

Les outils de l'OCDE pour le développement

Principes directeurs pour des contrats extractifs durables



Les outils de l'OCDE pour le développement

Principes directeurs pour des contrats extractifs durables

Cet ouvrage est publié sous la responsabilité du Secrétaire général de l'OCDE. Les opinions et les arguments exprimés ici ne reflètent pas nécessairement les vues officielles des pays membres de l'OCDE ou de son Centre de développement.

Ce document, ainsi que les données et cartes qu'il peut comprendre, sont sans préjudice du statut de tout territoire, de la souveraineté s'exerçant sur ce dernier, du tracé des frontières et limites internationales, et du nom de tout territoire, ville ou région.

Merci de citer cet ouvrage comme suit :

OCDE (2021), *Principes directeurs pour des contrats extractifs durables*, Les outils de l'OCDE pour le développement, Éditions OCDE, Paris, <https://doi.org/10.1787/a8b62058-fr>.

ISBN 978-92-64-91033-1 (pdf)

Les outils de l'OCDE pour le développement

ISSN 2518-6256 (imprimé)

ISSN 2518-3710 (en ligne)

Crédits photo : Cover © m.wolf/shutterstock.com.

Les corrigenda des publications sont disponibles sur : www.oecd.org/about/publishing/corrigenda.htm.

© OCDE 2021

L'utilisation de ce contenu, qu'il soit numérique ou imprimé, est régie par les conditions d'utilisation suivantes : <http://www.oecd.org/fr/conditionsdutilisation>.

Avant-propos

Ces *Principes directeurs* énoncent huit principes fournissant des orientations sur la façon de développer des projets de développement des ressources naturelles qui reflètent l'équilibre de risques et rétributions sous-tendant les contrats durables, tout en prenant en compte, dès le début, les intérêts et préoccupations des communautés. Ils visent en outre à aider les gouvernements des pays hôtes et les investisseurs à expliquer le contenu du contrat au public, contribuant ainsi à surmonter les tensions entre les parties prenantes.

Ces *Principes directeurs* sont le fruit d'un processus ouvert, intense et enrichissant, incluant des consultations multipartites hébergées par le Centre de développement de l'OCDE entre décembre 2015 et juin 2019. Ils sont élaborés dans le cadre de l'Axe de travail 3 du Dialogue de l'OCDE sur les politiques de développement axé sur les ressources naturelles, consacré à l'« Obtention de contrats plus avantageux ».

Une première ébauche de ces *Principes directeurs* a été élaborée par le Centre de développement de l'OCDE, en qualité de Secrétariat du Dialogue sur les politiques de développement axé sur les ressources naturelles, et examinée lors de la Septième réunion plénière du Dialogue sur les politiques de développement axé sur les ressources naturelles, organisée le 30 novembre 2016 à l'OCDE, à Paris. À l'issue de cette réunion, ces *Principes directeurs* ont été révisés par le Centre de développement de l'OCDE et ont bénéficié des contributions de parties intéressées, qui se sont réunies par téléconférence afin de réviser les versions suivantes les 31 janvier, 28 mars et 2 mai 2017.

Ce processus de consultation multipartite réunissait des spécialistes au sein des gouvernements, le secteur privé, la société civile et des organisations internationales. Dans le cadre de ce processus de consultation, un atelier multipartite informel d'experts s'est tenu le 7 avril 2017 à l'OCDE, à Paris. Une version provisoire des *Principes directeurs* a ensuite été soumise pour examen lors de la Consultation multipartite de la Huitième réunion plénière du Dialogue sur les politiques de développement axé sur les ressources naturelles, organisée le 17 juin 2017 à l'OCDE, à Paris ; cette version a fait l'objet de nouvelles révisions suite aux téléconférences organisées les 25 juillet et 30 novembre 2017.

Lors de sa 4^e réunion de haut niveau, le 3 octobre 2017, le Comité directeur du Centre de développement de l'OCDE a par ailleurs encouragé le Centre de développement à : « élaborer, dans le cadre d'un processus participatif ouvert et inclusif, et en s'appuyant sur l'expérience des initiatives internationales pertinentes, des principes directeurs pour des contrats extractifs durables, afin de fournir aux gouvernements des pays hôtes et aux investisseurs une référence commune leur permettant d'établir des relations durables, équitables et mutuellement avantageuses »¹.

Une version provisoire avancée des *Principes directeurs* a été examinée lors de la Neuvième réunion plénière du Dialogue sur les politiques de développement axé sur les ressources naturelles, qui s'est tenue du 31 janvier au 1^{er} février 2018, et simultanément soumise pour consultation publique en ligne entre janvier et mars 2018. L'ensemble des commentaires reçus lors de cette Neuvième réunion plénière et durant la phase de consultation publique ont été examinés et traités collectivement lors de deux ateliers multipartites d'experts organisés les 26 juin et 11 décembre 2018, suivis de quatre téléconférences les 20 février, 20 mars, 17 avril, et 22 mai 2019.

Suite à l'examen collectif de l'ensemble des commentaires issus de la consultation publique et des contributions supplémentaires des parties prenantes, ces *Principes directeurs* ont été présentés et approuvés lors de la Douzième réunion plénière du Dialogue sur les politiques de développement axé sur les ressources naturelles, les 20 et 21 juin 2019.

Les participants de cette Douzième réunion plénière ont accueilli très favorablement ces *Principes directeurs*, soulignant leur grande valeur ajoutée et le caractère opportun de leur finalisation pour soutenir la mise en œuvre de la nouvelle exigence de l'Initiative pour la transparence dans les industries extractives (ITIE) de divulguer les contrats et de réduire les litiges susceptibles de nécessiter un arbitrage entre investisseurs et États.

