

ACTUALITES


1. **Droit du commerce international et de la concurrence**
International Trade and Competition Law
2. **Emergence d'un droit international/régional des affaires**
Emergence of an International/Regional Business Law
3. **Droit et pratique des investissements internationaux**
International Investments Law and Practice
4. **Sûretés, paiements et financements internationaux**
Securities, International Payments and Financing
5. **Fiscalité internationale**
International Taxation
6. **Arbitrage international et autres modes de règlement des conflits**
International Arbitration and Alternative Dispute Resolution
7. **Energie et infrastructures**
Energy and Infrastructures

3. DROIT ET PRATIQUE DES INVESTISSEMENTS INTERNATIONAUX INTERNATIONAL INVESTMENTS LAW AND PRACTICE

LA REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO ADOPTE UNE REVISION DE SON CODE MINIER

THE DEMOCRATIC REPUBLIC OF CONGO ADOPTS REVISED MINING CODE

Saadia BHATTY* et Alix DEFFRENNES**

 Codes of practice; Congo; Corporate social responsibility; Foreign investment; Licences; Mining

INTRODUCTION

Le 9 mars 2018, la République Démocratique du Congo (la « RDC ») a adopté une Loi portant révision, pour la première fois depuis 2002, du code minier national établi par la Loi n°007/2002 (le « Code Minier de 2002 »). Comme annoncé au préambule de la Loi n°18/001 (la « Réforme de 2018 »), cette réforme vise à corriger les déséquilibres et les faiblesses du code minier en vigueur.

INTRODUCTION

On 9 March 2018, the Democratic Republic of Congo (the "DRC") enacted a law revising the country's mining code, Law no.007/2002, for the first time since 2002 (the "2002 Mining Code"). According to the preamble of Law no.18/001 (the "2018 Revision"), the purpose of the revision is to redress the imbalance and weaknesses of the mining code.

* Saadia Bhatti (Counsel, Arbitrage International), Gide, Londres.

** Alix Deffrennes (Counsel, Projets Finance & Infrastructure), Gide, Paris.

Following in the footsteps of other African countries such as Kenya, South Africa, Tanzania and Zambia, the 2018 Revision mainly consists in increasing obligations of the mining licence holders, notably with respect to social and local content obligations, transparency and traceability of mining activities, and increasing the fiscal burden on the licence holders with increased royalties on certain metals, higher share capital interest held by the state in mining projects and the creation of a 50 per cent special tax on excessive profits.

Perhaps most controversially for foreign investors, the 2018 Revision also seeks to modify the contract stability mechanism guaranteed by the 2002 Mining Code by reducing the stability period from 10 years to five years, which is immediately applicable to all existing mining licence holders. These changes have led several foreign investors to consider the available legal remedies, such as recourse through international arbitration.

A number of provisions in the 2018 Revision were left to be determined by subsequent mining regulations. Decree 18/024 dated 8 June 2018, which amends Decree no.038/2003 dated 26 March 2003 (the "Mining Regulations"), has since been published. This article summarises some of the key changes made by the 2018 Revision, their impact on foreign investors operating in the mining industry in DRC, and the potential claims arising out of these changes.

MINING RIGHTS

Duration of exploration and exploitation licences

Article 52 of the 2002 Mining Code provided for two periods of validity of exploration licences: (1) for precious stones, a period of four years renewable twice for a period of two years each; and (2) for all other substances, a period of five years renewable twice for a period of five years each.

The 2018 Revision has amended art.52 so that all exploration licences are now granted for a period of five years, which is renewable only once for the same amount of time.

Under art.67 of the 2002 Mining Code, mining exploitation licences were granted for a period of 30 years. This has now been reduced to a period of 25 years, although these licences do remain renewable on multiple occasions for a period of 15 years each.

Dans les pas d'autres pays africains tels que l'Afrique du Sud, le Kenya, la Tanzanie et la Zambie, la Réforme de 2018 s'attache principalement à accroître les obligations pesant sur les titulaires de titres miniers, notamment en ce qui concerne les obligations sociales et de contenu local, ainsi que de transparence et de traçabilité des activités minières, et à alourdir la charge fiscale pesant sur lesdits titulaires, en relevant les taux de redevances sur certains métaux, le niveau de participation gratuite de l'Etat dans les projets miniers et en créant une taxe spéciale au taux de 50 pour cent sur les profits excédentaires.

Plus controversé auprès des investisseurs étrangers, l'objectif recherché dans la Réforme de 2018, d'application immédiate à tous les titulaires de titres miniers, de modifier le mécanisme de stabilité contractuelle garanti jusqu'alors par le Code Minier de 2002, en écourtant la période de stabilité de 10 à cinq ans. Ces modifications ont conduit plusieurs investisseurs étrangers à engager ou menacer d'engager un recours contentieux par la voie de l'arbitrage international.¹

La Réforme de 2018 laisse un certain nombre de dispositions à la détermination de règlements miniers (les « Règlements Miniers »). Bien que le Décret n°038/200 en date du 26 mars 2003 portant réglementation minière ait été amendé par un Décret n°18/024 du 8 juin 2018 (le « Décret Minier »), de nombreuses dispositions doivent encore être précisées.² Cet article résume les principaux changements apportés par la Réforme de 2018, leurs impacts sur les investisseurs étrangers opérant dans le secteur minier en RDC, et les réclamations éventuelles, dont des arbitrages internationaux, qui pourraient en découler.

