

Brèves observations sur le concept d'amodiation en matière minière

Fréquemment pratiquée en matière minière dans de très nombreux pays d'Afrique de tradition civiliste dont notamment la République Démocratique du Congo, la République du Niger, la République centrafricaine ou encore la République de Guinée.

l'amodiation présente des enjeux importants pour les Etats et les investisseurs. Flexible par nature, elle permet à un titulaire de conserver son titre tout en transférant les droits et obligations miniers en découlant à un tiers contre rémunération.

Q1 : QU'EST-CE QU'UNE AMODIATION ?

AI : Souvent présentée comme une vente de meubles par anticipation, comparée à une location – avec laquelle elle n'entretient qu'une lointaine parenté –, ou à un quasi-usufruit, – dont elle ne présente pas toutes les caractéristiques –, l'amodiation est en réalité un mécanisme original qui trouve son origine au Moyen-Âge. Initialement pratiquée en matière agricole, elle correspond à la situation dans laquelle le titulaire d'un droit d'exploitation le transfère, en tout ou partie, à un tiers, généralement avec les obligations qui s'y rattachent, en contrepartie du versement d'une redevance.

En matière minière, l'amodiation est un contrat par lequel le titulaire [dénommé amodiant] d'un titre minier d'exploitation transfère à un tiers [dénommé amodiataire], en tout ou partie, le droit d'exploiter une mine et les obligations [juridiques, fiscales, environnementales, communautaires] qui en découlent sur le périmètre amodié en contrepartie du versement d'une redevance.

C'est dire que l'amodiation se distingue nettement de la cession du titre minier puisque l'amodiant ne cède pas son titre minier. Il cède uniquement les droits et obligations qui en découlent. Or, ces droits sont considérables car ils confèrent à l'amodiataire le droit d'extraire les substances concédées, d'en devenir propriétaire et de les vendre.

En pratique, de nombreuses opérations ou actes peuvent, volontairement ou non, organiser une amodiation : contrat d'amodiation ; accord de joint-venture ; pactes d'actionnaires ; contrat de cession d'actions ou de parts sociales ; accord de principe / MoU ; etc.

Bien qu'il existe des différences entre ces deux notions, l'amodiation trouve son équivalent dans la technique du farm-out.

*Écrit par Bruno Gay, Avocat à la Cour, De Gaulle Fleurance & Associés, un cabinet d'avocats du Panel de conseillers juridiques de l'ALSF.

Q2 : L'AMODIATION PRÉSENTE-T-ELLE DES RISQUES ?

A2 : L'amodiation présente un risque immédiat pour les Etats : le transfert des droits et obligations miniers par l'amodiant à l'amodiataire a pour effet de substituer au titulaire [amodiant] – auquel l'Etat avait ab initio concédé des droits miniers – un tiers dont les capacités techniques et financières doivent être évaluées, ou que l'Etat n'entend tout simplement pas autoriser à exploiter ses ressources minières pour de multiples raisons, notamment réputationnelles.

Mais elle présente également, lorsqu'elle est irrégulière, un risque important pour l'amodiant et l'amodiataire eux-mêmes. En effet, l'Etat exerce sa pleine souveraineté sur ses ressources naturelles. Il en résulte que de telles amodiations doivent le plus souvent être préalablement autorisées par l'Etat et que toute amodiation irrégulière – ou amodiation de fait – qui interviendrait en l'absence d'autorisation, pourrait faire l'objet de sanctions particulièrement vigoureuses : d'une part, les amodiations de fait seront réputées nulles ou inopposables à l'Etat et, d'autre part, le titre minier détenu par l'amodiant pourra faire l'objet d'un retrait.

Ce sont donc à la fois l'amodiant et l'amodiataire qui supporteront les risques liés à la mise en place d'une amodiation irrégulière.

L'amodiation est donc un mécanisme intéressant et flexible mais il peut être risqué pour l'ensemble des parties prenantes.

Q3 : QUELLES SONT LES CONSÉQUENCES DE L'AMODIATION EN MATIÈRE DE RESPONSABILITÉ DE L'AMODIANT ET DE L'AMODIATAIRE ?

A3 : La réponse à cette question varie selon les législations. Alors que certaines législations prévoient une solidarité légale, totale ou partielle – limitée par exemple à la matière fiscale ou environnementale –, entre amodiant et amodiataire afin de neutraliser les effets potentiellement défavorables pour l'Etat de clauses contractuelles exonératoires ou limitatives de responsabilité stipulées dans le contrat d'amodiation, d'autres ne l'envisagent pas et le débat portera alors davantage sur la question de savoir si l'approbation par l'Etat du contrat d'amodiation a pour effet de valider ces clauses limitatives ou exonératoires et de les lui rendre opposables, ou non.

Q4 : L'AMODIATION SOULÈVE-T-ELLE D'AUTRES QUESTIONS SUSCEPTIBLES DE PORTER ATTEINTE AUX INTÉRÊTS DES ETATS ?

A4 : L'amodiation soulève de très nombreuses questions de droit mais l'une d'entre elle, qui entretient une relation étroite avec le droit des sociétés, nous semble devoir être évoquée.

Les législations minières prévoient le plus souvent que l'Etat a le droit de se voir octroyer une participation minoritaire, gratuite et non-diluable au capital de la société titulaire d'un titre minier d'exploitation.