Les fournisseurs de service d'appui aux négociations, tels que CONNEX, la Facilité africaine de soutien juridique et le Secrétariat du Commonwealth, sont convenus d'utiliser ces *Principes directeurs* dans le cadre de leurs actions de soutien et programmes en cours dans les pays en développement, et reconnaissent le rôle que ces principes peuvent jouer dans la réduction de l'asymétrie d'information et le renforcement des capacités des gouvernements pour la négociation des contrats.

Le 10 février 2020, le Comité directeur du Centre de développement de l'OCDE :

- I. **A APPROUVÉ** les *Principes directeurs pour des contrats extractifs durables*, élaborés dans le cadre du Dialogue du Centre de développement sur les politiques de développement axé sur les ressources naturelles ;
- II. **A CONSTATÉ AVEC SATISFACTION** le rôle capital de l'engagement tripartite, par le biais du dialogue impliquant plusieurs parties prenantes, des échanges d'expériences, et de la bonne foi dans les négociations entre gouvernements des pays hôtes, industriels et société civile, comme moyens efficaces de promouvoir la compréhension réciproque, d'instaurer un climat susceptible de renforcer la confiance mutuelle, et d'œuvrer en faveur de solutions mutuellement avantageuses et de meilleurs résultats de développement ;
- III. **A INVITÉ** le Dialogue sur les politiques de développement axé sur les ressources naturelles à soutenir ces Principes directeurs, notamment par :
 - i. la promotion active des Principes directeurs, en particulier pour la négociation des contrats extractifs ;
 - ii. le partage des meilleures pratiques et des approches novatrices pour la négociation de contrats extractifs équilibrés ;
 - iii. la collaboration le cas échéant, avec des organisations partenaires concernant l'utilisation des Principes directeurs ; et
 - iv. l'examen des expériences relatives aux Principes directeurs, et de la nécessité éventuelle d'y apporter des ajustements.

Éditorial

Les *Principes directeurs pour des contrats extractifs durables* constituent un important accomplissement pour le Centre de développement de l'OCDE, comme pour la communauté du développement dans son ensemble, et ce à trois principaux égards.

Tout d'abord, ils abordent la délicate question de savoir comment négocier un accord équitable entre les gouvernements, les investisseurs, *mais aussi* pour les communautés. Des contrats déséquilibrés ne sauraient en effet être durables : ils créent des relations tendues entre gouvernements et investisseurs, en plus d'être souvent source de conflits sociaux autour des projets extractifs. Or, les contrats peuvent favoriser de bons résultats sur le plan du développement s'ils garantissent un partage équitable des bénéfices entre gouvernements, investisseurs et communautés, et ce tout au long du cycle de vie du projet et quelle que soit la variation des résultats et des conditions du marché. Ces *Principes directeurs* nous orientent précisément sur les moyens d'y parvenir.

Ensuite, ces *Principes directeurs* constituent, avec l'aval du Comité directeur du Centre de développement, un outil sans précédent qui reflète le terrain d'entente trouvé par ses 56 membres, dont 27 pays de l'OCDE et 29 économies émergentes ou en développement. Ils témoignent de la façon dont le Centre de développement de l'OCDE offre, de par sa composition unique, un forum politique permettant à des pays d'une grande diversité non seulement de discuter, sur un pied d'égalité, de questions d'intérêt mutuel, mais aussi d'établir un consensus et de chercher des approches novatrices face aux défis du développement.

Enfin, ces *Principes directeurs* sont le fruit des efforts concertés des gouvernements, de l'industrie, de la société civile, des experts et des organisations internationales. Ce processus multipartite est déjà une réussite en soi, chaque acteur étant arrivé à la table des discussions avec des points de vue différents, parfois même divergents. Au début, un certain déficit de confiance s'est fait sentir parmi les parties prenantes. En sa qualité de facilitateur, le Centre de développement a sur ce plan joué un rôle capital, en s'attachant à rapprocher les différentes positions. Dans le cadre d'un dialogue ouvert et transparent, les participants se sont alors réellement efforcés de comprendre les motivations et positions des uns et des autres, afin de parvenir à des solutions communes.

Loin de se contenter du plus petit dénominateur commun, ces *Principes directeurs* offrent une vision prospective. Ils entendent faciliter une compréhension commune parmi les parties au contrat de la manière d'aborder les aspects difficiles de leurs relations, en leur indiquant comment surmonter les tensions et traiter les questions litigieuses pendant les négociations. Les approches recommandées sont destinées à maintenir l'alignement des intérêts tout au long du cycle de vie du projet extractif, reflétant un équilibre des risques et rétributions partagés entre les gouvernements, les investisseurs et les communautés.

En approuvant ces *Principes directeurs*, le Comité directeur reconnaît l'importance, la pertinence et les premiers effets de cet outil, apportant ainsi son soutien politique à leur utilisation pour la négociation de contrats extractifs durables.

En ma qualité de Président du Comité directeur, permettez-moi d'exprimer le souhait que ces *Principes directeurs* deviennent une référence commune pour la négociation de contrats extractifs durables et pérennes, aboutissant à de meilleurs résultats pour le développement.

Monsieur l'Ambassadeur Manuel Escudero
Président du Comité directeur, Centre de développement de l'OCDE

Remerciements

Ces travaux sont nés de la proposition de l'Afrique du Sud d'identifier les principales caractéristiques des contrats extractifs durables, ainsi que de l'analyse préliminaire des pratiques contractuelles, réalisée par le Centre de développement de l'OCDE en 2015.