DROITS MINIERS

Durée des titres d'exploration et d'exploitation

L'article 52 du Code Minier de 2002 prévoyait deux périodes de validité des permis de recherche : (1) pour les pierres précieuses, une période de quatre ans renouvelable deux fois, chaque fois pour une période de deux ans ; (2) pour les autres substances, une période de cinq ans renouvelable deux fois, chaque fois pour une période de cinq ans.

La Réforme de 2018 a modifié l'art.52 de manière à ce que tous les permis de recherche soient attribués pour une période de cinq ans renouvelable une fois pour la même durée.

Au terme de l'art.67 du Code Minier de 2002, les permis d'exploitation étaient, quant à eux, attribués pour une période de 30 ans. La validité de ces permis a été réduite à une période de 25 ans, bien que renouvelable plusieurs fois, chaque fois pour une période de 15 ans.

Approbation préalable de l'Etat et frais d'enregistrement

Renforçant le contrôle régalien exercé sur les titulaires de titres miniers, la Réforme de 2018 établit une nouvelle obligation d'approbation préalable de l'Etat en cas de changement de contrôle, direct ou indirect, des titulaires de titres. Les nouveaux arts 185bis, 185ter et 185quater ont également été ajoutés pour traiter des cas de cession ou de transfert de droits. Aux termes des nouvelles dispositions, l'autorité compétente doit à présent approuver ou refuser la cession dans un délai de dix jours ouvrés.

Les cessions sont soumises à des frais d'enregistrement de 1 pour cent du prix de la cession, qui peut faire l'objet de contrôles de la part des autorités.

CONTENU LOCAL

Dans l'optique de développer une industrie locale en lien avec le secteur minier, la Réforme de 2018 introduit une obligation pour tout titulaire de permis miniers d'exploitation de traiter et de transformer localement les substances minérales en produits commercialisables (art.64bis).

Exceptionnellement et par périodes d'un an seulement, des dérogations peuvent être attribuées et, le cas échéant renouvelées, (i) s'il est démontré qu'il n'existe pas de possibilité de traitement des substances localement à un coût économiquement rentable pour le projet minier ; (ii) qu'un contrat de traitement à façon a été conclu avec une entreprise établie à l'étranger et ; (iii) contre paiement d'une taxe supplémentaire pour le traitement exceptionnel des substances minérales brutes dans un pays étranger (art.108ter). Le taux de ladite taxe doit être fixé par arrêté conjoint des ministres en charge des mines et des finances.

La Réforme de 2018 soumet aussi les titulaires de titres miniers à une obligation d'approvisionnement du marché domestique (art.266). Cette obligation vise à soutenir le développement de l'industrie locale de traitement et/ou de transformation de matières premières. La proportion dans laquelle l'Etat peut limiter le droit du titulaire d'un titre minier de vendre les substances minérales à l'étranger doit être précisée ultérieurement par arrêté conjoint des Ministres en charge des mines et de l'industrie.

Les activités de traitement et de transformation menées par le titulaire d'un titre minier, ou par les sous-traitants satisfaisant aux exigences de la Loi n°17/007 du 8 février 2017 sur les règles applicables à la sous-traitance dans le secteur privé (à savoir, être une entité congolaise et être détenue à 50 pour cent minimum par des nationaux), doivent bénéficier du même régime fiscal et douanier que les autres activités minières.

Prior approval of the state and registration fee

In an effort to strengthen state control over mining licence holders, the 2018 Revision now subjects any direct or indirect change of control of licence holders to prior state approval. New arts 185bis, 185ter and 185quater have also been added to deal with the assignment and transfer of rights.

Under the new provisions, the competent authority is now required to approve or refuse the assignment within 10 working days. Assignments are also subject to a 1 per cent registration fee on the price of the assignment, which is reviewable by the authorities.

LOCAL CONTENT

In order to favour the development of the local mining industry, the 2018 Revision adds an obligation for any mining exploitation licence holder to treat and process mineral substances into merchantable products locally (art.64bis).

Exemptions may only be granted and renewed on an annual basis if: (i) it is demonstrated that there is no possibility to treat the substances locally at a profitable cost; (ii) that a treatment contract was entered into with a firm established abroad and; (iii) upon payment of an additional tax for the exceptional treatment of raw mineral substances in a foreign country (art.108ter). The rate of such tax shall be set by a joint order of the ministers in charge of mines and finance.

The 2018 Revision also imposes an obligation on the mining licence holders to supply the local market (art.266). This obligation aims at supporting the development of the local treatment and/or processing industry. The proportion in which the state may limit the mining title holder's right to sell mineral substances abroad shall be further specified in a joint order of the ministers in charge of mines and of the industry.

