LA RÉFORME DU CODE MINIER CONGOLAIS : ENJEUX D'UNE LÉGISLATION À HAUTE PORTÉE

Par

Hervé KITEBELE KIANGOY

Avocat à la Cour

Chercheur associé à l'ERSUMA/BENIN

Assistant à la Faculté de Droit de l'Université de Lubumbashi

Apprenant au Diplôme d'Etudes Supérieures en Droit Economique et Social de l'Université de Kinshasa

RÉSUMÉ

Le secteur minier reste le cœur de l'économie en République Démocratique du Congo. En dépit d'un environnement opérationnel difficile (difficultés d'approvisionnement en eau et en électricité et infrastructure d'évacuation des minerais peu performante), la ressource minérale abondante a expliqué, pour une large partie, les bonnes performances d'un secteur contribuant à plus de 80% des recettes d'exportation du pays.

La demande mondiale du cobalt, pour lequel la République Démocratique du Congo est le principal producteur mondial (60% de l'offre mondiale), est très forte et résolument orientée à la hausse sur le long terme, compte tenu des besoins de l'industrie automobile dont la demande pourrait passer de 90 000 tonnes/ans à 122 000 tonnes/an à l'horizon 2025.

Le code minier de 2002 était réputé très favorable à l'industrie minière. Le nouveau code minier, promulgué en mars 2018 l'est moins. Les grandes entreprises étrangères établies en République Démocratique du Congo ont tenté de s'opposer à certaines mesures retenues, en particulier la suppression de la « clause de stabilité ».

La nouvelle législation minière contient plusieurs innovations profitables aux populations locales. Ces dispositions, si elles sont bien appliquées, conduiront inévitablement au développement du pays. Cela exige que les problématiques de gouvernance et de gestion soit prises au sérieux de sorte qu'un accompagnement solide et une mise en place des structures institutionnelles adéquates soient la priorité dans le contexte d'un pays soumis à plusieurs défis.

Mots-clés : *Code minier, Législation minière, Zone d'exploitation artisanale, Sous-traitance, Mines, Communautés, Révision, Réforme, Substance minérale, Développement.*

ABSTRACT

The mining sector remains the heart of the economy in the Democratic Republic of Congo. Despite a difficult operating environment (water and electricity supply difficulties and poorly performing ore evacuation infrastructure), the abundant mineral resource has accounted for much of the good performance of a sector that contributes more than 80% of the country's export earnings.

Global demand for cobalt, for which the Democratic Republic of Congo is the world's leading producer (60% of global supply), is very strong and set to increase in the long term, given the needs of the automotive industry, whose demand could rise from 90,000 tons/year to 122,000 tons/year by 2025.

The 2002 mining code was considered very favorable to the mining industry. The new mining code, enacted in March 2018 is less so. Large foreign companies established in the Democratic Republic of Congo have tried to oppose some of the measures retained, in particular the overriding of the "stability clause."

The new mining legislation contains several innovations that benefit local populations. These provisions, if properly implemented, will inevitably lead to the development of the country. This requires that governance and management issues be taken seriously so that solid support and the establishment of adequate institutional structures are the priority in the context of a country subject to several challenges.

Keywords: *Mining Code, Mining Legislation, Artisanal Mining Area, Subcontracting, Mining, Communities, Review, Reform, Mineral Substance, Development.*

INTRODUCTION

La République Démocratique du Congo (RD Congo) est un pays immense (le deuxième plus grand de l'Afrique) aux ressources naturelles riches et diverses. A côté d'une faune et d'une flore impressionnantes, un des plus grands domaines de forêt équatoriale au monde et d'importantes réserves en pétrole, le sous-sol de la RD Congo regorge en abondance de minerais et métaux. Le pays possède par exemple plus de la moitié des réserves mondiales de cobalt, minerai rare et extrêmement convoité, car indispensable à la fabrication de nombreux objets de haute technologie et nécessaire à ce qu'on appelle la transition énergétique¹. Nonobstant cela, le pays reste l'un des plus pauvres au monde et avec un indicateur de développement humain parmi les plus bas (avec un indice de 0,457 le pays était 176^{ème} sur 189 en 2018)². Il faut

