairement définie que les pays peuvent négocier les meilleures dispositions d'infrastructures contractuelles avec les entreprises. Quelle décision faut-il prendre si un accès au chemin de fer est nécessaire à des tiers mais que la demande projetée en matière d'accès n'est pas suffisante ? Si la construction d'une mini-grille est négociée pour servir la communauté mais que celle-ci ne soit pas disposée à payer et qu'il n'existe pas d'institution compétente en place pour assurer son exploitation et son entretien ?

Une fois que le gouvernement est convaincu qu'une utilisation partagée sera bénéfique pour le pays et se trouve prêt à investir les coûts de planification et les coûts réglementaires nécessaires, les clauses contractuelles doivent être négociées avec une attention particulière.

COUVERTURE DANS LE CONTRAT

Les contrats miniers spécifient généralement les droits d'accès et de construction des infrastructures connexes.

Lorsqu'il est fait référence à un accès par des tiers, cette référence est généralement assortie de nombreuses mises en garde, comme par exemple une clause spécifiant que l'accès ne sera donné que lorsque « l'entreprise aura confirmé la disponibilité d'un excédent de capacité tel qu'une utilisation par des tiers n'interférera pas avec les opérations ». Cela ouvre la porte à des interprétations, un opportunisme lié à des informations contradictoires – qui facilitent à l'opérateur une justification du refus à cet accès.

Il est encore rare que les contrats présentent de fortes exigences de la part des investisseurs en termes d'utilisation par des tiers (actuelle ou future). Les occasions manquées pour les gouvernements peuvent donc inclure :

- ✱ Permettre aux entreprises minières de développer des centrales sans exiger une production d'électricité supplémentaire qui sera revendue sur le réseau. C'est une occasion manquée pour le pays, dans la mesure où les coûts marginaux reliés à un excès de production pour les entreprises est très faible.
- ✱ Omettre de garder les droits de « servitude » liés à toute infrastructure longitudinale, telle que les lignes électriques, les pipelines de boue, les chemins de fer ou les routes sous souveraineté nationale. Ceci est une occasion manquée pour le gouvernement de « capitaliser » sur droit d'accès pour utilisation polyvalente.

- ✱ Omettre d'inclure un modèle ou une option construction, exploitation et transfert ou une option permettant à l'infrastructure de revenir au gouvernement après une période déterminée, après laquelle d'autres demandes industrielles et non industrielles pourront avoir augmenté et qu'une option viable d'appel d'offre à des tiers concessionnaires d'infrastructure pourrait se présenter.

Peu de pays ont réussi à éviter ces écueils, mais le contrat Libéria – Putu (2010) contient des clauses intéressantes qui pourraient servir de modèle dans des situations similaires. Elles sont inhabituelles de par le niveau de détails qu'elles fournissent et de par l'étendue de l'ensemble 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 (par exemple pour l'installation de lignes téléphoniques dans le périmètre de la concession), ainsi qu'au port et au chemin de fer.

Par exemple, le contrat requiert que la centrale électrique de la mine « soit conçue pour générer une quantité d'énergie électrique supérieure à la demande des opérations de l'entreprise, afin de desservir les utilisateurs tiers situés dans un rayon de 10 km de celle-ci 7 jours par semaine et 24 heures sur 24, en fonction de la demande éventuelle de ces utilisateurs tiers » et « soit conçue et construite de manière à ce qu'elle puisse être développée sur une base commercialement faisable en vue de produire le double de la capacité électrique requise par les opérations ». (Article 19.3)

Le contrat prévoit en outre l'accès à l'eau de l'entreprise, sous réserve que cet accès « n'affecte pas les réserves d'eau utilisées par la population environnante ou, s'il le fait, que l'entreprise fournisse une source alternative d'approvisionnement en eau à la population affectée ». (Article 19.5)

Le contrat stipule également que l'infrastructure portuaire et ferroviaire doit être développée dans le cadre du Plan de développement convenu. En ce qui concerne les chemins de fer, cela signifie :

« Le chemin de fer doit être conçu de manière à pouvoir être développé sur une base commercialement faisable pour supporter continuellement le double du trafic mentionné dans la phrase précédente, mais l'Entreprise ne sera pas sujette à une obligation de renforcer ces capacités supplémentaires, sauf dans le cas où elle décide de le faire en vertu de l'article 6.7 (k). Sous réserve de l'article 6.7 (k), le gouvernement ou un tiers peut décider d'augmenter la capacité du chemin de fer afin de satisfaire aux besoins dudit gouvernement ou dudit tiers, les coûts de cette expansion étant à la charge du gouvernement ou du tiers, selon le cas ». (Article 6.7.a) »

En ce qui concerne le port, le contrat stipule :

« Le plan de développement doit également inclure la construction du port par la société, avec une capacité permettant une manutention générale du pétrole, un site d'accostage pour cargos et conteneurs, ainsi que des installations spécialisées de vrac requises par les activités de l'Entreprise. Le port doit être conçu et construit de telle sorte qu'il puisse être développé sur une base commercialement faisable pour traiter une capacité double de celle envisagée dans la phrase précédente. Ladite expansion de capacité comprend la construction éventuelle de la jetée de minerai de fer additionnelle sur une longueur de 50 mètres et l'installation des pieux lancés de minerai de fer sur une profondeur additionnelle de 5 mètres. Le bassin portuaire doit être conçu pour faciliter un développement supplémentaire à grande échelle consistant à tout expansion du chemin de fer (c'est-à-dire un allongement de la jetée principale, une prévision d'emplacement de jetée supplémentaire, ou un mouillage abrité et adéquat) ». (Article 6.7.d) »

COMPROMIS RESSOURCES-INFRASTRUCTURE

Les questions évoquées ci-dessus ont mis l'accent sur l'équilibre entre l'accès à l'infrastructure dans le paquet élargi de conditions fiscales négociées. Il existe cependant un modèle alternatif, de par lequel les gouvernements octroient un accès aux ressources naturelles en échange de la construction d'une infrastructure essentielle (non reliée au secteur minier). Ces compromis « ressources-infrastructure » ont récemment reçu une grande attention. Un certain nombre de tels contrats ont été conclus dans différentes parties du monde, bien que peu aient atteint le stade de mise en œuvre.

Les compromis ressources-infrastructure sont le plus souvent associés à des transactions passées par des entreprises chinoises opérant en Afrique. La demande de la Chine en ressources est en rapide expansion, elle est le plus grand consommateur de minéraux essentiels au monde, y compris le minerai de fer, le plomb et le zinc. L'Afrique, de son côté, dispose d'importantes ressources minérales sous-exploitées et souffre d'un besoin urgent en infrastructures. Dans un tel cas, les deux parties peuvent se trouver avantagées. La Chine obtient un accès aux ressources qui lui sont indispensables pour soutenir son économie et les pays africains jouissent d'une infrastructures majeures dont ils ont grand besoin en un temps relativement court.

Ces transactions peuvent toutefois être accompagnées de risques substantiels. Il s'avère tout particulièrement ardu de déterminer justement la valeur de l'échange. Les estimations entre l'infrastructure et les ressources minérales peuvent varier

considérablement. Dans un cas qui s'est présenté au Libéria, les estimations pertinentes aux ressources ont décuplé par rapport à ce qu'elles étaient lorsque les négociations ont débuté cinq ans plus tôt. Il est encore plus difficile de déterminer la valeur économique de l'infrastructure proposée, et tout particulièrement parce qu'elle n'est pas sujette à un processus concurrentiel ouvert. La réalité est qu'il est encore plus difficile d'évaluer l'équité d'un compromis ressources-infrastructure que d'évaluer un accord conventionnel de ressources générant des revenus.

De plus, les dispositions contractuelles des compromis ressources-infrastructure sont très complexes dans la mesure où elles impliquent l'exploitation minière tout autant que les entreprises de construction. Lorsqu'il y a complexité, il y a confusion, et les boulevards s'ouvrant à une corruption potentielle sont plus nombreux. Aucun modèle contractuel clair susceptible d'orienter les parties n'existe encore.

Les exigences pertinentes du *local content* ne sont généralement pas reliées à ces transactions. En fait la garantie de fourniture de l'infrastructure par la société d'investissement repose souvent sur l'hypothèse qu'elle aura recours à des compétences, un équipement, des services et même à une main d'œuvre importés. Dans de tels cas, le pays ne saurait tirer un profit optimal de ses ressources.

ASPECTS JURIDIQUES ET DE NÉGOCIATION

LORSQUE VOUS COMMENCEZ À PENSER QU'IL VOUS
FAUDRAIT SANS DOUTE DE L'AIDE

170 ANS À LA TABLE : LES CONFESSIONS
D'UN NÉGOCIATEUR

PRÉVENTION ET RÉOLUTION DES CONFLITS

PLANIFICATION EN TENANT COMPTE DES PROBLÈMES

PUBLIER OU DE NE PAS PUBLIER

LORSQUE VOUS COMMENCEZ À PENSER QU'IL VOUS FAUDRAIT SANS DOUTE DE L'AIDE

Un éventail de compétences techniques est nécessaire aux deux parties que représentent le gouvernement et l'entreprise. Lorsque vous négociez des actifs qui pourraient transformer l'avenir de votre entreprise ou de votre pays, vous voulez vous assurer que vous disposez de toutes les informations qu'il vous est possible d'amasser. Vous voulez connaître la meilleure évaluation de la taille et de la qualité des actifs, des coûts impliqués probables, de ce que les différentes structures fiscales prévoient en termes de montant et de calendrier de flux de revenus. Toutes les parties peuvent bénéficier d'une orientation sur les dizaines de questions soulevées dans ce livre : la confrontation de la volatilité des marchés, l'acceptation locale, la gestion de l'impact environnemental, la sous-traitance locale, et bien plus encore.

Une entreprise minière internationale majeure disposera de ses propres géologues, broyeur/ dévoreur de chiffres, gestionnaires et analystes de marché. Elle se fera probablement aider par une combinaison de conseillers juridiques internes et externes disposant de compétences et d'une d'expérience juridiques couvrant le monde entier.

De son côté, un gouvernement, (et tout particulièrement le gouvernement d'un pays en développement) dispose généralement de moins de ressources dans tous les domaines. Il se repose sur un soutien interne plus faible et un budget limité. De plus, il est lié par les codes et l'éthique de la fonction publique, ce qui signifie qu'il ne se trouve pas toujours en mesure d'allouer les sommes nécessaires aux prestations coûteuses

nécessaires à l'obtention d'une aide de niveau international, même s'il dispose de cet argent.

Le choix du type d'aide extérieure mobilisée peut déterminer si un accord sera conclu ou non.