The treatment and transformation activities conducted by the mining licence holder, or by subcontractors meeting the requirement of Law no.17/001 of 8 February 2017 on the rules applicable to subcontracting in the private sector (i.e. being a Congolese entity and having a minimum 50 per cent share in capital held by nationals), shall benefit from the same tax and customs regime as other mining activities.

CORPORATE SOCIAL AND INDUSTRIAL RESPONSIBILITY

The 2018 Revision not only reinforces environmental obligations of the investors, in line with the evolution of the DRC environmental framework in 2014 (i.e. through both the creation of the Agence Congolaise de l'Environnement (ACE) and the granting of environmental certificates by ACE (art.42)), but also introduces an obligation to take into consideration the social impact of mining activities.

The 2018 Revision now requires an environmental impact study (EIE), a social and environmental impact study (EIES), and a social and environmental management plan (PGES). In addition, investors will need to prepare, and seek approval, the *cahier des charges* they are committed to complying with during the lifetime of the project. The *cahier des charges* deals with the investor's commitment to social responsibility towards local communities affected by the project, and must be approved within six months from the granting of the mining exploitation licence (art.285).

The procedure for negotiation with the local community is set out in art.414 of the Mining Regulations and requires the *cahier des charges* to take the form of model set out in Annex XVII of the Mining Regulations.

With the aim of developing local communities, the 2018 Revision introduces an obligation for investors to make development contributions to the local communities (at a rate set to a minimum of 0.3 per cent of the annual turnover of the company), and reallocate part of the mining royalty (10 per cent) to a specific fund "for the future generations". The structure and functioning rules of this management fund shall be set by a decree of the Prime Minister and adopted by the Council of Ministers.

More generally, the 2018 Revision increases the burden of the mining licence holders' liability for all damages caused to people, goods and environment by the mining activities, even in the absence of proven fault or negligence (art.285bis). Moreover, there is no period of limitation for any such industrial liability claims (art.285).

INCREASED TAX AND CUSTOM BURDEN

Article 241 of the 2002 Mining Code has been amended to increase the rates of mining royalties. While the rates for standard raw building materials and for industrial minerals, solid hydrocarbons and other non-specified substances remain at 0 per cent and 1 per

RESPONSABILITE SOCIALE ET INDUSTRIELLE DE L'ENTREPRISE

La Réforme de 2018 non seulement renforce les obligations environnementales imposées aux investisseurs, en ligne avec l'évolution en 2014 du cadre environnemental de la RDC (avec la création de l'Agence Congolaise de l'Environnement (ACE) et l'attribution de certificats environnementaux par l'ACE (art.42)), mais introduit également une obligation de tenir compte des impacts sociaux.

La Réforme de 2018 exige désormais la conduite d'une étude d'impact non seulement environnemental (EIE) mais aussi social (EISE) et la mise en place d'un plan de management social et environnemental (PMSE). Les investisseurs doivent aussi rédiger, et faire approuver, dans les six (6) mois de l'attribution de leur permis d'exploitation, un cahier des charges qu'ils s'engagent à respecter pendant la conduite de leur projet et détaillant leur responsabilité sociale vis-à-vis des communautés locales affectées par le projet (arts 285).

La procédure de négociation avec la communauté locale est décrite à l'art.414 du Décret Minier, et le cahier des charges doit suivre le modèle figurant en Annexe XVII du même Décret Minier.

Dans le but de favoriser le développement des communautés locales, la Réforme de 2018 instaure aussi une obligation pour les investisseurs de s'acquitter d'une contribution au développement desdites communautés (le taux étant fixé à un minimum de 0,3 pour cent du bénéfice annuel de la société), et une redistribution d'une partie de la redevance minière (10 pour cent) à un fonds spécifique « pour les générations futures ». La structure et le fonctionnement de ce fonds de gestion devront être précisés par un décret du Premier ministre adopté en Conseil des ministres.

De façon plus générale, la Réforme de 2018 renforce également la responsabilité des titulaires de titres miniers pour tous les dommages causés aux personnes, aux biens et à l'environnement dans le cadre des activités minières, même en l'absence de faute ou de négligence démontrée du titulaire de titre (art.285bis). Ces actions en responsabilité industrielle sont imprescriptibles (art.285).

AUGMENTATION DE LA CHARGE FISCALE ET DOUANIÈRE

L'article 241 du Code Minier de 2002 a été amendé pour augmenter les taux de redevances minières. Alors que les taux applicables aux matériaux de construction d'usage courant et aux minéraux industriels, hydrocarbures solides

et autres substances non-précisées restent fixés à 0 pour cent et 1 pour cent respectivement, les taux applicables aux minéraux suivants ont été augmentés : fer et métaux ferreux (de 0,5 pour cent à 1 pour cent), métaux non-ferreux (de 2 pour cent à 3,5 pour cent), métaux précieux (de 2,5 pour cent à 3,5 pour cent), et pierres précieuses (de 4 pour cent à 6 pour cent).