La première ébauche de ces *Principes directeurs* a été élaborée par le Centre de développement de l'OCDE, en qualité de Secrétariat (Dr Lahra Liberti, Chef de l'Unité Ressources naturelles et développement, avec l'aide d'Elliot Smith, analyste juridique de cette même unité). Les versions ultérieures de ces *Principes directeurs*, élaborées par le Secrétariat, ont bénéficié des contributions reçues au cours du processus de consultation multipartite mené entre décembre 2015 et juin 2019.

Le Centre de développement de l'OCDE souhaite faire part de sa profonde reconnaissance et de sa vive gratitude à tous ceux qui ont inspiré et contribué à cette réalisation collective, en participant en toute bonne foi aux débats et en contribuant sans ménager leurs efforts à cet exercice complexe, mais si gratifiant. Le Centre de développement de l'OCDE souhaite en particulier reconnaître la participation constructive et la qualité des précieuses contributions de : M. Anozie Awambu, Crestle Zanders Legal Practitioners ; M. Joseph Bell, International Senior Lawyers Project (ISLP) ; M. David Bertoch, Exxon Mobil ; Mme Charlotte Bisley, Social Clarity ; M. Peter Cameron, University of Dundee ; M. Ian Coles, Mayer Brown LLP ; M. Philip Daniel, University of Dundee ; M. Natty Davis, Devin Corporation ; M. Daniel Devlin, Fonds monétaire international (FMI), ancien membre du Centre de politique et d'administration fiscales de l'OCDE ; M. Boris Dolgonos, Jones Day ; Mme Katerina Drisi, membre de l'International Senior Lawyers Project (ISLP) ; M. Darryl Egbert, Exxon Mobil ; M. Laurent Elizabe, Exxon Mobil ; Mme Alache Fisho, Secrétariat du Commonwealth ; M. Marc Frilet, Institut français d'experts juridiques internationaux (IFEJI) ; M. Ken Haddow, Kenneth Haddow Associates LTD ; M. Doug Kerins, Exxon Mobil ; Mme Christina Konvicka, Exxon Mobil ; Mme Laura Logan, Exxon Mobil ; M. Herbert M'Cleod, International Growth Centre, Sierra Leone ; M. Mosa Mabuza, Département des ressources minières, Afrique du Sud ; Dr Howard Mann, Institut international du développement durable (IISD)/Forum intergouvernemental sur l'exploitation minière, les minéraux, les métaux et le développement durable (IGF) ; Mme Lizelle Marwick, AngloGold Ashanti ; M. Serge Matesco, Matesco and Partners ; Mme Katherine Mulhern, ancien membre de l'International Senior Lawyers Project (ISLP) ; Dr Carole Nakhle, Crystal Energy ; Mme Paula Norman, Exxon Mobil ; Dr Timothy Okon, ministère des Ressources pétrolières, République fédérale du Nigéria ; Prof. Fabien N'kot, République du Cameroun ; M. Günther Nooke, BMZ, République fédérale d'Allemagne ; Mme Naadira Ogeer, Secrétariat du Commonwealth ; M. Robert Pitman, Natural Resource Governance Institute (NRGI) ; Dr Oral Rainford, ministère des Transports et des Mines, Jamaïque ; M. James Reynolds, International Senior Lawyers Project (ISLP) ; M. Sam Russ, anciennement au ministère des Terres, Mines et Énergie, République du Libéria ; M. Mandakhbat Sereenov, ministère des Affaires étrangères, Mongolie ; M. Amir Shafaie, Natural Resource Governance Institute (NRGI) ; M. Amir Shaikh, Facilité africaine de soutien juridique (ASLF) ; M. Iain Steel, Overseas Development Institute (ODI) ; Mme Salli Anne Swartz, Artus Wise LLP ; M. Nava Touré, ministère des Mines, République de Guinée ; Mme Anna Theeuwes, Shell International ; Mme Perrine Toledano, Columbia Center on Sustainable Investment (CCSI) ; Prof. Louis Wells, Harvard Business School ; Mme Juliane Weymann, Extractives for Development, GIZ, République fédérale d'Allemagne ; et M. Joseph Williams, Natural Resource Governance Institute (NRGI).

Table des matières

Avant-propos	3
Éditorial.....	5
Remerciements.....	6
Contexte.....	8
Principe directeur I	9
Principe directeur II.....	10
Principe directeur III	12
Principe directeur IV	14
Principe directeur V	16
Principe directeur VI	17
Principe directeur VII.....	18
Principe directeur VIII	20
Note	23
Références choisies	23

Contexte

Ces *Principes directeurs* ont été élaborés par le Centre de développement de l'OCDE pour fournir aux pays en développement riches en ressources et aux investisseurs amenés à négocier des contrats extractifs une référence commune afin d'établir des relations durables, équitables et mutuellement avantageuses. Ils sont le fruit d'un processus incluant des consultations multipartites accueillies par le Centre de développement de l'OCDE entre décembre 2015 et juin 2019.

La valeur de contrats extractifs d'exploration et de production équilibrés, et donc plus durables, est indiscutable. Ces *Principes directeurs* visent à fournir des orientations sur le contenu et la négociation de contrats extractifs d'exploration et de production mutuellement avantageux, durables, et donc pérennes, et à réduire ainsi les risques ultérieurs de litiges et de demandes de renégociation par l'une ou l'autre partie. Ils sont destinés à aider les gouvernements des pays hôtes et les investisseurs à :

- i. structurer leur relation continue de manière intégrée afin de promouvoir un développement durable à long terme, tout en attirant et en maintenant les investissements ;
- ii. favoriser l'alignement des attentes et la convergence vers les objectifs convenus ;
- iii. fournir des mécanismes à même de s'adapter et de répondre de manière prévisible à des changements de conjoncture potentiellement significatifs ;
- iv. instaurer un climat susceptible de renforcer la confiance mutuelle et de réduire les risques pour les deux parties ; et
- v. garantir une part équitable des bénéfices du développement des ressources à toutes les parties au contrat et optimiser la valeur tirée dudit développement des ressources au moyen de contrats et d'opérations équitables, durables et mutuellement avantageux.