FAIRE PREUVE D'UNE DILIGENCE RAISONNABLE

Une diligence raisonnable envers votre ou vos partenaires tout au long de la négociation est le premier domaine dans lequel un appui extérieur peut s'avérer être utile.

Le terme « diligence raisonnable » se réfère généralement à une enquête menée par une partie donnée en vue de déterminer et de vérifier l'ensemble du contexte, de l'historique et de la situation de la ou des parties avec lesquelles elle considère s'engager. La diligence raisonnable prend du temps et coûte cher, mais son application minutieuse permet d'éviter et / ou d'atténuer les mauvaises surprises plus tard. Elle est un outil essentiel dans le processus de prise de décision de tout investisseur, de toute institution financière et de tout gouvernement.

Les investisseurs miniers potentiels feront preuve de diligence raisonnable envers le gouvernement, afin de déterminer sa stabilité et ses institutions politiques. Ceci afin de déterminer le risque politique et économique de faire des affaires dans le pays. Les investisseurs se pencheront également sur la stabilité et l'indépendance du système judiciaire, sur la situation économique (la dette), sur le contexte électoral, sur la situation en matière de droits de l'homme et sur toute autre question qui pourrait affecter la rentabilité d'un investissement et la réputation de l'investisseur.

Les gouvernements devraient faire preuve d'une diligence similaire envers les investisseurs potentiels pour déterminer leur stabilité financière, leur expertise, leur expérience, leurs antécédents en termes de pratiques environnementales et de droits humains, leur historique en matière de conflits, etc. Tous les investisseurs ne se valent pas. On pourrait s'attendre à ce qu'un gouvernement fasse preuve de beaucoup moins de diligence raisonnable envers une société internationale réputée disposant d'états financiers publics et d'une longue histoire qu'envers une société privée peu connue.

Une certaine partie de la diligence raisonnable envers les investisseurs miniers potentiels peut être appliquée par les gouvernements eux-mêmes, mais ils peuvent également utiliser les services de nombreuses entreprises spécialisées qui les aideront à vérifier la « santé économique » et le « caractère » d'un investisseur minier potentiel. Une diligence raisonnable exhaustive peut impliquer des équipes complètes d'enquêteurs

composées d'avocats, de comptables, d'experts budgétaires et fiscaux, de spécialistes des droits de l'homme, d'experts en relations humaines, de spécialistes de l'environnement, d'experts en matière de responsabilité sociale des entreprises, et bien plus encore. Leur travail consiste à vérifier la conformité avec les lois, les politiques, les traités et les règlements en vigueur, et à démasquer tout point justifiant la levée d'un « drapeau rouge » sur des points qui pourraient causer des problèmes immédiats ou différés tout au long des différentes étapes du projet d'exploitation minière.

Plus précisément, les enquêteurs recherchent les risques potentiels qui pourraient affecter la capacité de l'entreprise à s'acquitter de ses obligations : la capacité financière de l'entreprise à assumer le projet d'exploitation minière, son niveau d'expertise et d'expérience et sa capacité à rembourser le financement projeté. Les points pouvant causer la levée d'un drapeau rouge peuvent consister en d'importantes réserves non capitalisées par rapport aux pertes potentielles, en des litiges de masse non résolus, comme des questions de responsabilité pertinentes à l'amiante ou à d'autres produits, en des enquêtes criminelles en cours ayant trait à la corruption, au blanchiment d'argent ou à tout autre délit, en allégations de violations des droits de l'homme ou de négligence de l'environnement et en d'autres questions financières, juridiques, ou ayant trait à la réputation. Si une question justifie la levée d'un drapeau rouge, il sera souvent demandé à la direction de l'entreprise, à ses auditeurs et à ses avocats de se soumettre à une interview.

Les enquêteurs rédigent un rapport de diligence raisonnable décrivant la portée de leur enquête et ses conclusions. Le rapport final de diligence raisonnable se doit d'être un élément important dans la décision de confier une partie des ressources minérales du pays à un investisseur.

Les rapports de diligence raisonnable sont considérés comme étant hautement confidentiels et sont rarement diffusés.

CHOISIR LE BON AVOCAT

Dans la pratique de la négociation de contrats, il est de toute évidence nécessaire de disposer d'avocats.

La plupart des entreprises minières internationales et des gouvernements qui travaillent avec des avocats externes choisissent des cabinets d'avocats internationaux parce qu'ils ont une bonne réputation et sont connus comme étant expérimentés. Mais même les grands cabinets peuvent d'être d'utilité limitée si leurs équipes sont d'une

expertise réduite. Des entreprises de taille plus réduite, disposant d'une expérience confirmée en matière de contrats internationaux d'investissement peuvent s'avérer être tout aussi compétentes. Certaines d'entre-elles peuvent même être plus spécialisées, s'avérer être plus économiques et plus disponibles. Elles ne se trouvent pas dans une position requérant l'équilibrage d'une clientèle diversifiée et sont moins susceptibles d'expérimenter des problèmes de conflits d'intérêt.

Au moment de s'engager dans le processus de sélection des avocats, il est utile de rédiger un énoncé de mission restreint établissant la répartition des tâches (trois réunions de négociation, des commentaires sur la première ébauche d'accord de développement des ressources minières ou d'entente de concession, etc.) et d'assigner un budget à chacune de ces tâches en vue de la valeur du travail estimée par le client et de son enveloppe budgétaire globale. Donner à un cabinet juridique un mandat étendu tel que de « négocier le projet d'exploitation minière avec la dotation en personnel nécessaire » revient à lui donner un chèque en blanc, ce qui doit être évité.

Avant toute rencontre avec les membres d'un cabinet juridique, un énoncé de mission doit être envoyé à tous les candidats potentiels. Des entretiens doivent prendre place, non seulement avec le partenaire qui va gérer l'affaire, mais également avec le plus grand nombre possible de membres de l'équipe proposée, y compris les membres juniors, qui pourraient très bien assumer la plus grande partie du travail.

Le client a le droit de ne pas ressentir d'affinités envers tel ou tel avocat et d'évaluer indépendamment le niveau de compétence de chacun des membres de l'équipe. Les compétences linguistiques doivent également être vérifiées. Si le partenaire parle le français ou l'espagnol, mais qu'aucun des associés de niveau intermédiaire n'en est capable, cette qualification linguistique s'avérera très coûteuse. Les gouvernements peuvent également demander aux entreprises étrangères de former un partenariat avec des entreprises locales ou nationales en vue de former des avocats locaux.

Les grandes entreprises sont généralement des entreprises coûteuses. Les petites entreprises peuvent être tout aussi coûteuses par heure (ou, en fait, pour six minutes, qui sont l'unité de base de la facturation juridique), mais elles mettent en général, moins d'avocats dans leur équipe, de sorte que l'argent dépensé par le client est en fait plus productif. Dans tous les cas, il est important pour les gouvernements de comprendre quelle sera la constitution de l'équipe assignée au travail. Ils ne doivent pas avoir peur d'insister sur le fait qu'ils veulent connaître le niveau de compétence et les tarifs de chaque membre de l'équipe de projet proposée par le cabinet d'avocats, et savoir pourquoi chacun de ces membres est inclus dans l'équipe.

Il arrive que les cabinets d'avocats proposent de travailler pour un tarif fixe. Cela peut sembler souhaitable pour un gouvernement, mais dans ce cas, le travail impliqué est généralement minutieusement détaillé dans la lettre d'honoraires du cabinet, ce qui pourrait conduire à des dépassements de budget en cas de circonstances imprévues. Le cabinet juridique doit également bien comprendre les contraintes du client. La présence d'un génie qui s'avère incapable de relier les choses entre elles peut s'avérer improductive. Et il doit être bien clair qu'aucun client ne se doit de poursuivre ses relations avec un cabinet juridique dont les services ne sont pas satisfaisants.

LES AVOCATS SUFFISENT-ILS ?

Il est également important de bien comprendre que les compétences juridiques ne sont pas les seules compétences nécessaires dans le cadre d'une négociation. Certains négociateurs gouvernementaux soutiennent que les résultats insatisfaisants obtenus dans le cadre de certaines négociations sont le résultat d'une concentration trop exclusive sur les avocats et au détriment des autres compétences. À titre d'exemple, de nombreux gouvernements n'ont commencé que récemment à rechercher de l'aide par le biais de la création de modèles financiers leur permettant d'évaluer les termes proposés et des propositions alternatives. La localisation de l'assistance nécessaire en termes de modélisation financière peut toutefois s'avérer difficile dans la mesure où de telles compétences tendent à se concentrer dans les activités des banques d'investissement qui sont tout aussi onéreuses que les cabinets juridiques.

Certaines équipes gouvernementales peuvent également ressentir qu'elles ne disposent pas d'une connaissance suffisante de l'exploitation et de la gestion des mines ou des mécanismes des marchés mondiaux des minerais. Par exemple, un négociateur gouvernemental peut savoir que le contrat se doit d'exiger l'établissement d'un barème applicable aux redevances et à l'impôt sur le revenu basé sur des transactions sans lien de dépendance, mais n'avoir aucune idée des méthodes de tarification applicables dans le cas où l'investisseur produit principalement pour son propre usage dans une location différente. Lequel des nombreux mécanismes d'établissement des prix de transfert est-il le mieux approprié ? Comment le gouvernement peut-il éviter d'être aveuglé par des pratiques tarifaires traditionnelles qui peuvent par exemple conduire à l'apparition de « rabais » qui ne sont pas prévus dans les calculs de redevances ?

Enfin, les gouvernements peuvent vouloir disposer de personnes qui suivent régulièrement l'évolution de l'industrie. Les négociations peuvent parfois être affectées par des choses aussi simples qu'un manque de suivi de la presse pertinente à l'industrie.

Un négociateur se souvient encore comment il a réussi à obtenir de son gouvernement qu'il retire l'offre faite à une entreprise, après avoir découvert sa manière d'agir dans un autre pays de la région.

L'APPUI ADÉQUAT EST-IL DISPONIBLE ?

Certains procédés gouvernementaux ont un impact distinct sur la manière avec laquelle l'aide est engagée. La plupart des travaux importants feront l'objet de procédures de passation de marchés publics, ce qui limitera très probablement les soumissionnaires à des entreprises d'une certaine taille. Et il y a toujours la question du coût ; les frais professionnels peuvent être considérés comme étant prohibitifs, même s'ils permettent à un gouvernement de générer des recettes sensiblement plus importantes de la transaction.