Un nouveau niveau de taux de redevance minière de 10 pour cent a aussi été créé applicable aux « minéraux d'importance stratégique », dont la liste inclus le cobalt.

A noter, les taux de la redevance superficière ont été multipliés par dix (art.238).

La Réforme de 2018 introduit également des bonus de signature (art.220bis) et un pas-de-porte pour les permis d'exploitation minière relatifs à des périmètres où un gisement est déjà identifié (art.33bis).

La Réforme de 2018 modifie également la base de calcul de la redevance minière. Celle-ci n'est plus basée sur la valeur des ventes effectivement réalisées des produits commercialisables mais sur leur valeur brute de marché au moment où ils quittent le site ou les infrastructures de traitement pour être exportés (art.240). De plus, la Réforme de 2018 crée une nouvelle taxe spéciale sur les profits excédentaires (art.251A). Les profits correspondant à une marge supérieure de 25 pour cent par rapport au prix utilisé dans l'étude de faisabilité bancaire du projet sont désormais imposés à un taux de 50 pour cent.

Le Code Minier de 2002 contenait un régime préférentiel s'appliquant à l'importation des biens et des produits nécessaires au stade de l'exploration et de l'exploitation (art.232). La Réforme de 2018 conserve le taux de 2 pour cent pour la période précédant le commencement de l'exploitation effective de la mine, et le taux de 5 pour cent pour les biens et équipements nécessaires durant la période s'étendant du commencement d'exploitation effectif à la fin de la troisième année d'opération. Un taux supplémentaire de 10 pour cent de taxe à l'importation est créé pour les biens intermédiaires et autres consommables, tandis que les carburants et lubrifiants destinés aux activités minières sont maintenant soumis à une taxe à l'importation de 5 pour cent au lieu du taux antérieur de 3 pour cent.

EXIGENCES DE CAPITAL SOCIAL

Avant la Réforme de 2018, les investisseurs étaient tenus d'octroyer une participation non-diluable de 5 pour cent dans le capital social de la société au gouvernement de la RDC, sans frais, comme condition à l'octroi d'un permis d'exploitation minière (art.71). Cette participation a été portée à 10 pour cent, accompagnée d'une part

cent respectivement, the rates have been increased for iron and ferrous metals (from 0.5 per cent to 1 per cent), non-ferrous metals (from 2 per cent to 3.5 per cent), precious metals (from 2.5 per cent to 3.5 per cent), and precious stones (from 4 per cent to 6 per cent).

A new 10 per cent mining royalty rate has also been created for "minerals of strategic importance", a list of which includes cobalt.

Notably, the rates of the superficial royalty have been multiplied by 10 (art.238).

The 2018 Revision also introduces signature bonuses (art.220bis) and, *pas-de-porte* with respect to mining exploitation licences on perimeter where a deposit is already identified (art.33bis).

The 2018 Revision also modifies the basis for calculation of the mining royalty. It is no longer based on the value of the actual sales of the merchantable products but on their gross market value when they leave the site or the processing plant (art.240). Moreover, the 2018 Revision creates a new special tax on excessive profits (art.251A). Profits that are greater than 25 per cent of the price used in the bankable feasibility study for the project are now charged at a rate of 50 per cent.

The 2002 Mining Code included a preferential regime for the import of goods and products required at the stage of exploration and exploitation (art.232). The 2018 Revision has kept the 2 per cent rate for the period prior to the effective commencement of the exploitation work, and the rate of 5 per cent for goods and equipment necessary for the period from effective commencement up to the end of the third year of operation. An additional 10 per cent import tax rate has been created for all intermediate goods and other consumables, while all fuels and lubricants needed for mining activities are subject to a 5 per cent import tax rate instead of the former rate of 3 per cent.

SHARE CAPITAL REQUIREMENTS

Prior to the 2018 Revision, investors were required to transfer a non-dilutable 5 per cent stake in the share capital of the company to the DRC government, free of all charges, as a condition to the granting of a mining exploitation licence (art.71). This contribution has been increased to 10 per cent, with an additional 5 per cent

due for each renewal of the exploitation licence (art.80.h).

Significantly, pursuant to the 2018 Revision at least 10 per cent of the share capital in a mining company now must be held by a natural person of Congolese nationality (art.71).

OTHER FINANCIAL ASPECTS

During the amortisation phase of the investment, investors will now be required to repatriate 60 per cent of their export earnings to accounts held in the DRC, rising to 100 per cent after amortisation of the investment (art.269(1), (2) and (3)). This is to cover any domestic expenses to DRC residents, and cannot be used, for instance, to repay the investor's financing. The failure to do so will be sanctioned with a fine of 5 per cent of the amount not repatriated.

The 2018 Revision does, however, offer guarantees to the licence holders for the repurchase of local currency by the state and the Central Bank of DRC, in priority over other resident or non-resident entities (art.274).

With respect to the financing of mining projects, not less than 40 per cent of the project development funds must now be by way of capital injection by the investor (art.71(b)). This debt to equity ratio, taken together with the requirement to incorporate a separate mining company for each mining project, reinforces the focus on capital requirements for mining companies.