¹ La voiture électrique va dépendre essentiellement du cobalt. Sur les enjeux liés à la voiture électrique, voir : Justice et Paix, *Voiture du futur ou futur sans voiture ?*, 25 septembre 2018. Sur les enjeux liés à ce qu'on appelle les terres rares, voir : Justice et Paix, *Les terres rares... Une transition énergétique plus vertueuse ?*, 26 septembre 2018

² UNDP, *Indices et indicateurs de développement humain*, 2018 mise à jour statistique.

préciser que l'informalité, l'opacité et la mauvaise gouvernance du secteur minier, les exportations illégales ou encore la fraude fiscale, conjugués au fait que l'ancien code minier était très libéral, sont quelques éléments qui expliquent que les ressources naturelles ne profitent jusqu'à présent que très peu à la population congolaise et au développement du pays alors que les mines, si elles sont bien gérées, peuvent être un levier important au service du développement du pays.³

Il est important de noter que le décret minier de 1888 avait posé deux principes fondamentaux qui marqueront la législation minière congolaise à travers les âges. Il s'agit de la propriété minière de l'Etat et de son corollaire qui est le système de concession. Son premier article fixait le statut des mines et des ressources minérales. Par ressources minérales, il faut entendre toutes les substances pouvant avoir une certaine valeur marchande, en exclusion des matières devant servir à la construction pour lesquelles l'accès est libre au profit du titulaire des droits fonciers. Ces matières minérales sont la propriété de l'Etat.

En dehors de l'Etat, les autres personnes ne pouvaient avoir sur les ressources du sous-sol que des droits de concession.⁴ Les titres fonciers ; quels qu'ils fussent, ne pouvaient nullement fonder leurs titulaires à exploiter les ressources enfouies sous leurs fonds.

La loi n°007- 2002 du 11/7/2002 portant code minier demeure une référence législative en ce qu'avec ses 344 articles, il a couvert, et ce dans les détails, des occurrences du secteur minier que le droit minier classique n'avait pas pris en compte.

Ce texte législatif a la particularité de marquer certaines innovations qui s'inscrivent dans le cadre de la mondialisation et du désengagement de l'Etat dans le secteur minier afin d'attirer un grand nombre d'investissement.⁵

Le processus de révision du code minier congolais a démarré en 2012 et a abouti en mars 2018, avec la promulgation d'un nouveau texte. Le but poursuivi avait été celui d'augmenter les recettes publiques de manière à impacter sur le développement du pays. Cette réforme législative n'a pourtant pas fait l'unanimité. Au contraire, bien qu'elle ait été accueillie positivement

³ PERSONNAZ P., *Droit des mines*, Paris, Litec, 1958, p.49

⁴ Pour KIFWABALA Tekilazaya, J.P, *Droit civil : Les biens. Vol I : Les droits réels fonciers*, Lubumbashi, PUL, 2003, p.15 La concession est généralement entendue comme " un droit de jouissance " que l'on peut exercer sur un bien appartenant à l'Etat ou une autre personne publique.

⁵ MUKENDI wa Fwana E., *Droit minier congolais, Vol1 : Principes de gestion du domaine minier*, Kinshasa, Juricongo, 2005, p.42.

par la société civile, elle a en revanche été vivement contestée par les entreprises minières.

Quelles sont les innovations apportées par ce nouveau code minier ? A qui bénéficieront-elles réellement ? Telles sont des questionnements qui préoccupent les congolais de tous les bords.

Notre analyse passe d'abord par l'examen de la révision du code minier (I), ensuite par les points névralgiques d'une réforme à conséquences multiples (II) et enfin par la conclusion qui sera porteuse de nos vœux.

I. LE CODE MINIER CONGOLAIS : UNE RÉVISION NÉCESSAIRE

Il sied de noter que l'ancien code minier rédigé par des experts de la Banque Mondiale, avait été adopté en 2002. En affaiblissant plusieurs réglementations existantes, y compris sur les taxes, il était considéré par la société civile, et même par le Fonds Monétaire International ⁶ comme extrêmement favorable aux investisseurs étrangers. Il a l'avantage d'avoir attiré de nombreuses entreprises sur le territoire : passant de 35 entreprises minières en 2002 à 482 sociétés détentrices de droit minier et de carrière fin 2016⁷. C'était pour ainsi dire un deal gagnant-gagnant, économiquement et politiquement, pour les entreprises et le pouvoir en place.