Un intérêt s'est manifesté du côté des institutions internationales au cours des dernières années en matière de soutien aux gouvernements, en reconnaissance de l'importance en termes de développement économique, et même de gouvernance politique. The Columbia Center on Sustainable Investment (CCSI, le Centre Columbia pour l'investissement durable de l'Université de Columbia) et l'École de gouvernance Humboldt Viadrina (Humboldt-Viadrina School of Governance (HVSC)) ont compilé les détails de bon nombre de ces initiatives, qui sont disponibles sur leur site Web. De nombreux gouvernements ont accueilli favorablement ces initiatives, mais la nature de leur support est cependant limitée et y accéder peut prendre du temps. Deux ans ou plus peuvent s'écouler avant qu'une banque régionale de développement ou qu'une institution financière internationale ne soit en mesure de financer et de fournir un tel support.

Pour certains pays disposant d'un faible revenu, le soutien aux négociations peut être disponible à un tarif réduit ou pro bono (gratuitement). Par exemple, the International Senior Lawyers Project (ISLP) Projet de l'association internationale des avocats seniors) a fourni une assistance juridique gracieuse de haute qualité à un certain nombre de gouvernements éligibles dans le cadre de leurs négociations de contrats miniers.

170 ANS AUTOUR DE LA TABLE, LES CONFESSIONS D'UN NÉGOCIATEUR

Certains des auteurs de ce livre ont passé plus de temps en négociation qu'ils ne l'admettent. Une durée qui s'étendrait en fait sur 170 ans. Ce chapitre présente quelques conseils qui ont été durement gagnés après des centaines d'heures de face à face, d'approfondissement, d'insistance, d'écoute et de persuasion.

LA DIFFÉRENCE ENTRE POSITIONS ET INTÉRÊTS

Les négociateurs affirment trop souvent leurs positions en fonction de leurs intérêts sous-jacents. Par exemple, une entreprise minière internationale déclare qu'elle ne paiera pas d'impôt sur le revenu excédant un certain taux et n'approuvera pas un plafonnement des coûts déductibles. De son côté, le gouvernement déclare qu'un versement initial important est obligatoire et que les taxes sont payables en date de découverte commerciale.

Si elle exprimait ses intérêts respectifs, entreprise minière internationale expliquerait qu'un taux de rendement interne minimal sur son capital lui est nécessaire pour obtenir l'approbation de son conseil d'administration, faute de quoi son comité d'investissement n'approuvera pas le projet. Le gouvernement indiquerait qu'il lui faut générer des recettes le plus tôt possible pour éviter une escalade possible de pressions politiques. Il est bien plus facile de déterminer la nature des compromis possibles pour chacune des parties lorsque celles-ci expriment clairement leurs intérêts.

L'IMPORTANCE DE LA LOCATION

Il arrive un moment auquel il est nécessaire que les « négociations » se déroulent en face à face, et ici encore, il existe différentes manières de procéder. Les gouvernements demandent parfois aux entreprises de venir les rencontrer. D'autres choisissent une ville neutre (mais agréable), bien que ceci puisse représenter un fardeau financier et psychologique pour les négociateurs gouvernementaux. Bien qu'ils puissent se trouver dans un cadre agréable, ils ne se trouvent pas en terrain connu et se retrouvent dans les bureaux d'une société juridique étrangère. Il est même des cas dans lesquels des problèmes se présentent quand il s'agit de prendre l'avion.

Mais d'un autre côté, les négociateurs gouvernementaux peuvent être davantage en mesure d'accorder toute leur attention aux négociations s'ils sont retirés de leur pays d'origine et de leur routine de travail habituel. S'il reste sur place, le responsable de la négociation pourrait par exemple recevoir un coup de téléphone du bureau du chef de l'état et avoir besoin de s'excuser, « rien que pour un quart d'heure ». Et disparaît alors pour le reste de la journée.

Pour éviter de donner l'apparence de favoriser l'une ou l'autre des parties, celles-ci peuvent convenir à l'avance d'alterner les négociations dans des endroits différents.

CALENDRIER ET RYTHME

Le calendrier et le rythme sont toujours importants, mais le sont plus que jamais lors des face-à-face, quand une ou toutes les parties peuvent avoir entrepris un voyage qui leur a fait couvrir la moitié de la circonférence du globe terrestre. Les parties devraient s'entendre sur un calendrier préétabli leur permettant de s'engager dans des consultations internes. La tendance naturelle est que tout soit traité et décrit comme étant urgent. Mais si tout devient urgent, il devient plus difficile de déterminer, dans le cadre de la négociation, quelle décision est importante et pour quelle raison. Les parties disent souvent ne pas avoir autorité en ce qui concerne certaines décisions. Cela est parfois vrai, mais peut également être un stratagème permettant de s'accorder le temps de prendre conseil.

Un manque de discussion préliminaire du processus de prise de décision de chacune des parties peut conduire à une frustration. Les entreprises minières internationales ressentent bien souvent que le processus de prise de décision gouvernemental est trop lent. Mais elles peuvent ne pas pleinement réaliser le nombre de niveaux de création de consensus au travers desquels les représentants gouvernementaux doivent naviguer. Si

ce processus est expliqué, les représentants de la société comprennent à tout le moins les raisons du délai et peuvent parfois être à même de fournir leur aide en proposant de passer à d'autres sujets jusqu'au moment où une réponse à cette question particulière soit disponible.

Il en va de même si les négociateurs gouvernementaux ne parviennent pas à comprendre les processus qui gèrent les entreprises minières internationales, comme les exigences du conseil d'administration ou les décisions du comité d'investissement. Ils peuvent alors en arriver à douter des intentions de entreprise. Entreprise minière internationale ne s'est-elle pas refroidie sans vouloir l'avouer? Pourrait-elle avoir décidé de se lancer dans la quête d'une meilleure affaire?

ÉQUILIBRE ENTRE COÛTS ET AVANTAGES/CONCESSIONS ET COMPROMIS

Quand faut-il faire un compromis? Quand faut-il rester sur ses positions? Certaines questions ne sauraient trouver de réponse dans le cadre de ce résumé. Mais si votre échéancier et vos priorités sont clairement définis, il s'avère beaucoup plus facile de trouver des opportunités de compromis permettant de ne pas reculer sur les points qui vous sont importants. Avant une séance de négociation, il est utile de disposer d'une liste des problèmes anticipés et de s'assurer que les membres de l'équipe de négociation s'entendent sur les positions à prendre et sur les options potentielles, s'il en est, qui pourraient être proposées pour parvenir à un accord. La création d'un tableau de problèmes et de solutions alternatives permettra à l'équipe de se concentrer sur les négociations et de rester focalisée. Cela peut également permettre d'éviter que des membres individuels de l'équipe de négociation ne s'écartent du sujet et ne se perdent dans un labyrinthe indésirable.

Il se peut cependant que le consensus soit un problème en lui-même. Faire l'unanimité en toute chose des sept membres d'une équipe peut demander un certain temps, et tout particulièrement si un point nouveau et imprévu est lancé sur la table.

Les techniques diffèrent en fonction des individus. Et bien que l'imagerie populaire soit celle d'impasses peuplées de parties inflexibles, tous les grands négociateurs écoutent attentivement et généralement avec respect la position de leurs interlocuteurs, même si les désaccords sont majeurs. En termes de calendrier et de technique, certains préfèrent ne pas s'écarter d'un sujet particulier tant que chacun de ses aspects n'a pas fait l'objet d'un accord. D'autres essaient d'aborder les points les plus faciles, afin de disposer de plus de temps pour se concentrer sur les sujets plus difficiles. D'autres

recherchent des sujets non essentiels leur permettant de faire des concessions précoces permettant de mettre l'autre partie en confiance. Les négociations peuvent également être réparties en groupes de sujets connexes, telles que les questions fiscales, le calendrier des autorisations nécessaires, les exigences de développement local, ou les exigences en matière de rapports.

Quelle que soit la méthode, la technique de négociation doit être discutée et comprise par tous les membres de l'équipe de négociation.

SURMONTER LES OBSTACLES

Les parties impliquées dans les négociations sont susceptibles de se trouver dans une impasse à un moment donné de la négociation, mais il existe des moyens divers de s'en sortir.

Au départ, il est essentiel de ne pas passer trop de temps à débattre un sujet lorsque la nature et l'ampleur du désaccord sont évidents. Les gens peuvent se fixer émotionnellement sur un sujet particulier à un point tel qu'ils ne puissent plus se résoudre à reculer. Il est préférable, dans toute la mesure du possible, de laisser cette question de côté pendant un certain temps et de poursuivre avec la négociation de sujets différents.

La plupart des points d'arrêt se résolvent par le biais de concessions de la part des différentes parties à la convention minière. À titre d'exemple, si les parties se trouvent dans une impasse au sujet des redevances, elles pourraient envisager une concession en matière de développement de la communauté. Si elles sont dans une impasse touchant à l'échéancier et à la durée des permis, elles pourraient les compenser par des mesures fiscales. Une autre approche consiste à laisser en suspens les points d'arrêt pour y revenir en tout dernier afin de ne pas se retrouver coincé et de ne pas perdre confiance en cours du processus.

Si aucun compromis ne peut être trouvé, chacune des parties peut renvoyer la question à l'échelon hiérarchique supérieur. Il se trouve parfois des équipes de négociation distinctes préétablies, formées de cadres de haut niveau au sein du gouvernement et des entreprises minières internationales, dont le mandat est de trouver des compromis en cas d'impasse.

QUI EST À LA TABLE

La constitution de l'équipe de négociation est discutée en profondeur dans le chapitre, « Table de négociations ». Les meilleurs résultats impliquent généralement une matrice d'acteurs qui comprend tout à la fois des responsables locaux et nationaux, les populations locales, les ONG et entreprise minière internationale concernée. Mais cela ne signifie pas que tout le monde trouve place autour de la table. Les gouvernements ont la tâche délicate de négocier de manière efficace tout en fournissant suffisamment d'information aux acteurs nationaux pour les assurer que leurs intérêts ne sont pas ignorés. Les gouvernements ont parfois envisagé une participation directe de la société civile autour de la table, mais cela ne s'est pas encore produit à notre connaissance.

Le secret qui entoure les négociations représente bien entendu une question sensible en termes de transparence. Les auteurs de ce livre soutiennent le concept de transparence des contrats. En fait, nous avons décrit comment les gouvernements peuvent effectivement éviter toute négociation en utilisant un système d'octroi de licence strict et en définissant tous les termes dans le cadre de lois non-négociables. Le cadre juridique pourrait également laisser des aspects limités des accords ouverts à une négociation ou à des appels d'offres.