In addition, the registration fee to pay for a mortgage, which had been a fixed fee of \$200 under the 2002 Mining Code, is now subject to a sliding scale based fee with rates between 0,5 per cent and 0,1 per cent of the amount of the mortgage (art.171).

CONTRACTUAL STABILITY

Article 276 of the 2002 Mining Code provided investors with a contract stability mechanism that guaranteed the rights attached to or deriving from an exploration licence or mining exploitation licence. It included, but was not limited to, a guarantee of the tax, customs and foreign exchange regimes provided for in the 2002 Mining Code.

The guarantee had been for a period of 10 years from either the date of a modification of the 2002 Mining Code, or the granting of an exploitation licence granted by virtue of a valid exploration licence that existed on the date of entry of such a modification.

supplémentaire de 5 pour cent due à chaque renouvellement du titre d'exploitation (art.80.h)

A relever également, en vertu de la Réforme de 2018, au moins 10 pour cent du capital social d'une société minière doit désormais être détenu par une personne physique de nationalité congolaise (art.71).

AUTRES ASPECTS FINANCIERS

Durant la phase d'amortissement des investissements, les investisseurs sont tenus de rapatrier 60 pour cent de leurs revenus tirés de l'exportation dans leurs comptes ouverts en RDC, ce taux augmentant à 100 pour cent après l'amortissement des investissements (arts 269(1), (2) et (3)). Cette somme est destinée à couvrir toutes les dépenses domestiques auprès de résidents en RDC et ne peut être utilisée, par exemple, pour rembourser des financements à un investisseur non résident. Un manquement à cette disposition sera sanctionné d'une amende de 5 pour cent du montant non rapatrié.

La Réforme de 2018 offre cependant certaines garanties aux titulaires de titres pour le rachat par l'Etat et la Banque centrale de RDC de toute monnaie locale, en priorité sur les autres résidents ou non-résidents (art.274).

Dans le cadre de financement de projet minier, au moins 40 pour cent des fonds de développement du projet doivent être apportés par l'investisseur sous forme d'injection de capital (art.71(b)). Ce ratio dette/capital, considéré avec l'obligation de constituer une entité minière distincte pour chaque projet minier, renforce les exigences en matière de capital social des sociétés minières d'exploitation mentionnées ci-dessus.

Par ailleurs le droit d'enregistrement d'une hypothèque, qui était un montant fixe de \$200 en application du Code Minier de 2002, est converti dans la Réforme 2018 en une échelle variable avec des taux entre 0,5 pour cent et 0,1 pour cent applicable sur le montant de l'hypothèque (art.171).

STABILITE DU CONTRAT

L'article 276 du Code Minier de 2002 prévoyait un mécanisme de stabilité contractuelle qui garantissait aux investisseurs les droits attachés ou découlant d'un permis de recherche ou d'exploitation minière, y inclus, sans s'y limiter, la garantie de stabilité des régimes fiscaux, douaniers et de change prévu par le Code Minier de 2002.

La garantie était prévue pour une période de 10 ans à compter soit d'une date de modification du Code Minier de 2002 pour les permis d'exploitation existant, soit de la date d'octroi d'un permis d'exploitation délivré en vertu d'un

permis de recherche valide existant à la date d'entrée en vigueur de ladite modification.

La Réforme de 2018 a écourté cette période de garantie de 10 à cinq ans. Cela s'applique à la fois aux titres miniers d'exploration et d'exploitation.

REGLEMENT DES DIFFERENDS

Le Code Minier de 2002 prévoyait que les différends relatifs à l'interprétation ou à l'application du Code devaient être réglés conformément à l'un des mécanismes suivants :

- (a) pour les investisseurs ressortissants d'un Etat partie à la Convention du Centre International pour le Règlement des différends relatifs aux investissements (la « Convention CIRDI »), les différends devaient être réglés conformément à ladite Convention ;
- (b) pour les autres (c'est-à-dire, les investisseurs qui n'étaient pas ressortissants d'un Etat contractant à la Convention CIRDI), par tout tribunal arbitral de leur choix (art.319).

Les investisseurs relevant de (a) étaient considérés comme ayant consenti à l'arbitrage conformément à la Convention CIRDI dès l'octroi du titre minier (la convention d'arbitrage s'étendait à tout affilié de la société investisseuse, y compris les affiliés constitués conformément au droit de la RDC).

Les investisseurs relevant de (b) étaient tenus de fournir leur nom, adresse et les règlements du tribunal arbitral à la date d'octroi du titre minier.

L'article 15 de la Réforme de 2018 remplace les deux paragraphes de l'art.319 mentionnés ci-dessus. Cela a des conséquences principalement pour les investisseurs relevant de (b).

Les investisseurs qui ne sont pas ressortissants d'un Etat contractant à la Convention CIRDI ne sont plus autorisés à choisir un tribunal arbitral qui (i) est régi par les lois du pays d'origine de l'investisseur ; ou (ii) a son siège d'arbitrage dans son pays d'origine.