Ces Principes directeurs se fondent sur le principe de souveraineté permanente sur les ressources naturelles, tel que reconnu le 14 décembre 1962 par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 1803 (XVII).

Il est reconnu qu'un cadre législatif solide, doté de lois et de réglementations exhaustives, définissant les conditions d'application générale pour les activités extractives et le traitement non discriminatoire des investisseurs, et limitant la portée des dispositions spécifiquement négociées par projet, offre un socle plus solide sur lequel chaque pays peut gérer ses industries extractives en fonction de ses priorités nationales, améliorant ainsi la transparence et la redevabilité en renforçant l'équilibre institutionnel, réduisant les coûts administratifs et potentiellement les risques perçus par les investisseurs.

Il existe une grande variété de systèmes d'attribution des droits d'exploration et de production pétrolières, gazières et minières. Ces Principes sont sans préjudice du choix du mécanisme d'attribution privilégié. Ils n'impliquent en outre pas de préférence pour les régimes contractuels par rapport aux systèmes législatifs à dispositions non négociables.

Dans la pratique, les accords négociés sont plus couramment utilisés dans les pays où les systèmes législatifs ne sont pas encore totalement développés. Même dans les juridictions où des régimes législatifs bien établis régissent la relation entre gouvernements des pays hôtes et investisseurs, et réglementent la majorité des contrats extractifs d'exploration et de

production, le cadre législatif national peut toujours laisser la possibilité d'éléments négociables, en particulier pour les gros investissements et les projets complexes.

Dans certains cas, la renégociation peut se justifier pour éviter que les différends ne dégénèrent en litige, les contrats n'étant pas en mesure d'anticiper toutes les éventualités au moment de leur négociation. Ces Principes visent à fournir des orientations sur le contenu et la négociation de contrats extractifs mutuellement avantageux, durables, et donc pérennes, et à réduire ainsi les risques ultérieurs de litiges et de demandes de renégociation par l'une ou l'autre partie.

Reconnaissant les bénéfices de la transparence et de la communication d'informations dans le secteur extractif, les parties doivent anticiper, durant le processus de négociation, la divulgation publique des contrats qu'elles signeront, conformément aux bonnes pratiques internationales, en tenant dûment compte à la fois de la protection des informations confidentielles ou commercialement sensibles, et de l'intérêt public à la transparence. Le fait d'accepter de publier les contrats ajoute au processus de négociation une dimension importante de redevabilité *a posteriori*. Cela signifie que les parties prenantes négocieront et rédigeront vraisemblablement les termes de leurs contrats de manière à garantir qu'ils puissent résister à un examen public et commercial.

Il existe une complémentarité entre ces Principes et les outils développés dans le cadre du Dialogue de l'OCDE sur les politiques de développement axé sur les ressources naturelles pour favoriser la mise en œuvre de stratégies collaboratives au service de la création de valeur partagée au niveau du pays. Parmi ces outils, citons ceux destinés : à identifier, prévenir et pallier le risque accru de corruption lorsque l'attribution des droits miniers, pétroliers et gaziers se fait par le biais d'accords négociés ; et à permettre une participation plus efficace des gouvernements à la négociation des contrats, notamment *via* l'accès à l'expertise et aux conseils de spécialistes. Ces *Principes directeurs* reconnaissent également l'importance des recommandations OCDE sur la conduite responsable des entreprises, tel que reflétées dans les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales et le Guide OCDE sur le devoir de diligence pour une conduite responsable des entreprises.

Ces *Principes directeurs* ne sont pas présentés par ordre d'importance. Ils interagissent entre eux et doivent être considérés dans leur globalité. Par nature de haut niveau, ils doivent être lus en liaison avec les recommandations internationales pertinentes plus détaillées sur chaque point spécifique.

Ces *Principes directeurs* ne se veulent pas un rappel faisant autorité de la législation nationale et internationale applicable aux contrats. Ils visent plutôt à faciliter une compréhension commune entre les parties contractantes de la façon dont elles aborderont certains aspects de leur relation contractuelle afin de garantir un contrat aussi durable que possible, au bénéfice de l'ensemble des parties. Ils peuvent servir de référence commune pour la négociation des contrats extractifs, conformément à la législation internationale et/ou nationale en vigueur et aux engagements internationaux, et compte tenu des priorités et objectifs nationaux et plus globaux de développement durable.

Principe directeur I

Les contrats extractifs durables s'alignent sur la vision et la stratégie à long terme définies par le gouvernement du pays hôte quant aux modalités de contribution du secteur extractif aux objectifs plus élargis de développement durable.