Quoiqu'il en soit, lorsque les négociations prennent place, il est difficile de concevoir de quelque manière, et d'un point de vue strictement logistique, elles pourraient se dérouler en temps réel dans une transparence totale. Chaque négociateur chevronné a un exemple de la manière dont les fuites survenues à des stades cruciaux ont affecté une position de négociation, souvent pour le pire. Dans un cas, un gouvernement a durci ses exigences fiscales après qu'un membre de son équipe fit la lecture d'un communiqué publié par la presse nationale de la société minière, s'adressant probablement à des investisseurs potentiels, et qui détaillait exactement les espérances soulevées par les ressources. Du côté du gouvernement, les dirigeants politiques se butent quelquefois sur une question unique, ce qui a pour effet d'acculer leur équipe de négociation dans un coin. Il semble qu'un certain degré de confidentialité maintenu pendant un certain temps est ce qui permet aux négociateurs de négocier.

Et pour finir, il ne saurait y avoir trop d'informations ou trop de connaissances. Les entreprises minières internationales majeures sont des machines de connaissances bien financées opérant avec de rigoureuses normes d'excellence dans un éventail étendu de disciplines. Les gouvernements souffrent bien souvent d'un désavantage en matière de ressources, et de par-là même de connaissances, même s'ils disposent

légalement d'un droit d'accès à la plus grande partie des mêmes informations. Par exemple, même si l'enquête géologique d'un gouvernement pourrait énoncer le droit d'obtenir et d'accéder aux études entreprises par entreprise minière internationale, l'équipe gouvernementale peut disposer d'une capacité d'interprétation moindre des données fournies ou s'avérer incapables de les relier aux dernières tendances des marchés mondiaux.

ÉVITER ET RÉSOUDRE LES CONFLITS

Les contrats miniers comme tout autre engagement juridique, peuvent ne pas aboutir. Les parties, le projet, l'économie, et d'autres forces et facteurs peuvent transformer un mariage jadis heureux en une relation tendue, allant même jusqu'à se terminer par un divorce.

De nombreuses questions peuvent donner lieu à des conflits, y compris la conformité avec les obligations en matière de performance, le non-respect des obligations sociales ou environnementales durant la phase de développement et l'interprétation des questions relatives à la fermeture de la mine.

Comment le gouvernement et la société minière peuvent-ils gérer les différends? Une variété d'outils contractuels disponibles permettant de contribuer à un déroulement harmonieux est disponible.

EN DISCUTER – PRÉVOIR DES EXAMENS ET DES CONSULTATIONS

Une option consiste à insister sur des examens périodiques « obligatoires » du contrat, dans le but d'obliger les parties à confronter les changements de circonstances. En cas de mécontentement, les parties peuvent négocier en vue de modifier les conditions financières et les autres termes de l'entente de manière à maintenir l'équilibre prévu. Des consultations planifiées peuvent minimiser la frustration et apaiser les tensions si l'une des parties en vient à estimer que l'accord a cessé d'être équitable, ce qui évite des jugements irréfléchis pouvant conduire une entreprise à se retirer d'un pays ou un gouvernement à nationaliser une mine.

À titre d'exemple, l'article 31 de l'accord Libéria-Putu (2010) stipule que le gouvernement et la société « se réuniront une fois tous les cinq (5) ans après la présente date, ou

plus tôt, si l'une des parties estime raisonnablement qu'un changement profond dans les circonstances s'est produit, et pour établir si un changement profond dans les circonstances s'est en fait produit».

Certains contrats contiennent d'autres formes d'obligations en termes de négociation et de médiation, ces obligations rappelant les parties autour de la table en cas de désaccord. Ils encouragent les parties à résoudre leurs problèmes, de par elles-mêmes ou avec l'aide d'un médiateur neutre – et contribuent ainsi à éviter une escalade du litige.

L'article 32 du contrat Afghanistan-Qara Zaghan (2011) stipule :

«Chacune des parties au contrat doit tenter de gérer et de résoudre les conflits résultant d'un désaccord touchant à l'interprétation du contrat par le biais de négociation, d'un commun accord et par le biais d'autres moyens non conflictuels. Les deux parties doivent résoudre leur conflit dans les soixante (60) jours après réception de l'avis écrit d'un problème relié au contrat».

QUAND LES NÉGOCIATIONS ÉCHOUENT – LES MESURES FORMELLES DE RÉOLUTION DES DIFFÉRENDS CONTRACTUELS

Lorsque les nouvelles négociations ou des médiations régulières échouent, les contrats prévoient d'autres méthodes formelles de règlement des différends. Les dispositions pertinentes aux différends des contrats contiennent généralement au moins deux éléments importants : la loi qui régira le litige et la méthode de résolution des différends. La loi régissant les accords miniers peut être totalement indépendante de la méthode utilisée pour résoudre les 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.

QUELLE EST LA LOI APPLICABLE ?

La question de la loi applicable ou qui régit un accord peut être extrêmement importante. Les scénarios suivants permettent d'en illustrer les raisons :

Scénario 1 : Un contrat oblige le gouvernement à veiller à ce que le concessionnaire dispose d'un accès au terrain nécessaire à ses opérations. Après que le gouvernement commence à prendre des mesures pour déplacer la population autochtone, les communautés touchées engagent une action en justice par le biais des tribunaux nationaux, qui statuent que la promesse contractuelle du gouvernement viole les droits de

l'homme nationaux et internationaux de ces populations, et interdit au gouvernement de prendre des mesures supplémentaires permettant un avancement subséquent du projet d'exploitation minière. La société poursuit le gouvernement pour violation de son obligation de garantir l'accès à la terre. En vertu du droit applicable, le gouvernement est-il excusé de son obligation à se conformer à son engagement dans les termes du contrat ?

Scénario 2 : un contrat comprend une clause de « gel » des provisions environnementales. Le gouvernement a modifié sa législation en matière d'environnement, octroyant aux citoyens privés de nouveaux droits en matière de poursuite en justice des entreprises et renforçant les normes permettant de lutter contre la pollution. En vertu de la nouvelle loi, la société a été condamnée à payer des sommes importantes aux communautés locales. La société soutient qu'en adoptant cette nouvelle loi, le gouvernement a violé le contrat, et se doit maintenant de dédommager l'entreprise des frais de contentieux et des sommes dues aux parties privées. Le gouvernement se défend en faisant valoir que la disposition générale de stabilisation du contrat est nulle et non exécutoire en vertu de la loi régissant les contrats nationaux, dans la mesure où elle contredit la politique publique et ne respecte pas la constitution. En vertu du droit applicable, le gouvernement se trouvera-t-il lié par sa promesse ?

Ces exemples montrent pourquoi les gouvernements veulent généralement que leurs propres lois régissent tous les aspects d'un projet d'exploitation minière, dans la mesure où cela leur donne le meilleur contrôle de la forme que prend le projet, du contrat, et des droits et des obligations des parties régies par ces lois. En ce qui concerne les contrats miniers, qui peuvent présenter tout à la fois des opportunités et des défis significatifs pour le gouvernement, il est naturel que les pays tentent de ne rien laisser au hasard. C'est en considération de cette préoccupation que 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 du contrat, et les droits et obligations des différentes parties.

Par exemple, l'article 39 du contrat-AKNR Afghanistan stipule :

« Ce contrat est soumis et régi par les lois et règlements en vigueur du Gouvernement de l'Afghanistan. »

De même, mais de manière plus détaillée, l'article 20.2 du contrat Libéria-Putu déclare :

« Cet accord, ainsi que les droits, les obligations et les devoirs des parties mentionnées ci-après, seront interprétés et appliqués conformément à la loi libérienne. »

Bien que les États acquièrent une certaine certitude par le biais de l'utilisation de ce type de disposition, celles-ci peuvent créer une incertitude proportionnelle de la part des investisseurs, soucieux d'être à la merci du cadre législatif du pays d'accueil, et tout particulièrement si les relations entre les parties en venaient à se détériorer. Les préoccupations en matière de corruption et de manque d'indépendance judiciaire peuvent intensifier le désir d'un investisseur de trouver un décideur isolé des pressions internes. Pour remédier à ces préoccupations, les investisseurs obtiennent parfois du gouvernement qu'il accepte de régler les différends dans les tribunaux du pays d'origine de l'investisseur. Ils peuvent aussi pousser pour obtenir une solution par voie d'arbitrage. Mais si le pays dispose d'un système judiciaire efficace et indépendant, il peut s'avérer difficile d'insister sur un arbitrage et / ou de déplacer les questions en litige dans un pays étranger.

Même lorsqu'il est convenu que la législation nationale est applicable, les investisseurs disposent de certains outils juridiques leur permettant de se protéger contre les actions du gouvernement. Bien que ceux-ci n'entrent pas dans le cadre du contrat, des traités d'investissement bilatéraux ou multilatéraux peuvent être utilisés pour mieux définir les droits et les obligations des parties en vertu de l'accord. Ceux-ci sont discutés à la fin de ce chapitre.

ARBITRAGE ET QUESTIONS EN LITIGE

Une fois que la loi applicable a été clairement définie, la question de savoir s'il faut poursuivre la voie de l'arbitrage ou celle du litige devant les tribunaux se présente. Le choix de cette procédure est important. Il existe un certain nombre de différences majeures entre l'arbitrage et les litiges. Celles-ci concernent l'identité et les pouvoirs du décideur, le lieu où les séances seront tenues, les procédures et les règles d'administration de la preuve applicable, les règles d'éthique applicables aux avocats et au décideur, l'ouverture de la procédure et la possibilité pour les non parties à y accéder et y participer, la rapidité et le coût de la procédure, et la finalité et l'exécution des compensations résultant du jugement.

Les procédures d'arbitrage présentent de nombreuses caractéristiques que les parties peuvent considérer comme représentant des avantages. Ces procédures sont généralement de nature confidentielle. Il existe de nombreux arbitres internationaux de valeur, ce qui doit être équilibré par les risques de se retrouver devant un juge qui pourrait ou pourrait ne pas être informé, indépendant ou honnête. Il existe également des règles spéciales de finalité et d'exécution des sentences arbitrales dans les règles d'arbitrage,

les lois nationales et les traités internationaux (voir plus loin) qui sont conçues pour accélérer le processus d'obtention d'un jugement final et pour garantir que, une fois le litige tranché, la partie gagnante soit capable de l'appliquer.

Mais il n'y a pas que des avantages. Ces procédures sont coûteuses, plus lentes qu'on ne pourrait le penser, et leur finalité peut s'avérer être un inconvénient dans la mesure où les parties ne disposent que d'une seule chance de présenter leur argument devant le tribunal arbitral. Les motifs d'appel ou de requête d'état non exécutoire d'une sentence arbitrale sont sévèrement limités. En outre, le caractère privé de la procédure, et parfois ses résultats, sont souvent critiqués comme étant incompatibles avec les principes de bonne gouvernance, de responsabilisation et de transparence.