A contrario, il l'était moins pour les intérêts de l'État et la population congolaise qui, au final, ont très peu bénéficié des retombées de l'exploitation minière. Selon Albert Yuma, Président du Conseil d'Administration de la Générale des carrières et des mines, GECAMINES en sigle, depuis la mise en place du code minier en 2002, les différents partenaires de la Gécamines ont exporté pour plus de 48 milliards de dollars américains tandis que l'État congolais n'a perçu que moins de 3 milliards de dollars⁸.

Est-il important de noter que le code minier ne pouvait être modifié pendant dix ans. Le Gouvernement congolais a dû attendre 2012 pour pouvoir lancer un processus de révision. Ceci n'a bien sûr pas rencontré l'assentiment des entreprises qui ont vu leurs intérêts économiques être menacés. Arguant que la chute des prix du métal menaçait leurs activités, les compagnies minières ont ainsi, dès le début du processus, tenté de convaincre le gouvernement d'abandonner ce projet de révision. Elles ont même menacé de défendre leurs investissements par tous les moyens nationaux et internationaux à leur

⁶ Fonds Monétaire International : *La République Démocratique du Congo excelle en matière de croissance, mais reste à la traîne sur le front de la réduction de la pauvreté*, Bulletin du FMI, le 13 octobre 2015

⁷ Raf Custers, *Congo : les multinationales inlassablement en opposition*, mars 2019, p.54

⁸ Marie-France Cros, *RDC: Albert Yuma va revoir unilatéralement les partenariats miniers*, La Libre Afrique, 21 novembre 2017, p. 34

disposition, sans exclure un arbitrage international. Après une suspension de deux ans, les négociations, auxquelles participaient des représentants du Gouvernement, du secteur privé et de la société civile, ont abouti à l'adoption d'un nouveau texte. Finalement beaucoup plus strict que prévu. En réaction, les sept plus grandes entreprises étrangères présentes dans le pays⁹ n'ont pas attendu longtemps pour claquer la porte de la Fédération des Entreprises du Congo (FEC), accusée de ne pas avoir suffisamment défendu leurs intérêts. Elles ont, en revanche, rappelé être prêtes à entamer des négociations en vue de trouver un terrain d'entente, comme cela avait été promis par l'ancien président Joseph Kabila. Sinon, dans la loi, il n'a pas été accordé des concessions aux miniers.

II. LES POINTS NEVRALGIQUES D'UNE REFORME A CONSÉQUENCES MULTIPLES

La nouvelle législation minière contient trente-deux (32) innovations¹⁰. Il faudrait noter que celles qui sont les plus contestées par les entreprises sont bien sûres celles qui touchent aux taxes. Les redevances minières dues par les entreprises passent ainsi de 2% à 3,5% de la valeur commerciale brute pour les métaux de base¹¹ (tels que le cuivre, l'étain, l'aluminium, le nickel, le zinc et le plomb) et/ou non ferreux¹² ainsi que pour les métaux précieux. Quant aux fameuses « substances stratégiques¹³ », c'est-à-dire le cobalt, le germanium et le coltan¹⁴, leur redevance est passée de 2 à 10% à compter de la promulgation du nouveau code. Par ailleurs, un nouvel « impôt spécial sur les profits excédentaires » de 50% est prévu lorsque les cours des matières ou des

⁹ Il s'agit notamment de Randgold Resources (entreprise sud-africaine), CMOC international (chinoise), Glencore (anglo-suisse), Anglo Gold Ashanti (sud-africaines), Ivanhoe Mines (canadienne), Zijin Mining Group (chinoise) et MMG (chinoise). Ces sept entreprises produisent 85 % du cuivre, du cobalt et de l'or de la République Démocratique du Congo (RDC).

¹⁰ Elles apparaissent clairement dans le préambule du nouveau code minier.