1. Les gouvernements des pays hôtes doivent tout d'abord déterminer au service de quelles stratégies et de quels objectifs nationaux et locaux de développement ils souhaitent mettre leurs ressources naturelles (leur vision), et la façon dont ils veulent atteindre ces objectifs (leur stratégie). Ils doivent développer, dans le cadre d'un processus participatif inclusif impliquant toutes les parties prenantes identifiables, une vision stratégique à long terme de la contribution des industries extractives au développement durable, notamment sur le plan économique, social et environnemental. Si la responsabilité de la définition de cette vision doit relever du gouvernement pour garantir une redevabilité claire, la gouvernance du développement de la stratégie doit être plus inclusive et impliquer les autorités nationales et locales ainsi que les acteurs non gouvernementaux, notamment les communautés locales et les investisseurs, dans l'objectif de remporter l'adhésion de l'ensemble des parties prenantes concernées et de comprendre réellement leurs besoins et intérêts.
2. Il est admis que les dynamiques sectorielles et de marché influant sur les flux d'investissements et la définition des objectifs stratégiques de développement durable des ressources naturelles d'une nation peuvent ne pas être pleinement comprises par l'ensemble des parties prenantes. Sans préjudice du rôle unique du gouvernement pour la définition de cette vision, l'implication d'acteurs non gouvernementaux dans ce processus peut aider à déployer une stratégie permettant l'obtention des meilleurs résultats pour l'ensemble des parties.
3. Il est également admis que, dans la pratique, l'horizon d'investissement et/ou les intérêts stratégiques des investisseurs peuvent ne pas totalement concorder avec la vision et la stratégie à long terme du gouvernement du pays hôte. Les investisseurs doivent au minimum s'efforcer de comprendre cette vision et cette stratégie à long terme. Il incombe par ailleurs aux gouvernements des pays hôtes d'aider les investisseurs et les communautés à mieux comprendre leur stratégie et les modalités de mise en œuvre de leur vision à long terme.
4. Les gouvernements des pays hôtes doivent veiller à l'adoption d'une approche cohérente, exhaustive et interministérielle pour la mise en œuvre de leur vision à long terme, en conciliant les objectifs internes potentiellement contradictoires et en se montrant conscients des éventuels arbitrages. Étant admis que les gouvernements des pays hôtes peuvent ne pas approuver toutes les propositions de projet en l'état, ils doivent s'assurer qu'elles sont conformes à leur vision et à leur stratégie à long terme de développement durable.
5. Les objectifs de la vision à long terme doivent orienter la ligne de conduite du gouvernement au cours des négociations et être dûment pris en compte dans les dispositions et termes du contrat encadrant les activités de l'investisseur, afin de favoriser la prévalence des intérêts à long terme sur ceux à court terme. La pression en faveur de bénéfices court-termistes, pouvant émaner de la part du gouvernement comme de celle des investisseurs, doit être soigneusement gérée. Afin d'être durables, les contrats extractifs doivent refléter un juste équilibre entre la vision à long terme du gouvernement du pays hôte, intégrant les préoccupations des communautés locales, et les intérêts légitimes des investisseurs.

Principe directeur II

Les contrats extractifs durables s'ancrent dans une relation commerciale et un partenariat opérationnel de long terme, transparents et constructifs entre les gouvernements des pays hôtes, les investisseurs et les communautés, afin d'atteindre des objectifs convenus et

entendus, fondés sur des attentes communes et réalistes gérées tout au long du cycle de vie du projet.

6. La négociation et la signature des contrats extractifs ne sont que le point de départ d'une relation à long terme entre gouvernements des pays hôtes et investisseurs, nécessitant engagement mutuel, transparence et redevabilité, ainsi que la définition claire des rôles et responsabilités respectifs en vue d'atteindre un ensemble d'objectifs communs. Lorsqu'ils entament leur relation, les gouvernements, les investisseurs et les communautés peuvent être porteurs de visions et d'attentes mutuelles pas nécessairement bien informées ou alignées, alors que la confiance, le respect mutuel et une pleine compréhension des attentes sont précisément de la plus haute importance. Tandis que les investisseurs se préoccupent de la pérennité de leur contrat, des bénéfices et du rendement des investissements pour compenser leur prise de risque et leur apport, les gouvernements des pays hôtes se soucient quant à eux de la nécessité d'atteindre des objectifs nationaux plus larges de développement et d'obtenir une part équitable des bénéfices tirés de l'exploitation de leurs ressources. Il est de la responsabilité du gouvernement du pays hôte de garantir la protection des intérêts communautaires. Les communautés s'attendent à ce que leurs intérêts soient considérés et les bénéfices soient partagés à l'échelon local à travers l'accès à des opportunités de développement socio-économique (emplois, accès aux infrastructures, opportunités commerciales et développement communautaire). Il incombe au gouvernement du pays hôte d'inclure, le cas échéant, les objectifs locaux de développement socio-économique dans le cadre plus global des plans et politiques régionaux et nationaux de développement.

7. Les attentes irréalistes ou trop élevées ou ambitieuses concernant les bénéfices d'un projet en termes de développement financier, social et économique pour les communautés locales et le gouvernement du pays hôte doivent être gérées et leur alignement poursuivi. La compréhension et la gestion des attentes sont particulièrement importantes durant la phase d'exploration d'un projet car : (a) c'est durant, et parfois même avant, la phase initiale et la négociation du contrat que nombre d'attentes peuvent, à juste titre ou non, s'établir ; et (b) les activités d'exploration peuvent ne pas aboutir à une exploitation assortie de débouchés commerciaux. Il est de la responsabilité commune des gouvernements des pays hôtes et des investisseurs de communiquer clairement sur les questions économiques et commerciales, notamment sur les bénéfices potentiels qu'il est réaliste d'envisager, leur contingence, leur pérennité ou non tout au long du cycle de vie du projet, et les effets susceptibles d'en découler pour les communautés concernées.

8. La déception, la frustration, voire la colère, peuvent se faire sentir lorsque les attentes ne sont pas satisfaites ou même discutées. Pour éviter ce type de situation, les gouvernements des pays hôtes et les investisseurs ont un rôle à jouer : (a) en fixant eux-mêmes des attentes réalistes, grâce à l'identification des problèmes contextuels susceptibles de se faire jour aux différents stades du cycle de vie du projet ; et (b) en créant les conditions propices, notamment avec l'établissement par le gouvernement du pays hôte d'un cadre législatif et réglementaire adéquat, et la mise en place d'une communication ouverte et efficace, de consultations et de processus participatifs avec les parties prenantes afin de gérer les attentes les plus répandues, de parvenir à une meilleure compréhension et d'ouvrir la voie à des retombées mutuellement avantageuses (voir le Principe VI).