Dans le cas d'une action devant les tribunaux, les règles et les procédures spécifiquement pertinentes au tribunal et à la manière dont le cas sera traité sont généralement détaillées par la loi.

En revanche, en matière d'arbitrage, les parties et le ou les arbitres ont beaucoup plus de liberté dans leur manière de décider comment ils traiteront le cas. Intentionnellement ou par inadvertance, il arrive que les contrats n'abordent pas certaines de ces questions. Cela signifie que les parties devront les résoudre alors qu'elles sont déjà engagées dans un différend. Certains contrats tentent à tout le moins de régler autant de questions à l'avance que possible, en précisant les règles de procédure applicables et le « siège » de l'arbitrage.

LA VOIE DE L'ARBITRAGE

Différents ensembles de règles de procédure préétablies en matière d'arbitrage existent, y compris celles de la Cour d'arbitrage international de Londres (CAIL), de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), du Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux investissements de la Banque mondiale (CIRDI), de la Chambre de commerce internationale (CCI), et de la Chambre de commerce de Stockholm (SCC). Ces règles contiennent des dispositions touchant à toute une série de questions, y compris les qualifications des arbitres, le nombre d'arbitres qui sera amené à résoudre les différends, les méthodes de désignation des arbitres, les pouvoirs des arbitres, la conduite de la procédure, la confidentialité ou la transparence du différend et de son résultat, le type de compensation ou d'indemnisation qui peut être accordé, la force des compensations, et les honoraires et les frais d'arbitrage. Si un contrat spécifie l'un de ces ensembles de règles, les parties devront les obtenir. Une caractéristique déterminante de l'arbitrage réside toutefois en ce que les

parties impliquées dans le différend retiennent généralement une grande marge de liberté avant et pendant le conflit, pour s'entendre sur les règles et la forme de la procédure et pour la modifier comme bon leur semble.

À titre d'exemple de clause d'arbitrage, l'accord AKNR–Afghanistan déclare :

« S'il s'avère impossible de parvenir à une solution en vertu des lois minières, les deux parties conviennent de soumettre leur différend à la Cour internationale d'arbitrage qui fera office d'arbitre indépendant. »

Dans ce cas, la référence à la Cour internationale d'arbitrage n'est pas très claire, dans la mesure où il existe plusieurs cours internationales d'arbitrage (Londres, Paris, etc.), chacune d'entre elles ayant ses propres règles de procédure. Ceci semble impliquer que les parties veulent un arbitre unique (au lieu de trois, ce qui est plus courant), mais ceci n'est pas clairement exprimé.

L'accord Libéria-Putu (art. 27) est plus spécifique en la matière, dans la mesure où il stipule :

« Lorsque la ou les recommandations du médiateur sont rejetées par une quelconque des parties et qu'il s'avère évident que la poursuite de négociations directes ne saurait résoudre ou régler le différend, la controverse ou la réclamation, la question sera soumise à arbitrage conformément à l'article 27.2....

Tout différend entre le Gouvernement et l'Entreprise qui n'est pas réglé dans les termes de l'article 27.1 sera renvoyé et décidé de manière définitive par le biais d'un arbitrage conforme aux règles de la CNUDCI. Tout tel arbitrage sera administré par la CAIL ».

Certains contrats sont encore plus explicites sur les procédures et les pouvoirs exacts des arbitres, que ce soit dans l'intention de mieux définir les règles applicables ou de modifier ces règles afin de mieux répondre aux besoins.

LE « SIÈGE » DE L'ARBITRAGE

L'arbitrage est souvent décrit comme étant « délocalisé », ce qui signifie qu'il s'agit d'une procédure qui peut être largement isolée et indépendante des principes juridiques de base qui régiraient la procédure en d'autres cas. Si le contrat stipule par exemple que les règles d'arbitrage de la CNUDCI seront applicables à un différend, ces règles régissent indépendamment du fait que le siège d'arbitrage soit Santiago du Chili, Nairobi, Londres, Paris ou New York.

Ceci étant dit, la loi applicable au «siège» de l'arbitrage est importante. Le «siège» a une signification particulière. Bien que le terme «siège» implique qu'il s'agit de la location de l'arbitrage, comme il est noté ci-dessus, il n'indique pas nécessairement le lieu physique où l'arbitrage prend place. Il est tout à fait possible pour les arbitres de tenir des audiences à Singapour, mais que l'arbitrage ait son «siège» aux Pays-Bas. Le «siège» est important parce que la loi du siège comblera les lacunes des règles d'arbitrage, influencera le rôle des tribunaux en matière de rôle des arbitres, et pourrait même l'emporter sur certaines règles d'arbitrage. La loi du siège peut même influencer le caractère exécutoire final de tout jugement rendu.

Du fait de l'importance du siège, de nombreux contrats précisent ce qu'il sera en cas de différend. Alors que les gouvernements chercheront souvent à faire remplir ce rôle par leurs propres juridictions, un investisseur étranger ne se trouve pas forcément du même avis.

L'accord Mongolie – Oyu Tolgoi illustre les niveaux de spécificité souvent détaillés à l'heure actuelle. Dans son article 14.2, il précise que les règles de la CNUDCI seront applicable en cas d'arbitrage, qu'il y aura trois arbitres, que la langue de l'arbitrage sera l'anglais, que les arbitres appliqueront les lois et les règlements de la Mongolie pour l'interprétation de l'accord, mais que le lieu d'arbitrage sera Londres, et que la procédure d'arbitrage sera administrée conformément aux règles de la CNUDCI, par la Cour d'arbitrage international de Londres.

MISE EN APPLICATION

Une fois que les arbitres passent un jugement, la partie gagnante peut saisir le tribunal pour en retirer les avantages. Deux traités facilitent relativement les choses pour la partie gagnante en réduisant les motifs d'appel et d'empêchement d'exécution de la sentence. Ces traités sont la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères signée à New York en 1958 (la «Convention de New York») et la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États de 1965 (la «Convention CIRDI»). Chacun d'entre elle a été ratifiée par quelques 150 États. Une des différences essentielles entre ces deux traités est que la Convention de New York permet qu'un redressement soit octroyé, même s'il est incompatible avec la politique publique. La Convention CIRDI ne le permet pas.

Il n'existe actuellement aucun traité multilatéral d'une étendue similaire permettant de faciliter l'exécution des décisions judiciaires. La Convention de La Haye sur l'exécution des décisions en matière civile et commerciale prévoit des mécanismes d'exécution

des décisions judiciaires devant les tribunaux nationaux, mais n'est pas encore entrée en vigueur en raison du nombre trop restreint d'États l'ayant ratifiée. La Convention de Bruxelles sur l'exécution des jugements en matière civile et commerciale est un traité similaire et est en vigueur, mais elle est d'une portée limitée : elle assiste les parties gagnantes domiciliées dans les états membres de l'Union européenne à faire appliquer des décisions prises dans un autre État de l'UE. Elle n'a pas la portée élargie de la Convention de New York et de la Convention CIRDI.

PROTECTIONS EXTRA-CONTRACTUELLES POUR LES INVESTISSEURS ET RESTRICTIONS SUR LE POUVOIR DE L'ÉTAT : LE RÔLE DES TRAITÉS D'INVESTISSEMENT

La protection juridique extracontractuelle qui est peut-être la plus importante pour les entreprises minières étrangères est ce qui est connu sous le nom de « traité d'investissement ». Les traités d'investissement sont des accords entre des États de par lesquels chaque État partie promet de fournir certains types de traitement aux investisseurs de l'autre partie. Les États s'engagent à traiter les sociétés étrangères de manière « juste et équitable » ; de payer une compensation si le gouvernement exproprie la propriété de toute société étrangère ; de traiter les entreprises étrangères sur le même pied que les entreprises nationales et les entreprises des autres pays ; de fournir une « protection et une sécurité totales » aux investissements des entreprises ; et de permettre aux entreprises étrangères de transférer librement l'argent dans le pays et hors de celui-ci. Certains traités d'investissement contiennent également des dispositions qui restreignent la capacité des gouvernements à imposer des conditions et des exigences aux sociétés étrangères, telles que les exigences de co-entreprise, les exigences touchant à l'approvisionnement local et les exigences de transfert de technologie.

Les traités d'investissement ne font pas que fournir ces protections aux entreprises étrangères. Ils donnent aux entreprises étrangères, ce qui est plus important encore, un outil procédural puissant : la capacité d'appliquer ces protections. À quelques exceptions près (comme par exemple dans certains traités relatifs aux droits de l'homme), la plupart des types de traités ne permettent aux États que d'engager des litiges et d'obtenir réparation que pour cause de violation du traité. Mais, au contraire de ce type de traités, les traités d'investissement permettent aux sociétés étrangères de poursuivre le gouvernement du pays d'accueil et de demander des réparations en compensation des préjudices qu'ils ont subis à la suite d'une violation d'un traité. Ces cas sont jugés par la procédure d'arbitrage.

Si un investisseur étranger est couvert par l'un de ces traités, qui sont aujourd'hui d'un nombre supérieur à 3 000 de par le monde, il lui fournit un niveau de protection supplémentaire.

À titre d'illustration de ce que cela peut signifier : si un gouvernement adopte une loi expropriant la mine, et si un tribunal local détermine que le gouvernement n'est pas tenu de compenser l'entreprise pour cette « expropriation », la société pourrait faire jouer le traité d'investissement pour poursuivre l'État et demander réparation au gouvernement pour cette expropriation.

À ce jour, les entreprises ont utilisé les traités d'investissement pour contester un certain nombre d'actions et inactions gouvernementales, et un grand nombre de ces cas ont trait à des litiges dans le cadre de l'exploitation minière et des autres industries extractives. Certains de ces cas font valoir que :

- ✱ le gouvernement a exproprié les biens d'une entreprise lorsqu'il a révoqué le permis d'exploitation de la société ;
- ✱ le gouvernement a exproprié les biens d'une entreprise et a manqué à la traiter de manière « juste et équitable » par le biais d'une exigence de remblayage de la mine ;
- ✱ le gouvernement a imposé des « exigences de performance » inadmissibles à une société lorsqu'il a exigé qu'elle investisse dans la recherche et le développement ;
- ✱ le gouvernement a fait preuve de discrimination envers une entreprise quand il a pris des mesures coercitives à son encontre pour violation des exigences environnementales sans les appliquer à d'autres sociétés ;
- ✱ le gouvernement a violé l'obligation de « protection et de sécurité totales » dans la mesure où il a manqué à protéger les investissements des pertes et des perturbations causées par les citoyens locaux ; et
- ✱ le gouvernement a exproprié une entreprise par le biais d'une loi exigeant que les sociétés d'exploitation minière vendent une prise de participation à des groupes historiquement défavorisés.