Sous réserve de ce qui précède, les investisseurs conservent leur droit de choisir un tribunal arbitral, mais ils doivent à présent offrir trois options à la RDC, qui aura alors trois mois pour choisir parmi ces trois options.

Il convient de noter qu'en plus d'être signataire de la Convention CIRDI, la RDC est, depuis 2015, un Etat contractant de la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères de 1958 (la « Convention de New York »).³ Toute sentence arbitrale étrangère serait donc

The 2018 Revision has reduced this guarantee period from 10 years to five years, and applies to both exploration and mining exploitation licences.

DISPUTE RESOLUTION

The 2002 Mining Code provided that disputes relating to the interpretation or application of the Code were to be settled in accordance with either of the following mechanisms:

- (a) for investors who were nationals of a contracting State to the Convention of the International Centre for Settlement of Investment Disputes (the "ICSID Convention"), disputes were to be resolved by arbitration, in accordance with the ICSID Convention;
- (b) for others (i.e. investors who were not nationals of a contracting state to the ICSID Convention), by any arbitral tribunal of their choice (art.319).

Investors under (a) were deemed to have consented to arbitration in accordance with the ICSID Convention upon the issuance of a mining licence (the agreement to arbitrate extended to any affiliate of the investor company, including affiliates incorporated under the laws of the DRC).

Investors under (b) were required to provide the name, address and regulations of the arbitral tribunal on the date of issuance of the mining licence.

Article 15 of the 2018 Revision replaces the final two paragraphs of art.319. This mainly affects investors under (b) above.

Investors who are not nationals of a contracting state to the ICSID Convention are no longer allowed to choose an arbitral tribunal that (i) is governed by the laws of the investor's home country; or (ii) has its seat of arbitration in the investor's home country.

Subject to the above, investors maintain their right to choose an arbitral tribunal, but they now must provide three options. The DRC will then have three months to pick between the three options provided by the investor.

It should be noted that, in addition to being a signatory to the ICSID Convention, the DRC has been a contracting State to the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1958 (the "New York Convention") since 2015. Any foreign commercial arbitral award would therefore be automatically enforceable in DRC, subject to the

DRC's reservations, i.e. (i) reciprocity (awards will be enforceable provided that they were handed down by an arbitral tribunal having its seat in the territory of a Contracting State); (ii) commerciality (only awards regarding matters that are considered to be "commercial matters" under national law will be recognised and enforced in the DRC); and finally (iii) that the New York Convention will not apply to disputes relating to immovable property.

It is arguable that the latter limitation may extend to disputes arising from mining rights.

ENTRY INTO FORCE

Transitional provisions specify that the 2018 Revision applies immediately to all valid mining licence holders and conventions in force at its date of promulgation.

An exceptional period of three (3) years is granted to companies that hold valid exploitation licences to start treating and processing mineral substances locally (art.342ter).

The 2018 Revision further provides that where a legal modification arises within a period of five (5) years from the entry into force of the 2018 Revision, the valid mining licences holders and conventions in force at the date of promulgation of the 2018 Revision will benefit from the five years stability guarantees on provisions relating to tax, customs and exchange control.

POTENTIAL CLAIMS ARISING OUT OF THE 2018 REVISION

Following the 2018 Revision, several, if not all, mining companies operating in the region have expressed concern and called upon the DRC to reconsider the Revision which has been criticised as "resource nationalism". At least one foreign investor has publicly threatened to bring an international arbitration claim against the DRC.

If they suffered a loss as a result of a violation of their specific rights under a contract (such as a concession agreement or mineral production sharing agreement) with the state or a state-owned entity, the foreign investor may bring a contractual claim before an international arbitral tribunal (provided the contract contains an arbitral clause).

automatiquement exécutoire en RDC, dans la limite des réserves émises par la RDC, à savoir (i) la réciprocité (les sentences seront exécutoires à condition qu'elles aient été rendues par un tribunal arbitral ayant son siège sur le territoire d'un Etat contractant) ; (ii) la commercialité (seules les sentences concernant des matières considérées « commerciales » en droit interne seront reconnues et exécutées en RDC) et enfin ; (iii) le caractère mobilier des biens litigieux (la Convention de New York ne s'applique pas aux litiges relatifs aux biens immeubles).

Cette dernière réserve pourrait s'étendre aux litiges relatifs aux droits miniers.

ENTREE EN VIGUEUR

Les dispositions transitoires précisent que la Réforme de 2018 s'applique immédiatement à tous les titulaires de titres et conventions miniers en vigueur à la date de sa promulgation.

Une période exceptionnelle de trois (3) ans est accordée aux sociétés qui détiennent des titres d'exploitation valides afin de commencer le traitement et la transformation des substances minérales localement (art.342ter).

La Réforme de 2018 prévoit en outre que dans le cas où un amendement législatif surviendrait durant une période de cinq (5) ans à partir de l'entrée en vigueur de la Réforme de 2018, les titulaires de titres miniers valides et les contrats en vigueur à la date de la promulgation de la Réforme de 2018 bénéficieront des garanties de stabilité du régime fiscal, douanier et de contrôle des changes.