9. L'engagement des communautés joue un rôle crucial dans la garantie de la durabilité à long terme du contrat. Un engagement efficace et des consultations constructives peuvent contribuer à instaurer un climat de confiance au sein des communautés locales et des peuples autochtones, fondement essentiel pour parvenir à des attentes réalistes et une bonne compréhension. Ils peuvent aider à : identifier toute

discordance ; promouvoir la compréhension mutuelle de positions, intérêts et besoins différents ; clarifier et gérer les attentes ; prévenir les conflits et litiges ; surmonter la méfiance ; et renforcer la collaboration. En particulier, avant et durant la négociation, la communication avec la communauté et le partage d'informations entre les gouvernements et les investisseurs concernant les préoccupations des communautés (par exemple, l'emplacement d'un site nécessitant la réinstallation de communautés locales, en particulier si des populations autochtones sont affectées, ou impliquant des impacts sur l'environnement ou des préoccupations sur le plan de la santé et de la sécurité) et les intérêts ressortis d'efforts initiaux d'engagement (par le biais d'études de prospection, de faisabilité ou de diligence raisonnable) sont primordiaux pour éclairer la conception de plans efficaces d'engagement des communautés tout au long du cycle de vie du contrat.

10. L'obtention et le maintien d'un « permis social d'exploitation » tout au long du cycle de vie du projet nécessitent des investisseurs qu'ils conviennent avec les gouvernements des pays hôtes et les communautés concernées d'un processus d'engagement et de consultation adapté aux caractéristiques et intérêts desdites communautés. À titre d'exemple, lorsque des populations autochtones ou des communautés locales sont affectées, le droit international et/ou national applicable peut exiger dans des circonstances spécifiques de rechercher et d'obtenir un consentement préalable, libre et éclairé (CPLE) le plus tôt possible durant la planification du projet, avant l'autorisation ou le début des activités nécessitant ledit consentement ; le temps requis pour la mise en place d'un processus efficace et éclairé de consultation et de participation doit alors être pris en compte dans les négociations et les termes du contrat. Ce type de plans d'engagement, développés conformément au droit national et/ou international applicable, peut aider à comprendre les priorités pour nombre des enjeux essentiels du développement économique et social, à clarifier les résultats qu'il est raisonnable d'envisager, notamment par l'identification de possibilités réalistes d'optimisation des bénéfices et de minimisation des risques, et à garantir un résultat cohérent auquel la communauté pourra apporter son soutien.

11. Conformément au droit international et/ou national applicable, le contrat doit s'assortir d'un mécanisme garantissant l'implication significative des communautés concernées, pour que leur point de vue et leurs préoccupations puissent être pris en compte et adéquatement intégrés dans la planification et la prise de décisions, en particulier au titre des projets susceptibles de les affecter de façon conséquente. L'absence d'un large soutien de la part des communautés peut mettre en péril la viabilité économique du projet et accroître le risque de réputation pour l'entreprise et le secteur.

Principe directeur III

Les contrats extractifs durables maintiennent un juste équilibre entre les intérêts légitimes des gouvernements des pays hôtes, des investisseurs et des communautés, en tenant dûment compte, le cas échéant, des droits spécifiques des populations autochtones concernées, reconnus par le droit international et/ou national applicable.

12. L'extraction de ressources non renouvelables s'inscrit dans un processus d'épuisement desdites ressources. Les gouvernements des pays hôtes tout comme les investisseurs ont pour objectif commun la maximisation de la valeur globale pouvant être tirée de l'exploitation de ces ressources épuisables. Toutefois, au-delà de l'obtention de recettes et d'une part équitable des gains financiers au titre de la possession de ces ressources, les gouvernements des pays hôtes poursuivent des objectifs multidimensionnels

visant l'obtention de bénéfices plus larges pour soutenir la réalisation des priorités de développement de l'économie nationale.

13. Les communautés locales doivent pouvoir bénéficier des opportunités découlant des projets extractifs, telles que l'emploi, la fourniture de services et de biens d'approvisionnement, l'accès aux infrastructures, et d'autres retombées participant au développement de la communauté.

14. Les investisseurs doivent être rétribués pour les contributions dont ils s'acquittent en termes d'engagement de capitaux, d'expertise technique et managériale, de technologie exclusive, d'expérience opérationnelle et de solutions intégrées, autant d'éléments nécessitant des investissements conséquents, et de prise de risques pour explorer, développer, produire et commercialiser la ressource.

15. Pour garantir la durabilité des contrats extractifs à long terme, il est essentiel de parvenir à une situation équilibrée reconnaissant l'ensemble (a) des intérêts des pays hôtes à développer leurs ressources dans le but de réaliser leurs objectifs multidimensionnels de développement, (b) des intérêts des communautés à optimiser les bénéfices à l'échelon local, et (c) des besoins des investisseurs de se voir rétribués pour les risques encourus et l'affectation de ressources financières et organisationnelles.

16. Les contrats qui maintiennent l'alignement des intérêts tout au long du cycle de vie du projet ont plus de chances d'être durables. Le cadre d'un projet fructueux doit refléter un juste équilibre entre les risques et les rétributions afférents aux différentes parties. L'issue est alors mutuellement avantageuse, les gouvernements, investisseurs et communautés partageant lesdits risques et rétributions, et jouissant d'une relation plus durable à long terme.