La conformité avec la législation nationale n'est pas un moyen de défense contre une violation d'un traité d'investissement (ou du droit international en général). Même si l'action du gouvernement est tout à fait conforme à sa propre loi, elle peut s'avérer être incompatible avec le traité d'investissement.

PLANIFIER EN TENANT COMPTE DES PROBLÈMES

Une foule de questions juridiques délicates peut survenir pendant la durée de vie d'un projet. Les contrats essaient de tenir compte de ces éventualités au travers d'une variété de clauses relativement standards. Ce chapitre explique brièvement certaines de ces clauses et ce qui doit être recherché.

TRANSFERT / CESSIION DES DROITS ET OBLIGATIONS ET CHANGEMENT DE CONTRÔLE

Le contrat doit déterminer si une partie peut transférer ses droits et ses obligations, à qui, quand et dans quelles conditions. Une approbation préalable de l'autre partie est-elle nécessaire? Un préavis sera-t-il suffisant? Un droit de veto sera-t-il accordé? Un droit de préférence?

Une partie qui n'inclurait de dispositions en la matière pourrait se retrouver avec un partenaire qu'elle ne connaît pas et n'aime pas. De plus, une telle disposition est une précondition nécessaire pour permettre au gouvernement de taxer les profits générés par une vente des actifs; en l'absence de règles pertinentes aux transferts et d'outils budgétaires pertinents, les investisseurs se sont trouvés en mesure de vendre leurs droits miniers pour des millions ou des milliards de dollars sans avoir à payer de taxes à l'État sur cette vente.

Certains gouvernements ont récemment demandés des informations sur la propriété hiérarchique effective. Ceci sert tout à la fois de mesure anti-corruption et d'aide à la détection et à la déclaration des obligations fiscales lorsque les gains off-shore sont imposés. Les frais de transfert ou les gains en capital sont décrits dans le chapitre « Régimes fiscaux ».

OBLIGATIONS DE COMPTABILITÉ, D'AUDIT ET DE RAPPORT

Un contrat d'exploitation minière comprend de nombreux types de paiements qui doivent intervenir pendant une longue période. Et dans les pays qui ne disposent pas d'un régime de réglementation de l'exploitation minière complet comportant des exigences de publication de rapports, le contrat d'exploitation minière peut inclure de telles exigences. Il est important que le contrat soit clair en termes de paiements à effectuer (si l'on assume que ces informations feront partie du contrat et non de la législation). Cette clarté doit s'étendre à l'échéancier, au lieu, à la manière et au montant pertinents à ces versements et le contrat se doit de clarifier le contenu et le calendrier de publication des rapports requis.

Un gouvernement faisant preuve de prudence exige normalement des rapports d'exploitation réguliers fournissant des informations quantitatives sur les progrès des activités de l'entreprise, ainsi que les états financiers trimestriels et des états financiers annuels vérifiés. Si la maison-mère de l'entreprise minière internationale n'est pas une société publique dont les informations financières sont dans le domaine public, le gouvernement voudra peut-être demander ses états financiers, en particulier si elle fait fonction de garant des obligations de sa filiale locale. Le contrat doit également comporter des dispositions qui donnent au gouvernement le droit d'examiner les données sous-jacentes aux calculs des paiements ou des rapports d'exploitation.

RÉSILIATION

Lorsque les parties signent un accord minier, c'est un peu comme s'ils se mariaient, mais ils peuvent se trouver forcés de divorcer.

Les accords miniers doivent en conséquence spécifier quelles parties peuvent résilier les contrats miniers et dans quelles circonstances. Une disposition permettant une résiliation par l'une des parties au cas où l'autre partie se trouve en défaut en termes de respect de ses obligations en vertu du contrat est toujours incluse, bien que cela soit souvent assorti de dispositions strictes exigeant que la partie en défaut reçoive une notification pertinente à ce non-respect et bénéficie d'une chance d'y remédier. Il arrive cependant que les parties ne réalisent pas pleinement les conséquences d'une résiliation pour cause de défaut : qu'est-ce qui est dû à qui, et, le cas échéant, que deviennent les actifs de la mine.

Les parties peuvent également s'entendre sur des situations dans lesquelles une partie peut résilier le contrat et se retirer – un peu comme un divorce sans notion de torts.

Elles doivent toutefois alors déterminer ce qu'il advient des actifs de la mine et, le cas échéant, si cette décision de se retirer résulte en une obligation de paiement.

Les clauses de résiliation sont essentielles et rarement abordées avant les étapes ultimes de la négociation, mais elles détermineront néanmoins la fin du mariage. Toutes les parties se doivent d'y réfléchir et de discuter de la manière dont elles pourraient «se retirer» de ce mariage et s'assurer que le contrat minier établisse clairement toutes les possibilités et les conséquences d'une résiliation, et pour chaque type de résiliation.

SOLVABILITÉ DE L'ENTREPRISE MINIÈRE

La plupart des entreprises d'exploitation minière mènent leurs opérations par le biais de sociétés qui n'ont pas d'actifs autres que le permis d'exploitation minière ou le contrat, les actifs d'exploitation de la mine, et éventuellement les contrats de vente de la production de la mine. La société-mère de l'entreprise minière internationale n'est pas partie au contrat d'exploitation minière, et les besoins de trésorerie de l'entreprise sont couverts par des fonds de la société mère, normalement fournis en fonction des besoins.

Cela signifie que si la société d'exploitation est en difficulté, ou que ses paiements au bénéfice de l'État souffrent de retard, il ne se trouve pas de fonds auxquels l'État puisse accéder, à moins que l'entreprise minière internationale ne décide de continuer à financer sa filiale d'exploitation. Les gouvernements confrontent ce risque en exigeant de la société mère de garantir le passif de sa filiale. Le montant de ces garanties et les conditions à travers lesquelles elles peuvent être invoquées portent sur des questions juridiques assez complexes. Ces questions touchent aux actions qui doivent être prises pour que cette garantie devienne applicable. Les gouvernements ne devraient pas tenter de négocier de tels termes sans se faire aider par des avocats expérimentés en la matière.

Souvent, et en particulier dans le cas des entreprises minières internationales de moindre taille qui peuvent avoir des structures financières moins robustes, les gouvernements insistent sur des garanties (souvent sous la forme de lettres de crédit) émises par des institutions financières solvables. Les montants de ces garanties sont négociables mais représentent habituellement un pourcentage de la valeur totale estimée du contrat. Ici encore, ces instruments impliquent un aspect très technique de la loi et des compétences juridiques expertes sont indispensables.

Un gouvernement peut également envisager quelles seraient les conséquences pour les actifs miniers en vertu du droit local dans le cas où la société minière déclare faillite.

Dans de nombreux cas, la société minière aura donné à ses prêteurs une hypothèque sur les actifs de la mine afin d'en financer la construction. Il peut être nécessaire que le gouvernement consentît à une telle hypothèque pour permettre la construction de la mine, mais dans ce cas, il se doit d'exiger par le biais du contrat d'exploitation minière que les prêteurs ne puissent démanteler la mine et en vendre les actifs pièce par pièce sans un consentement préalable de l'État.

Un bon avocat et un banquier aguerri peuvent guider les négociateurs gouvernementaux dans la réflexion touchant à ces questions.

CORRUPTION

Bien qu'elle fasse l'objet d'une attention croissante, la corruption demeure un défi dans de nombreuses juridictions. Au cours des dernières années, de nombreux pays ont suivi l'exemple de la Foreign Corrupt Practices Act (la loi américaine FCPA sur les pratiques de corruption à l'étranger), et ont passé et commencé à appliquer des lois qui imposent de lourdes sanctions aux entreprises qui participent directement ou indirectement à une corruption des fonctionnaires. Pour cette raison, et pour d'autres raisons de nature commerciale, les sociétés minières majeures assujetties à de telles lois sont devenues beaucoup plus prudentes envers les acteurs avec lesquels elles font des affaires et sur la façon dont ils exercent leurs activités.

En conséquence, si un permis est octroyé à une entreprise de moindre taille et que les circonstances suggèrent une possibilité de corruption, le titulaire de ce permis peut se trouver dans l'impossibilité, après avoir fait la découverte, de s'associer à un partenaire disposant de la capacité financière nécessaire au développement de la mine, même si cette corruption ne peut pas être prouvée. Ceci pourrait signifier que l'État dispose d'un avoir minier précieux reposant dans les mains d'une société qui n'est peut-être pas techniquement en défaut en vertu de sa licence, mais qui est néanmoins incapable de poursuivre le développement de la mine.

La morale en est que les gouvernements devraient exercer plus de prudence qu'ils ne le font dans certains cas quand il s'agit d'octroyer des licences d'exploitation minière et d'attribuer des contrats d'exploitation minière. Cela n'est pas toujours facile dans le cadre d'un régime minier dont la priorité est déterminée par la date de dépôt de l'application.

Cette gestion est facilitée dans une certaine mesure par les régimes qui requièrent des contrats d'exploration ou d'exploitation minière, si la forme de contrat exige une

assertion de la part du bénéficiaire stipulant que celui-ci ne s'est pas adonné à des pratiques de corruption (qui peuvent être décrites en détail) dans le cadre de l'obtention du contrat. Une violation de cette assertion peut donner au gouvernement le droit de résilier le contrat.

PUBLIER OU NE PAS PUBLIER ?

Les contrats miniers sont traditionnellement entourés du plus grand secret. Dans certains cas, ils ne sont même pas diffusés au sein du gouvernement lui-même, et des agences qui ont pourtant des responsabilités dans le cadre de l'exploitation minière peuvent ne pas être en mesure d'accéder au contrat sous-jacent. Ceux qui ne sont pas parties à l'accord ne peuvent que supposer ce que peuvent être les termes de l'accord. Cela est conforme à la pratique de la norme traditionnelle et s'étend au-delà du secteur des industries extractives. Pourtant, les mérites associés à la confidentialité des marchés sont de plus en plus remis en cause par les gouvernements, par la société civile, et même par certaines entreprises. Les gouvernements sont de plus en plus ouverts en ce qui concerne leurs marchés et leurs contrats avec des parties privées. Cette tendance s'étend à l'exploitation minière, où la transparence est de plus en plus la norme.

LES BASES DE LA DIVULGATION ÉVOLUENT

Un nombre croissant de gouvernements publient désormais les contrats miniers, comme le Libéria, le Pérou, la RDC, la Guinée et l'Afghanistan. Certains ont passé une législation qui exige une telle divulgation. Par exemple, l'Initiative de Transparence des Industries Extractives du Libéria (ITIE) mandate l'ITIE pour « faire office d'un des dépositaires nationaux de toutes les concessions, contrats, licences et accords semblables, et de tous les droits accordés par le gouvernement du Liberia à des particuliers et à des entreprises en matière d'exploitation forestière, minière, pétrolière, forestière, agricole et d'autres secteurs désignés ; et de fournir au public un accès à ces concessions et accords conforme à leur statut de documents publics ».