¹¹ Par métaux de base, on entend ceux qui s'oxydent, se ternissent ou se corrodent facilement quand ils sont exposés à l'air ou à l'humidité. Du fait de leur abondance naturelle dans la croûte terrestre, leur prix est bien plus bas que ceux des métaux précieux tels l'or, le rhodium, le platine, le palladium et l'argent.

¹² Il s'agit des métaux de base auxquels peuvent être ajoutés certains métaux rares et semi-précieux comme le titane, le cobalt, le vanadium et le molybdène. Ces métaux que l'industrie mondiale produit dans les plus grandes quantités sont le cuivre et l'aluminium suivis par le plomb, le zinc et l'étain.

¹³ Le nouveau code minier les définit comme toute substance minérale qui, selon la conjoncture économique internationale du moment et l'appréciation du gouvernement, présente un intérêt particulier au regard du caractère critique.

¹⁴ Lire avec intérêt à cet effet le Décret N° 18/42 du 24 novembre 2018 portant déclaration du cobalt, du germanium et de la colombo-tantalite « coltan » comme substances minérales stratégiques.

commodités connaissent un accroissement exceptionnel, supérieur à 25% par rapport à ceux repris dans l'étude de faisabilité bancaire du projet¹⁵. Compte tenu de la demande en constante augmentation en cobalt¹⁶ et de l'explosion récente de son prix¹⁷, on comprend aisément que cette hausse au quintuple fasse grincer des dents les entreprises. Surtout que la période de stabilité, qui garantissait un régime fiscal et douanier fixe de dix ans, a été abaissée à cinq ans.

Il faudrait signaler que le relèvement de ces impositions souligne la problématique du contrôle et prélèvement effectif de l'impôt. Non seulement qu'il s'agissait d'un problème majeur sous le code minier de 2002, mais les entreprises ont désormais encore plus de raisons d'user de montages financiers pour tenter de se substituer à leurs obligations fiscales. D'autant plus que l'article 220 prévoit que le Premier ministre puisse accorder des « mesures incitatives » pour privilégier certains projets miniers. Ceci ouvre le chemin à encore plus de lobbying des entreprises en vue d'obtenir des traitements privilégiés. La discrétion d'accorder de telles mesures laissée au Premier ministre augmente également les risques de corruption. Point non négligeable, quand on sait que la République Démocratique du Congo est l'un des pays les plus corrompus au monde, classé 161^{ème} sur 180 par l'ONG Transparency International¹⁸.

Soulignons qu'au-delà de ces hausses fiscales, le code prévoit une plus grande « mainmise » de l'État congolais sur le secteur à travers :

- le relèvement de la quotité de la participation de l'État dans le capital social de l'entreprise (de 5 à 10%) ;
- l'exclusivité de la sous-traitance aux seules sociétés dont la majorité du capital est détenue par des Congolais ;
- la participation requise d'au moins 10% des personnes physiques de nationalité congolaise lors de la création d'une société minière ;
- la participation des Congolais dans le capital des comptoirs d'achat et de vente des matières précieuses et de traitement ;
- l'effectivité et le contrôle du rapatriement de 60% ou 100% de recette des ventes à l'exportation.

En plus de son augmentation, précisons que le nouveau code minier prévoit une nouvelle répartition de la redevance minière. Il est en effet prévu que 50%

¹⁵ Article 251 bis de la Loi n°18/001 modifiant et complétant la Loi n° 007/2002 du 11 juillet 2002 portant Code minier.

¹⁶ Entre 2012 et 2017, la demande mondiale de cobalt a augmenté de 30% et elle devrait quasiment s'accroître davantage.

¹⁷ Le prix du cobalt a connu un boom en mars 2019, soit une hausse de 190% en un peu plus d'un an. Depuis le prix du cobalt s'est effondré de plus de 60%.

¹⁸ Transparency International, Corruption Perceptions Index 2018.

de la redevance aillent au pouvoir central, 25% à l'administration de la province, 15% à l'entité territoriale décentralisée (ETD) où a lieu l'exploitation et 10% à un fonds minier pour les générations futures¹⁹.