RECOURS EVENTUELS DECOULANT DE LA REFORME DE 2018

Suite à la Réforme de 2018, plusieurs sociétés minières exerçant dans la région, si ce n'est pas la totalité d'entre elles, ont exprimé leur crainte et appelé la RDC à revoir la Réforme, critiquée au titre d'un « nationalisme des ressources ». Au moins un investisseur étranger a publiquement menacé d'introduire une demande d'arbitrage international contre la RDC.⁴

Si leurs investissements subissent une perte suite à une violation de leurs droits spécifiquement accordés au titre du contrat minier (convention de concession ou contrat de partage de production de minerai) ; conclu avec l'Etat ou une entité détenue par celui-ci, les investisseurs étrangers auront la possibilité d'introduire une réclamation au titre des droits contractuels figurant dans leurs contrats respectifs. Une telle réclamation contractuelle pourra être portée devant un tribunal arbitral international si le contrat contient une clause d'arbitrage.

Si les droits des investisseurs étrangers conférés par le Code Minier de 2002 sont affectés (tels que la protection contre l'expropriation offerte par l'art.275 du Code Minier de 2002), ils pourraient également tenter un arbitrage dit d'« investissement » devant un tribunal d'arbitrage constitué sous les règles CIRDI (sous réserve des dispositions de l'art.319 du Code Minier).

Enfin, si les investisseurs étrangers peuvent établir qu'ils ont subi un dommage du fait de la Réforme, ils pourraient également, sous certaines conditions, tenter une action contre l'Etat pour violation des protections prévues au sein des traités internationaux qui leur sont applicables. Il existe actuellement quinze traités bilatéraux d'investissement (TBI) signés par la RDC, dont quatre sont actuellement en vigueur : avec l'Allemagne, la France, la Suisse et les Etats-Unis d'Amérique.

En plus des TBIs, la RDC est aussi signataire de plusieurs accords d'investissement régionaux, y compris l'Accord d'investissement du COMESA (Marché Commun de l'Afrique Orientale et Australe⁵), et le Protocole sur la Finance et l'Investissement du SADC (Communauté de Développement de l'Afrique Australe⁶), qui contiennent tous deux d'importantes protections des investissements, ainsi que des dispositions pour l'arbitrage d'investissement.

Bien que l'étendue de la protection accordée aux termes des différents traités diffère, la plupart prévoient le droit pour les investisseurs d'être traités d'une manière « juste et équitable », et les protègent contre une expropriation illégale.

Au regard des changements majeurs apportés par la Réforme de 2018, il peut être soutenu que le droit des investisseurs étrangers d'être traités conformément au principe « juste et équitable », et plus particulièrement leurs attentes légitimes que la clause de stabilité en vigueur à l'époque du régime de 2002 serait applicable à leur investissement, a été compromise dans la mesure où la Réforme de 2018 a eu pour effet de priver substantiellement leurs investissements de leur valeur.

Il pourrait également être soutenu que l'effet de la Réforme de 2018 a été tel qu'il peut être qualifié d'« expropriation » des droits des investisseurs.

Il appartiendra aux investisseurs étrangers d'étudier avec attention les termes spécifiques des différents traités applicables afin de déterminer dans quelle mesure, eut égard à leurs cas spécifiques, ces derniers garantissent une protection de leur investissement. En particulier, il appartiendra aux investisseurs d'analyser, inter alia :

If the foreign investors' rights under the Mining Code were affected (such as protection against expropriation under art.275 of the 2002 Mining Code), they may also bring an investment arbitration claim before an ICSID arbitral tribunal (subject to art.319 of the 2002 Mining Code).

Finally, to the extent foreign investors can establish that they suffered damage pursuant to the 2018 Revision, they may also, under certain conditions, bring a claim against the state for breach of an international treaty protection. There are currently 15 bilateral investment treaties (BITs) signed by DRC, four of which are in force: with Germany, France, Switzerland and the United States of America.

In addition to BITs, the DRC is also signatory to several regional investment agreements, including the Investment Agreement for COMESA (Common Market for Eastern and Southern Africa), and the SADC Protocol on Finance and Investment (Southern Africa Development Community), both of which also contain substantive investment protections, as well as provisions for investment arbitration.

While the scope of the protections granted under the various treaties differs, most of them contain the right for the investors to be treated in a "fair and equitable" manner, and protect against illegal expropriation.

Following the major changes brought about by the 2018 Revision, it may be argued that the right of foreign investors to be treated in accordance with the "fair and equitable" standard, and more specifically their legitimate expectations that the stability clause in force at the time of the 2002 regime would be applicable to their investment, was impaired to the extent that the 2018 Revision resulted in substantially depriving the foreign investors' investments of their value.

It may also be argued that the effect of the 2018 Revision was such that it may be qualified as an "expropriation" of the investors' rights.