La loi continue en stipulant :

« Aux fins de la présente loi, la transparence des contrats désigne (1) un accès du public aux concessions / licences et contrats reliés aux secteurs couverts par l'ITIE conforme à l'article 5.4 de la présente loi, et (2) un examen subséquent à l'octroi et / ou un audit du processus par lequel les concessions, les contrats et les licences d'exploration et / ou d'exploitation des minéraux, des forêts et des autres ressources sont octroyées, en vue de déterminer que chacun desdits octrois est conforme aux lois en vigueur ».

Quelques gouvernements divulguent dans le cadre d'une conformité avec des engagements constitutionnels ou des engagements pertinents à la liberté d'information. Par exemple, l'article 150 de la Constitution du Niger déclare :

« Les contrats de prospection et d'exploitation des ressources naturelles et du sous-sol ainsi que les revenus versés à l'État, désagrégés, société par société, sont intégralement publiés au Journal Officiel de la République du Niger. »

Certains, comme la Guinée et la RDC, divulguent tout simplement leurs contrats en vertu d'engagements volontaires qui ne sont soumis à aucune loi. Dans certains pays, les conventions minières sont ratifiées par le Parlement et doivent en conséquence se trouver automatiquement dans le domaine public.

Certains contrats peuvent également être accessibles au public par le biais de l'investisseur. Ceux-ci sont le plus souvent divulgués dans le cadre d'un rapport à une instance de contrôle, comme au Canada et aux États-Unis et par les sociétés cotées sur les bourses de Toronto et New York. Ces rapports comprennent des contrats qui peuvent n'avoir pas été mis dans le domaine public par le gouvernement. Par exemple, la société minière SEMAFO a trois contrats distincts déposés dans la base de données canadienne des valeurs mobilières SEDAR (Système électronique de données, d'analyse et de recherche), y compris leur contrat avec le gouvernement du Burkina Faso.

Il reste rare que le contrat lui-même précise s'il sera divulgué ou non. Cependant, dans les pays qui ont adopté la transparence des contrats, on peut noter l'absence de clause de confidentialité ou même un langage détaillant la publication d'accords plus récents. Par exemple, l'accord Libéria – Western Cluster stipule dans son article 33 :10 que « le Gouvernement doit rendre public le présent Accord et les amendements ou interprétations écrites dudit Accord. »

De telles clauses s'alignent avec le langage recommandé par le Modèle de convention d'exploitation minière de l'IBA qui déclare dans son article 30.10 (a) :

« La présente Convention ainsi que tout Document devant être transmis en vertu des dispositions de l'Article 2.4 par toute Partie actuelle ou future seront disponibles au public et ouverts à toute inspection publique dans les locaux appropriés de l'État ou, sous réserve des dispositions du (e) ci-après, dans les locaux de la Société pendant les heures normales de travail ».

Un langage similaire est maintenant incorporé dans les modèles nationaux de conventions.

LA DIVULGATION CONSTITUE-T-ELLE UNE RUPTURE DE CONTRAT ?

Comment la publication des marchés existants peut-elle être réconciliée avec les clauses de confidentialité incluses ? Si on l'examine attentivement, l'idée que les accords courants doivent rester secrets n'est qu'un mythe. La plupart des gouvernements pourraient publier leurs contrats miniers sans risque de conséquences juridiques.

Les clauses de confidentialité sont bien souvent plus nuancées qu'il n'y paraît au premier abord. Les restrictions se limitent généralement aux « informations et aux données », mais pas nécessairement au contrat lui-même. Par exemple, l'accord Australia – McArthur River Project précise (article 24) :

« Sauf dans la mesure autrement exigée par la loi ou les règles de cotation en bourse, le Territoire et l'Entreprise s'entendent à ce que qu'aucune partie ne rendra publique une quelconque information confidentielle fournie par l'autre partie en vertu du présent accord sans le consentement préalable de l'autre partie ».

Le contrat Sierra Leone Sierra Rutile note de même :

« Le gouvernement tiendra pour confidentiel tout renseignement fourni par l'Entreprise, que ce soit avant ou après la date du présent Accord, et confirme par la présente qu'il ne divulguera aucune desdites informations à une tierce partie sans consentement écrit préalable de l'Entreprise ».

Les données générées dans le cadre d'une exploitation minière moderne sont importantes de par leur nature – données sismiques, géologiques, de forage et commerciales. Une grande partie de ces données peut être à juste titre considérée de caractère exclusif ou commercialement sensible. Mais ce type d'informations n'apparaît pas dans les documents du contrat d'exploitation minière.

Une divulgation ne semble pas avoir tendance à soulever une opposition de la part d'une quelconque des parties. Même si la loi n'exige pas la divulgation, comme c'est le

cas en Guinée, le gouvernement a divulgué des accords rétroactivement sans encourir de problèmes.

En outre, de nombreux contrats sont déjà disponibles si vous pouvez vous permettre et êtes disposés à payer le prix élevé de l'accès à certaines bases de données commerciales. Elles sont généralement utilisées au sein de l'industrie. Ainsi, malgré le flou juridique, les entreprises accèdent régulièrement aux accords passés par leurs concurrents, ce qui soulève des questions sur la validité de prétendues préoccupations pertinentes à la divulgation d'informations commercialement sensibles. La vraie question est celle d'un accès asymétrique aux données du contrat et non pas celle de l'absence de disponibilité de ces données.

COMMENT LE FAIRE ?

Comme il arrive souvent lors de l'apparition d'une nouvelle tendance, les détails du processus doivent être finalisés. Dans les pays où la transparence des contrats est requise, il peut y avoir des ambiguïtés en ce qui concerne « quoi, quand, où, qui et comment » divulguer. Ni la législation pertinente ni le contrat lui-même ne précisent nécessairement quand le contrat devra être rendu public. La loi peut ne pas spécifier où les contrats seront disponibles – publié dans les journaux, dans le journal officiel, sur un site Web gouvernemental dédié ? Dans certains cas, seul un résumé des principaux termes est disponible (ceci peut servir d'option pour les entreprises impliqués dans des projets d'investissement de la SFI). Mais qui détermine ce qui est « essentiel » ?

Au Libéria, les contrats sont publiés sur le site web multi – parties prenantes de l'ITIE. En Guinée, le gouvernement a créé un site Internet dédié à la publication de tous les contrats avec des annotations aux dispositions clés facilitant la compréhension des termes essentiels (contratsminiersguinee.org).

POURQUOI PUBLIER ?

La question véritable pourrait bien être « pourquoi pas » ? Mettre les termes du contrat dans le domaine public peut rassurer les investisseurs tout autant que les acteurs locaux. Les fonctionnaires négociant au nom de leurs gouvernements peuvent se trouver enclins à mieux protéger l'intérêt public s'ils sont conscients que l'accord résultant sera divulgué. La publication peut aider à renforcer la confiance entre les parties contractantes et la société. Elle peut éviter les malentendus pertinents au contenu des accords. Et si cela est important pour le gouvernement, ce l'est tout autant pour la société minière qui est susceptible d'être présente au niveau local pendant des

décennies. La publication permet une analyse élargie de la transaction. Surtout, elle peut faciliter un suivi plus efficace de la mise en œuvre du contrat par le gouvernement et par des tiers. Par exemple, les groupes de la société civile surveillent activement le respect de la conformité à certaines obligations contractuelles particulières dans des pays aussi divers que le Pérou, le Burkina Faso, l'Afghanistan et le Canada. Les entreprises sont également désireuses d'analyser les transactions octroyées à la concurrence et sont souvent les plus vigilantes dans la détection d'indications révélant une possibilité de corruption.

Ces motivations peuvent expliquer pourquoi la divulgation de contrat est maintenant recommandée comme une des bonnes pratiques par la Banque mondiale et le Fonds monétaire international. La SFI requiert une divulgation du contrat principal dans le cadre des projets miniers dans lesquels elle investit. Un certain nombre d'entreprises, telles que Rio Tinto, ont déclaré n'avoir aucune objection à la divulgation de contrat. Ceci est en ligne avec les principes du CIMM. La nouvelle norme ITIE encourage les pays participants à divulguer les contrats ou à expliquer le fondement d'une décision de non-divulgation. Ceci incite d'autres pays, comme le Sénégal et le Mozambique, à s'engager en faveur d'une transparence des contrats miniers dans le futur. Le Partenariat pour des contrats ouverts (Open Contracting Partnership), un nouvel effort multipartite, entreprend de développer une norme pertinente à la publication des informations contractuelles, comprenant une adaptation pour les contrats de l'industrie extractive.

ANNEXE

GLOSSAIRE

LISTE DES CONTRATS COURAMMENT CITÉS

GLOSSAIRE

(Termes utilisés dans ce livre)

Accord de Co-entreprise (JV, Joint Venture)

Accord de par lequel deux ou plusieurs entreprises conviennent de partager les bénéfices, la perte et le contrôle dans le cadre d'un projet spécifique. Cette situation se rencontre souvent lorsqu'un projet excède la capacité de financement d'une entreprise unique. Les partenaires peuvent être à la fois des secteurs public et privé.

Amortissement

L'amortissement est le fait d'inscrire au bilan la perte de valeur constatée sur les actifs dans le temps. Il se réfère au paiement d'une dette constituée de l'intérêt et d'une partie du capital par versements réguliers sur une période de temps.

Biome

Vaste région biogéographique souvent appelée écosystème.

Brownfield

Un investissement dans l'infrastructure existante.

Entreprise minière internationale

Terme utilisé pour désigner une entreprise minière d'origine étrangère.

Entreprise minière nationale

Terme parfois utilisé pour désigner une société minière appartenant à l'État.

Consortium

Accord commercial de par lequel des parties s'entendent pour s'engager dans une activité commune ou mettent leurs ressources en commun en vue d'atteindre un objectif commun. Chaque partie conserve son statut juridique propre et le contrôle du consortium est limité et déterminé par l'accord.

Coût d'opportunité

Valeur de la meilleure solution de remplacement à laquelle il faut se résoudre dans le cas où un choix doit être fait entre plusieurs alternatives qui s'excluent mutuellement (par exemple, aller de l'avant avec l'extraction ou y renoncer).

Couverture

Position d'investissement visant à compenser les pertes ou les gains potentiels qui pourraient être encourus par un investissement complémentaire. En termes simplifiés, la couverture est une technique utilisée pour réduire toute perte ou tout gain substantiels subis par un individu ou une organisation.