La situation sous l'ancienne législation était telle que les sociétés minières payaient la redevance directement au Gouvernement central qui devait ensuite reverser une part aux entités décentralisées. Mais, en réalité, ce transfert était rarement exécuté (il n'y a aujourd'hui que 4-5 ETD qui reçoivent la redevance). Théoriquement ces nouvelles dispositions devraient fortement augmenter les budgets des administrations et contribuer au développement local. Mais la question reste pendante au sujet du contrôle et de la destination exacte de cet argent et ce que les ETD en font. Quant au fonds minier pour les générations futures dont les organes viennent d'être installés, il est trop tôt pour l'évaluer. De manière générale, face aux nombreux risques que comporte un tel fonds, notamment en termes de gouvernance et de gestion, un accompagnement solide et la mise en place de structures institutionnelles adéquates demeurent indispensables.

De surcroît, le code prévoit l'obligation pour le titulaire de droit minier d'exploitation de constituer une dotation de minimum 0,3% de son chiffre d'affaires qui doit contribuer aux projets de développement communautaire.²⁰ Il reste important de prévoir un organe de contrôle du paiement effectif de cette dotation.

Le nouveau code protège davantage les populations locales et l'environnement. Ainsi, il remplace par exemple l'avis environnemental par un certificat environnemental comme condition d'obtention d'un permis d'exploitation. Celui-ci doit être délivré par l'Agence Congolaise de l'Environnement et attester que le projet d'exploitation est conforme aux principes de sauvegarde environnementale et sociale. Un cahier des charges, qui définit les obligations socio-environnementales des exploitants miniers vis-à-vis des communautés locales affectées par les activités minières, a également fait son apparition²¹. Il vise à servir d'accord-cadre devant « permettre la concrétisation des actions du développement durable afin d'améliorer le bien-être économique, social et culturel des populations locales affectées par les activités minières ».

En outre, la responsabilité industrielle est renforcée. Alors qu'avant les communautés devaient prouver l'existence de conséquences négatives de pollution, dorénavant, tout titulaire d'un droit minier et/ou de carrières sera

¹⁹ Lire avec attention l'article 242 de la Loi n°18/001 modifiant et complétant la Loi n° 007/2002 du 11 juillet 2002 portant Code minier.

²⁰ Les dispositions de l'article 258 bis du nouveau code minier donnent des détails à ce sujet.

²¹ L'article 285 septies de la nouvelle réglementation minière en donnent des détails importants.

automatiquement considéré comme responsable des dommages causés aux personnes, aux biens et à l'environnement, et ce même en l'absence de toute faute ou négligence. Il sera tenu de les réparer et ne pourra être exonéré de sa responsabilité que s'il apporte la preuve que ces dommages proviennent d'une cause étrangère à son activité minière²².

Ce renversement de la charge de la preuve a le potentiel d'améliorer considérablement l'accès à la justice par les communautés qui subissent des dommages environnementaux. Enfin, le code prévoit qu'en cas de déplacement des populations, l'opérateur minier est tenu préalablement de procéder à l'indemnisation, à la compensation et à la réinstallation des populations concernées²³

Par ailleurs, il n'est pas toujours clairement établi qui sera en charge du contrôle de ces règles. Il est donc primordial de sensibiliser les communautés locales à leurs droits et de les informer quant aux recours possibles pour pouvoir revendiquer le respect de ces normes.

Aussi, il faut préciser que le code limite l'exploitation artisanale aux personnes physiques majeures de nationalité congolaise, membres d'une coopérative agréée par le Ministre et détentrices d'une carte d'exploitant artisanal. L'exploitation ne peut en effet se faire qu'à l'intérieur d'une zone d'exploitation artisanale (ZEA). Selon le code, ce sont généralement celles où une exploitation industrielle ou semi-industrielle n'est pas possible.²⁴ Les creuseurs artisanaux sont donc minoritaires mais pas marginaux : le secteur restant très informel, il est difficile d'avoir les chiffres exacts, mais on estime qu'il y aurait environ deux millions de creuseurs artisanaux en RD Congo. Le code interdit implicitement le travail des enfants et des femmes enceintes. Mais aucune autre protection des creuseurs artisanaux n'est prévue.