Foreign investors should carefully examine the specific terms of each of those various treaties applicable in the DRC in order to determine to what extent those treaties provide protection for their specific investment. In particular, investors should analyse:

- whether they qualify as an investor under the nationality requirements of the applicable treaty;
- whether they have an “investment” as defined under the applicable treaty;
- the scope of the protection(s) provided by the treaty, and in particular whether there is a Most Favoured Nation clause allowing qualified investors to benefit from the provisions of another treaty; and finally
- the dispute resolution mechanisms offered to the investors to settle their claims against the State under the applicable treaty: (i) before the local courts; (ii) before an ICSID arbitration tribunal; (iii) before an ad hoc arbitration tribunal; or/and (iv) any other alternative dispute resolution mechanism.
- s'ils remplissent les conditions de nationalité nécessaires de manière à bénéficier des dits traités ;
- s'ils disposent d'un « investissement » tel que défini au titre des traités respectifs ;
- l'étendue de la ou les protection(s) offerte par les traités, et notamment s'il existe une clause de la Nation la Plus Favorisée permettant aux investisseurs qualifiés de bénéficier des dispositions plus favorables d'un traité tiers ; et finalement
- les voies de recours possibles contre l'Etat au titre des traités: (i) devant les juridictions locales ; (ii) devant un tribunal arbitral constitué sous l'égide des règles CIRDI ; (iii) devant un tribunal ad hoc ; ou/et (iv) d'autres modes alternatifs de règlement des différends.

While the 2018 Revision has been the object of a lot of discussion in the press, it remains to be seen whether and to what extent it will result in litigation or international arbitration proceedings such as in some its neighboring African countries, renewing thereby the debate on the friction between the state's right to regulate v the protection of foreign investors.

Si la Réforme a déjà fait couler beaucoup d'encre, il reste à voir si elle sera à l'origine de contentieux ou arbitrages internationaux comme ce fut le cas notamment pour d'autres Etats africains, renouvelant ainsi le débat sur la friction entre le droit à régulation et la protection des investisseurs étrangers.

Notes

1. « Les représentants de Glencore ... estiment également que « plus personne n'investira dans le pays » si les autorités poursuivent les réformes annoncées. Très remontés, ils assurent qu'ils n'hésiteront pas à faire valoir leurs droits à la stabilité contractuelle en allant devant les tribunaux de la justice arbitrale internationale. » V. <https://www.jeuneafrique.com/mag/535388/economie/mines-le-nouveau-code-minier-inquiete-la-filiere-congolaise/> [consulté le 6 mai 2019]. Christophe Le Bec, « Mines : le nouveau code minier inquiète la filière congolaise », 2 mars 2018, *Jeune Afrique*. Randgold says prepared to take legal action against DRC mining code, 5 February 2018, *Financial Times*. V. <https://www.ft.com/content/4f8d6010-0a82-11e8-8eb7-42f857ea9f> [Consulté le 6 mai 2019].
2. « Un décret de la République démocratique du Congo (RDC), rendu public le 3 décembre, précise que le cobalt est inscrit sur la liste des minerais stratégiques. Résultat, la taxe appliquée à l'exportation du minerai passe à 10 pour cent. » Sylvie Rantrua, « Mon cher cobalt », 12 décembre 2018, *l'Usine Nouvelle*. V. <https://www.usinenouvelle.com/article/mon-cher-cobalt.N780994> [Consulté le 6 mai 2019].
3. La RDC a signé la Convention CIRDI le 29 octobre 1968 et l'a ratifiée le 29 avril 1970. Elle est entrée en vigueur en RDC le 29 mai 1970. V. <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/about/Database-of-Member-States.aspx> [consulté le 6 mai 2019]. La RDC a accédé à la Convention de New York le 5 novembre 2014 et l'a ratifiée le 3 février 2015. V. https://newyorkconvention1958.org/index.php?l=cmspage&pageid=4&menu=671&opac_view=-1# [Consulté le 6 mai 2019].
4. Randgold says prepared to take legal action against DRC mining code, 5 February 2018, *Financial Times*. V. <https://www.ft.com/content/4f8d6010-0a82-11e8-8eb7-42f857ea9f> [consulté le 6 mai 2019]. MMG Joins Glencore, ERG Reviewing Congo Plans After Tax Hike, 3 April 2019, *Bloomberg*. V. <https://www.bloomberg.com/news/articles/2019-04-03/mmg-joins-glencore-erg-in-reviewing-congo-plans-after-tax-hike> [consulté le 6 mai 2019]. Congo miners seek concessions in new code as arbitration on hold, 12 October 2018, *Mining.com*. V. <http://www.mining.com/web/congo-miners-seek-concessions-new-code-arbitration-hold/> [Consulté le 6 mai 2019].
5. Les membres du COMESA sont, outre la RDC, le Burundi, les Comores, Djibouti, l'Egypte, l'Erythrée, l'Ethiopie, l'Ile Maurice, le Kenya, la Libye, Madagascar, le Malawi, l'Ouganda, le Rwanda, les Seychelles, le Soudan, le Swaziland, la Zambie et le Zimbabwe.
6. Les Membres du SADC sont, outre la RDC, l'Angola, l'Ile Maurice, le Lesotho, Madagascar et le Malawi.