Les objectifs d'une telle participation sont au nombre de quatre : permettre, en premier lieu, à l'Etat d'obtenir les informations destinées aux actionnaires de la société ; lui permettre, en deuxième lieu, d'être représenté au sein des organes d'administration (avec ou sans droit de vote) ou de direction de cette société ; en troisième lieu, lui réserver, lorsqu'une distribution devient possible, la part de dividende qui lui revient ; et, en quatrième et dernier lieu, lui permettre de réaliser une plus-value de cession d'un montant potentiellement important lorsque le droit minier répute cette participation cessible.

Or, lorsqu'une amodiation est mise en place, les revenus ne sont plus générés par le titulaire du titre d'exploitation mais bien par l'amodiatore auquel le titulaire-amodiant a transféré ses droits et obligations. C'est dire que les revenus d'exploitation seront appréhendés par l'amodiatore alors que l'amodiant ne percevra que la redevance d'amodiation contractuellement convenue. Les dividendes reçus ou la plus-value réalisée par l'Etat s'il demeure actionnaire de l'amodiant seront donc beaucoup plus faibles que s'il était devenu actionnaire de l'amodiatore.

Les Etats pourraient donc utilement auditer et, si besoin, amender leurs législations afin de se prémunir contre les effets défavorables de tels mécanismes. Ils peuvent également, lorsque cela est possible, user de mécanismes de renégociation contractuels pour tenter de rééquilibrer leurs contrats.

Q5 : LES AMODIATIONS PEUVENT-ELLES ÊTRE AFFECTÉES PAR LA CRISE ENGENDRÉE PAR LA COVID-19 ?

A5 : La crise sanitaire a certainement un impact sur les amodiations, actuelles et futures. S'agissant des amodiations futures, il est vraisemblable qu'elles

ont été ou seront différées à la demande de l'amodiatore pressenti, qui pourrait être dans l'incapacité d'exécuter ses obligations d'exploitation du fait du caractère international de la crise [démobilisation / remobilisation d'équipes internationales de sous-traitants, ruptures d'approvisionnements en provenance de l'étranger, licenciements économiques ou rupture de contrats de consultants internationaux, confinement et couvre-feu locaux, variation des cours des devises et des matières premières, etc.].

S'agissant des amodiations actuelles, certains effets de la crise sanitaire sont susceptibles de constituer un événement de force majeure. Or, la caractérisation de la force majeure est très factuelle. Les Etats doivent donc, en premier lieu, analyser l'ensemble de leurs contrats et conventions pour apprécier si tel ou tel événement peut juridiquement constituer un événement de force majeure. L'analyse variera selon que la clause de force majeure est énumérative – elle stipule un ensemble d'événements réputés constituer, en tant que tel, des événements de force majeure, peu important la définition de la force majeure [irrésistibilité, imprévisibilité, extériorité] – ou indicative – les événements censés constituer un événement de force majeure a priori sont des exemples et devront, en tout état de cause, répondre aux caractéristiques de la force majeure.

Une fois la force majeure caractérisée, il conviendra de s'interroger sur le point de savoir si elle bénéficie à l'amodiant, à l'amodiatore ou aux deux. En effet, certaines législations prévoient une solidarité entre amodiant et amodiatore et l'Etat pourrait souhaiter enjoindre à l'amodiant d'exécuter une obligation qui est

**Écrit par Bruno Gay, Avocat à la Cour, De Gaulle Fleurance & Associés, un cabinet d'avocats du Panel de conseillers juridiques de l'ALSF.*

devenue insusceptible d'exécution par l'amodiataire, et vice versa. La question de savoir qui, entre amodiant et amodiataire, peut invoquer le bénéfice de la force majeure devient donc une question majeure pour l'Etat. Une analyse précise du contenu obligationnel des accords conclus et des obligations légales pesant sur l'amodiant et/ou l'amodiataire devient alors indispensable. Enfin, il convient de rappeler qu'en tout état de cause, les obligations de payer une somme d'argent ne bénéficient jamais de l'excuse de force majeure.

De nombreuses questions demeurent à résoudre concernant l'amodiation, mais une crise, aussi délétère soit-elle, doit, selon nous, inciter les Etats :

- à analyser objectivement la pertinence, l'intelligibilité et l'efficacité de leur législation minière en matière d'amodiation ;
- à apprécier si les procédures de négociation, d'approbation et de contrôle, légales ou contractuelles, des amodiations sont efficaces et applicables en pratique ; et
- à auditer les conventions existantes
- et notamment les clauses de force majeure, d'adaptation et de renégociation, d'imprévision et de règlement des différends, afin d'évaluer objectivement les conséquences de la survenance d'événements exceptionnels sur ces amodiations.



Pour plus d'informations concernant la mission de l'ALSF, veuillez consulter notre site web, **www.aflsf.org**. Pour toute question concernant le secteur du pétrole et du gaz et/ou pour soumettre une demande officielle d'assistance, veuillez contacter : **alsf@afdb.org**.

Avis de non-responsabilité : La Facilité africaine de soutien juridique ne peut être tenue pour responsable des erreurs ou des conséquences découlant de l'utilisation des informations contenues dans cette publication. Les expressions employées dans cette publication ne suggèrent ni n'impliquent aucun avis de la part de l'ALSF concernant le statut juridique de tout pays ou territoire ou la délimitation de ses frontières. Tous droits réservés. Ce document peut être librement cité ou reproduit, en partie ou en totalité, à condition que la source soit mentionnée.

**Ecrit par Bruno Gay, Avocat à la Cour, De Gaulle Fleurance & Associés, un cabinet d'avocats du Panel de conseillers juridiques de l'ALSF.*