Déchets rocheux

Roche qui doit être enlevée pour permettre l'accès au minéral.

Dépenses en capital

L'argent investi pour acheter ou améliorer un actif fixe (comme un bâtiment ou des machines) qui permettra un profit au-delà de l'année fiscale. Son homologue, les dépenses de fonctionnement, est le coût opérationnel. L'achat d'un photocopieur, représenterait une dépense en capital tandis que l'achat du papier et du toner représentent une dépense de fonctionnement.

Dépenses d'exploitation (OPEX, Operating Expenditure)

Dépense continue encourue par l'entreprise dans le cadre de ses opérations commerciales normales. Son homologue, les dépenses en capital, est le coût d'achat. L'achat d'un photocopieur, représenterait une dépense en capital tandis que l'achat du papier et du toner représentent une dépense de fonctionnement.

Dépréciation

Diminution ou perte de valeur en raison de l'âge, de l'usure ou des conditions du marché. En termes de comptabilité, elle se réfère à deux aspects d'un même concept : (a) la diminution de la valeur des actifs, et (b) la répartition du coût des actifs dans les périodes durant lesquelles ces mêmes actifs sont utilisés. Elle peut être utilisée à des fins de déduction de l'impôt sur le revenu, permettant à un contribuable de recouvrer le coût ou une base différente de certains biens.

Diligence raisonnable

Enquête menée par une partie pour s'informer de l'ensemble du contexte, de l'historique et de la situation présente d'une partie avec laquelle elle considère passer un contrat ou d'un actif dont elle envisage l'acquisition.

Droit de passage

Le type de servitude accordée ou réservée sur un terrain à des fins de transport

Éclats de roches

Roches projetées ou éclatées par des explosifs.

Économie d'échelles

Intervient lorsque le coût par unité de production diminue avec l'ampleur croissante d'un projet et que les coûts fixes sont répartis sur un nombre croissant d'unités de production.

Économie de gamme

Dans le cadre d'une exploitation minière et de l'exploitation de l'infrastructure connexe, on parle d'économies de gamme lorsque la production d'un type d'infrastructure peut être utilisée comme matériau de base dans un autre type d'infrastructure

Franco à bord (FOB, Free on Board)

Terme de commerce spécifiant au vendeur de livrer la marchandise à bord d'un navire désigné par l'acheteur. Il signifie que le fournisseur / le vendeur assume les frais du transport de la marchandise.

Greenfield

Un investissement dans de nouveaux actifs (mines ou d'infrastructure) qui n'ont pas été sujets à une exploitation antérieure.

London Metals Exchange

Centre de transaction des métaux industriels et de gestion des risques de prix. Plus de 80 % de l'activité mondiale des métaux non-ferreux y prend place. Ses prix servent de référence mondiale.

Pays d'accueil

Pays dans lequel un investissement prend place. Souvent utilisé lorsque l'investissement est entrepris par un investisseur d'origine étrangère.

Pays de résidence

Pays dans lequel un investisseur réside.

Péréquation des ressources intercommunales et communales (FPIC, Free Prior and Informed Consent)

Principe de par lequel les communautés autochtones ont le droit de donner ou de refuser leur consentement à des projets proposés si ceux-ci sont susceptibles d'affecter les terres dont elles sont traditionnellement propriétaires, qu'elles occupent ou qu'elles utilisent de toute autre manière. Dans le contexte de l'exploitation minière, il est de plus en plus préconisé d'inclure les autres communautés qui seront affectées par les projets miniers.

Permis social d'exploitation

Concept exprimant l'acceptation continue du projet par les communautés avoisinantes.

Principe de double imposition

Se réfère aux impôts sur le revenu payés deux fois sur la même source de revenu. Elle intervient lorsque les corporations sont considérées comme des entités juridiques distinctes de leurs actionnaires et que les deux paient des impôts (les sociétés paient des impôts sur leurs bénéfices et les actionnaires sur les dividendes). La double imposition est souvent atténuée par des conventions fiscales entre les pays.

Prix de transfert

Prix auquel les divisions des entreprises d'exploitation minière (ou toute autre entreprise) traitent les transactions entre elles. Les transactions peuvent inclure le commerce de fournitures ou de services entre les parties. Ce prix est inférieur au prix de marché.

Rente

Flux de revenu supérieur et additionnel à un rendement économique normal de l'activité ou du profit. À l'origine, le concept a été développé par les économistes Adam Smith et David Ricardo dans les XVIII^e et XIX^e siècles. Il domine l'économie de l'industrie minière mondiale en raison du coût fortement variable de la production d'une matière première vendue à un prix relativement constant. Les économistes distinguent entre la rente et un rendement normal du capital, ou le profit, et font valoir qu'elle doit être traitée différemment. La rente encourage la recherche de rente, une partie intégrante de la notion de malédiction des ressources.

Résidus

Matériau restant après l'extraction du minerai.

Traité d'investissement

Accord entre les États de par lequel ils s'engagent à fournir aux investisseurs étrangers couverts une protection de fond et de procédure spéciale. Un traité d'investissement peut être un traité d'investissement bilatéral (BIT, Bilateral Investment Treaty), un traité d'investissement multilatéral ou un chapitre traitant de l'investissement dans le cadre d'un accord de libre-échange bilatéral ou multilatéral.

LISTE DES CONTRATS COURAMMENT CITÉS

Afghanistan : *Qara Zaghan Gold Project Contract between Krystal Natural Resources Company and the Ministry of Mines of the Islamic Republic of Afghanistan*

Contrat du projet d'extraction d'or Qara Zaghan entre Krystal Natural Resources Company et le ministère des Mines de la République islamique afghane (10 janvier 2011) (« Afghanistan – Qara Zaghan (2011) »)

Australie : *McArthur River Project Agreement between the Northern Territory of Australia and Mount Isa Mines Ltd.*

Accor de projet McArthur River entre le Territoire du Nord de l'Australie et Mount Isa Mines Ltd (4 mai 2007) (« Australia – McArthur River Project (2007) »)

Équateur : *Contrato de Explotacion Minera Otorgado por Ministerio de Recursos Naturales no Renovables a favor de La Compañía Ecuacorriente SA* (5 mars 2012) (« Ecuador – Ecuacorriente (2012) »)

Guinée : *Convention de Base Entre la République de Guinée et BSG Ressources* (16 décembre 2009) (« Guinée – Zogota, (2009) »)

Guinée : *Convention de Base Entre La République de Guinée et Alliance Mining Commodities* (juin 2010) (« Guinée – Koumbia (2010) »)

Guinée : *Convention de Base Entre La République de Guinée et Simfer SA La Société Pour L'Exploitation des Gisements de fer de Simandou* (26 novembre 2002) (« Guinée – Simfer (2002) »)

Libéria : *Mineral Development Agreement between the Government of the Republic of Liberia, China-Union (Hong Kong) Mining Co., Ltd. and China-Union Investment (Liberia) Bong Mines Co., Ltd*

Accord de développement minier entre le Gouvernement de la République du Libéria, China-Union (Hong Kong) Mining Co., Ltd et China-Union Investment (Libéria) Bong Mines Co., Ltd (19 janvier 2009) (« Liberia – China Union (2009) »)

Libéria : *Exploration Agreement between the Government of the Republic of Liberia and African Aura Resources Limited*

Accord d'exploration entre le Gouvernement de la République du Libéria et African Aura Resources Limited, (27 février 2004) (« Liberia – Africa Aura Resources (2004) »)

Libéria : *Amended Mineral Development Agreement between the Government of the Republic of Liberia and Mittal Steel Holding A.G. and Mittal Steel (Liberia) Holdings Ltd.*

Accord de développement minier modifié entre le Gouvernement de la République du Libéria, Mittal Steel Holding A.G. et Mittal Steel (Liberia) Holdings Ltd. (28 décembre 2006, modifiant l'accord du 17 août 2005) (« Mittal – Libéria (2006) »)

Libéria : *Iron Ore Appraisal and Exploration Agreement for the Putu Range between the Republic of Liberia and Mano River Iron Ore (Liberia) Inc.*

Accord d'évaluation et d'exploration du minerai de fer de Putu Range entre la République du Libéria et Mano River Iron (Libéria) Inc. (18 mai 2005) (« Liberia – Mano River Exploration (2005) »)

Libéria : *Mineral Development Agreement between the Government of the Republic of Liberia, Putu Iron Ore Mining, Inc., and Mano River Iron Ore Ltd.*

Accord de développement minier entre le Gouvernement de la République du Libéria, Putu Iron Ore Mining, Inc, et Mano River Iron Ore Ltd. (2 septembre 2010) (« Liberia – Putu 2010 »)

Libéria : *Mineral Development Agreement between the Government of Liberia and Western Cluster Limited, Sesa Goa Limited, Bloom Fountain Limited, Elenilto Minerals & Mining LLC*

Accord de développement minier entre le Gouvernement de la République du Libéria et Cluster Western Limited, Sesa Goa Limited, Bloom Fontain Limited, Elenilto Minerals & Mining LLC (« Libéria – Western Cluster (2011) »)

Mongolie : *Investment Agreement between the Government of Mongolia and Ivanhoe Mines Mongolia Inc. LLC and Ivanhoe Mines Ltd. and Rio Tinto International Holdings Ltd.*

Accord d'investissement entre le Gouvernement de la Mongolie et Ivanhoe Mines Mongolia Inc. LLC et Ivanhoe Mines Ltd. et Rio Tinto International Holdings Ltd. (6 octobre 2009) (« Mongolia – Oyu Tolgoi (2009) »)

République démocratique du Congo : Avenant N° 1 à la Minière Amendée et Reformulée du Septembre 2005 entre la République Démocratique du Congo et La Générale des Carrières et des Mines et Lundin Holdings Ltd et Tenke Fungurume Mining SARL (11 décembre 2010) (« RDC–Tenke Fungurume (2010) »)

Sierra Léone : *Agreement between the Government of the Republic of Sierra Leone and Sierra Rutile Ltd.*

Accord entre le Gouvernement de la République de Sierra Léone et Sierra Rutile Ltd. (20 novembre, 2001) (« Sierra Leone–Sierra Rutile (2001) »)

Sierra Léone : *Draft Model Mining Development Agreement* (Projet de modèle de convention d'exploitation minière (juillet 2012) (« Projet de modèle de convention d'exploitation minière sierra-léonaise (2012) »)

Model Mine Development Agreement 1.0 MMDA 1.0, Modèle de Convention d'Exploitation Minière (« MMDA » en anglais, développé par l'International Bar Association – IBA) (« Modèle de convention d'exploitation minière ») (4 avril 2011)