17. La faisabilité d'un projet doit tenir compte des coûts supplémentaires liés aux impacts sociaux ou environnementaux négatifs dudit projet au cours de son cycle de vie, ainsi que des coûts associés à l'optimisation des bénéfices socio-économiques au moyen de mesures adaptées convenues par les parties. Il est primordial de garantir l'inclusion des dimensions sociales et environnementales dans les négociations, et leur prise en compte dans l'accord.

18. L'incertitude et les risques, réels ou perçus, sont présents à tous les stades du cycle de vie d'un projet extractif, de l'exploration à la réhabilitation, en passant par le développement, la production, le traitement, la commercialisation, le déclassement ou la fermeture. La nature des risques et leur degré varient aux différents stades du cycle de vie du projet et dépendent du contexte, du secteur et du projet. L'incertitude concernant le potentiel géologique diminue à mesure que les informations sont collectées sur la quantité, la qualité et l'accessibilité de la ressource, ainsi que sur les coûts de son extraction pour les gouvernements des pays hôtes et les investisseurs. Le risque d'absence de ressources, l'incertitude concernant le volume et la qualité technique de toute découverte, et les risques du marché liés aux prix et aux coûts, y compris les coûts d'investissement initiaux de développement, ne relèvent du contrôle d'aucune des parties. Des incertitudes existent aussi concernant l'évolution du marché et du contexte économique et politique, susceptible d'affecter le projet. Lorsque la production démarre, les coûts irrécupérables associés aux investissements considérables en capitaux exposent les investisseurs à différents risques politiques (expropriation, évolution de la fiscalité et autres changements politiques) et économiques, compte tenu de la longue période d'amortissement avant la production de recettes et le recouvrement des coûts de l'investissement. Parallèlement, les incertitudes inhérentes à l'économie de l'extraction des ressources (facteur de récupération,

performance du gisement, coût du projet, prix) persistent. Les risques environnementaux et sociaux, réels ou perçus, sont aussi importants que les autres risques et sont influencés par de nombreux facteurs, notamment l'environnement opérationnel et le contexte communautaire local. Si la nécessité de garantir des bénéfices sociaux réels à l'échelon national et communautaire n'est pas clairement reconnue, quels que soient les gains financiers escomptés ou effectifs, le projet peut être en péril.

19. La perception des risques et opportunités peut initialement varier entre les différentes parties prenantes, et à nouveau à différents stades du projet. Il est donc très important d'établir et de maintenir une compréhension commune afin que lesdits risques et opportunités soient reconnus et pleinement pris en compte. Le partage des informations capitales sur les risques réels et perçus du projet, et l'engagement auprès de la communauté pour comprendre ses préoccupations et y répondre afin de trouver les solutions adéquates, sont essentiels pour instaurer une relation de confiance et permettre aux gouvernements comme aux investisseurs d'obtenir le « permis social d'exploitation ».

Principe directeur IV

Les contrats extractifs durables visent à optimiser la valeur totale tirée du développement des ressources pour l'ensemble des parties prenantes, notamment les retombées économiques, sociales et environnementales.

En cas de non-couverture par le droit international et/ou national applicable, les contrats extractifs durables prévoient l'identification et la gestion des impacts négatifs potentiels du projet extractif sur le plan environnemental, sanitaire, sécuritaire et social, et définissent clairement les rôles et responsabilités du gouvernement du pays hôte et de l'investisseur quant à la prévention, l'atténuation et la réparation desdits impacts, en consultation avec les communautés affectées.

20. Dans une optique de développement durable, la notion de valeur totale (la « taille du gâteau » à partager) est comprise comme englobant un large éventail d'éléments importants susceptibles d'avoir une incidence positive ou négative sur la viabilité économique de l'investissement. Parmi lesdits éléments, citons : (1) l'optimisation de la valeur économique tirée du développement des ressources, compte tenu de tout impact environnemental ou social négatif ; (2) la création d'opportunités de retombées socio-économiques positives, en exploitant, dans la mesure du possible d'un point de vue économique, en faveur du pays hôte et de ses communautés, la demande et les dépenses du projet au titre des biens, services et infrastructures (routes, ports, chemins de fer, centrales électriques, pipelines, télécommunications, eau, entrepôts et terminaux logistiques) nécessaires à la viabilité du projet, ainsi que l'achat et l'emploi locaux, et l'utilisation commune des infrastructures (tout en reconnaissant la contribution cruciale à la viabilité économique apportée par l'approvisionnement mondial de nombreux intrants pour la qualité, la rapidité, la fiabilité et les coûts que permet ce type d'approvisionnement) ; et (3) le potentiel de transformation à valeur ajoutée des ressources, dans la mesure où cette solution est économiquement réalisable, tout en reconnaissant qu'elle peut nécessiter un contrat séparé.

21. Des mesures positives sont nécessaires pour établir ces liens et optimiser la conception des infrastructures au moyen d'une planification adéquate. Cependant, les gouvernements doivent aussi prendre conscience des arbitrages en jeu, les coûts marginaux pouvant entraîner une réduction de leurs recettes, à moins que ces coûts ne soient pris en charge par le gouvernement du pays hôte, les banques de développement ou les donateurs.

Il est admis qu'il peut ne pas être toujours possible de maximiser totalement les bénéfices financiers, économiques, sociaux et environnementaux en même temps, mais tous ces bénéfices doivent être intégrés aux objectifs du projet au cours de son cycle de vie. À chaque stade du projet, le gouvernement du pays hôte peut avoir à faire des arbitrages afin de réaliser ses objectifs stratégiques prioritaires et d'attirer les investissements. Cela étant, les coûts marginaux à charge des gouvernements peuvent être limités en comparaison des bénéfices considérables pouvant découler du projet – bien que pour certains projets extractifs, le coût et la valeur actuelle nette desdits coûts marginaux puissent faire toute la différence pour la viabilité ou non d'un investissement.