Il est pertinent de souligner que bien que le code minier prévoit toute une panoplie de sanctions, y compris en cas de violation des droits humains, de fraude et pillage des ressources naturelles minières ainsi que d'entrave à la transparence et à la traçabilité, il n'est pas établi clairement qui sera en charge de les constater. Il faudrait donc que le gouvernement se mette en avant pour disponibiliser les moyens nécessaires devant asseoir davantage l'application de la réforme et que les changements légaux se transposent également par une réforme administrative. Un énorme travail de vulgarisation et de renforcement

²² Le contenu de l'article 285 bis du nouveau dispositif légal en matière minière est clair à cet effet.

²³ L'article 281 ajout des alinéas 7 et 7 bis de la nouvelle législation offre un bel éclairage sur l'indemnisation des occupants du sol.

²⁴ L'analyse de l'article 109 du nouveau code minier est importante à ce sujet.

des capacités des autorités et différentes parties-prenantes est également crucial pour assurer son application effective.

Malgré la promulgation du Code minier de 2018, tout le secteur des mines de la R.D. Congo n'échappe pas aux problèmes de la mauvaise gouvernance, de non-application de certaines dispositions de la loi minière, de la corruption, du manque de transparence et de la fraude minière.²⁵

Les législations minières du Congo devraient avoir pour unique but de favoriser le développement du pays au travers une gestion saine en vue de permettre aux populations d'en bénéficier au maximum.²⁶

²⁵ KITOBO SAMSONI W., *Les défis à relever dans le secteur des mines de la R.D. Congo*, Kinshasa, L'harmattan, juin 2022, p.314.

²⁶ KATAMBWE Mutombo, *Législation minière congolaise*, Lubumbashi, Bussiness service, 1999, p.52.

CONCLUSION

Avec ce nouveau code minier, il faut reconnaître que le pays est actuellement en position de force face aux entreprises. Une application optimale de cette législation conduirait à un flux important des capitaux, ce qui permettrait d'assurer le développement intégral et surtout la prise en charge des communautés locales.

Cela passe non seulement par la mise en place d'institutions capables d'assurer un contrôle efficient des nouvelles règles mais aussi et surtout par la rigueur dans l'application des sanctions à l'endroit des récalcitrants.

Les réformes futures devront considérer essentiellement l'amélioration des conditions d'emploi du personnel local dans l'industrie minière pour le rendre plus qualifié, promouvoir la sous-traitance, rendre plus optimal les revenus fiscaux et parafiscaux de l'Etat afin de lui permettre de jouer un rôle plus actif au sein des sociétés où il est actionnaire.

BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE

I. TEXTES JURIDIQUES

1. Loi n°18/001 modifiant et complétant la Loi n° 007/2002 du 11 juillet 2002 portant Code minier, Journal officiel numéro spécial du 28 mars 2018, col 1
2. Décret N° 18/42 du 24 novembre 2018 portant déclaration du cobalt, du germamium et de la colombo-tantalite « coltan » comme substances minérales stratégiques.

II. OUVRAGES

3. KATAMBWE Mutombo, *Législation minière congolaise*, Lubumbashi, Bussiness service, 1999.
4. KIFWABALA Tekilazaya, J.P., *Droit civil : Les biens. Vol I : Les droits réels fonciers*, Lubumbashi, PUL, 2003.
5. KITOBO SAMSONI W., *Les défis à relever dans le secteur des mines de la R.D. Congo*, L'Harmattan, juin 2022.
6. MUKENDI wa Fwana E., *Droit minier congolais, Vol1 : Principes de gestion du domaine minier*, Kinshasa, Juricongo, 2005.
7. PERSONNAZ P., *Droit des mines*, Paris, Litec, 1958.

III. ARTICLES ET DOCUMENTS DIVERS

8. Marie-France Cros, *RDC: Albert Yuma va revoir unilatéralement les partenariats miniers*, 21 novembre 2017.
9. Raf Custers, *Congo : les multinationales inlassablement en opposition*, mars 2019
10. Transparency International, *Corruption Perceptions Index 2018*.
11. UNDP, *Indices et indicateurs de développement humain*, 2018 Mise à jour statistique.