22. Outre les contributions positives, les impacts négatifs directs, réels et potentiels, doivent être identifiés, évités et, s'ils ne peuvent pas être totalement évités, atténués tout au long du cycle de vie du projet (y compris lors du déclassement, de l'abandon ou de la réhabilitation du site). Il est admis que certains impacts négatifs peuvent signifier la non-viabilité des propositions de projet. Les impacts sociaux et environnementaux des projets extractifs peuvent être liés à : l'utilisation des terres et les droits fonciers ; l'utilisation des eaux ; le déplacement et la réinstallation des communautés locales et les droits spécifiques des populations autochtones ; la gestion et la mise en œuvre de la sécurité ; les risques en matière de santé et de sécurité pouvant découler des projets extractifs ; l'utilisation de la main-d'œuvre ; la dégradation de l'environnement, dont la gestion des catastrophes ; la fermeture/le déclassement. Les gouvernements des pays hôtes, du fait de leur capacité d'autorisation et de réglementation, ont la responsabilité de veiller à l'identification aussi précoce que possible des impacts sociaux et environnementaux potentiels, ainsi qu'à l'adéquation de leur gestion et de leur suivi tout au long du cycle de vie du projet. Les investisseurs partagent cette responsabilité, en particulier dans les cas où la législation des gouvernements des pays hôtes peut être insuffisante. Dans tous les cas, les investisseurs doivent se conformer aux standards pertinents reconnus au niveau international. La législation et la réglementation nationales doivent prescrire la réalisation d'études d'impact social et environnemental par des spécialistes travaillant pour le compte du gouvernement, ou par l'investisseur, selon des modalités spécifiques et en toute transparence. Ces études doivent être achevées avant d'entreprendre toute activité susceptible d'avoir un impact négatif. L'identification des risques et des impacts doit, le cas échéant, tenir compte des résultats de l'engagement initial auprès des communautés concernées, sur la base de la divulgation des informations environnementales et sociales pertinentes, et de la participation active desdites communautés à la définition de plans de gestion de l'environnement et des impacts sociaux, en tenant dûment compte de la priorisation de toutes les communautés susceptibles d'être affectées, en particulier les peuples autochtones, les femmes et les enfants. Il convient d'allouer suffisamment de temps et de ressources pour un processus d'engagement communautaire efficace, dont la conception et la mise en œuvre doivent être conformes aux principes de bonne pratique en matière d'engagement des parties prenantes, comme décrit au paragraphe 10 du Principe directeur II. Au-delà du respect des exigences juridiques, réglementations et standards nationaux et internationaux pertinents, les gouvernements des pays hôtes et les investisseurs peuvent convenir d'intégrer au contrat extractif des exigences conformes aux standards reconnus au niveau international et aux bonnes pratiques, afin de faciliter la prévention, l'atténuation et la réparation des impacts négatifs tout au long du cycle de vie du projet. Les exigences adaptées au contexte local peuvent aider à : (1) combler toute lacune de la législation, des politiques ou des capacités nationales en matière de contrôle de conformité ; (2) créer des attentes et des références communes sur des aspects dont la couverture n'est pas adéquate dans les standards reconnus au niveau national et/ou international ; et (3) clarifier les rôles et responsabilités des différentes parties

contractantes. En cas de non-couverture par la législation nationale, le contrat extractif devrait définir les responsabilités de chacun concernant : (a) l'évaluation périodique des impacts négatifs réels et potentiels ; (b) l'élaboration et la mise en œuvre de plans de prévention et d'atténuation en cas d'impact négatif potentiel ; et (c) la garantie de l'existence d'arrangements financiers adéquats et transparents afin de s'assurer de la disponibilité de fonds suffisants pour la mise en œuvre des plans de prévention et d'atténuation, ainsi que des mesures de réparation (par exemple, utilisation de comptes bloqués, fonds spéciaux pour le déclassement, garanties bancaires ou d'entreprises).

23. En particulier, en cas de non-couverture par la législation nationale, il peut être utile de prévoir des dispositions contractuelles pour que les parties conviennent d'un ensemble d'études sociales et environnementales de base (réalisées par le gouvernement, l'investisseur ou un tiers) soumises à l'approbation du gouvernement avant le début des opérations, au regard desquelles la mise en œuvre et la conformité pourront par la suite être évaluées, et qui pourront éclairer le développement d'exigences d'amélioration et de réparation continues pour tout dommage causé dans le cadre des activités du projet extractif.

Principe directeur V

Les contrats extractifs durables sont négociés et fondés sur le partage continu, en toute bonne foi, des données financières et techniques clés, afin de permettre une compréhension commune de la performance, des principaux risques et des opportunités escomptés tout au long du cycle de vie du projet.

24. L'absence ou la disponibilité limitée d'informations sur la valeur des ressources (quantité, qualité, prix et coûts) entrave la capacité à déterminer l'ampleur des bénéfices potentiels à partager entre les gouvernements des pays hôtes et les investisseurs. Il est admis que durant les négociations, le résultat financier final reste inconnu de chacune des parties, car il existe à la fois des risques et des incertitudes concernant la présence, le volume et la qualité des ressources, ainsi que leurs niveaux potentiels de production, leur extraction, leur développement, les coûts de fermeture/déclassement, et l'évolution des prix du marché. Néanmoins, lors de la phase de pré-négociation, on peut disposer d'estimations qualifiées des résultats escomptés.

25. Les investisseurs auront de meilleures informations sur le niveau des investissements en capital requis, les coûts réels d'exploitation, ainsi que sur la valeur des actifs incorporels qu'ils ont développés (par exemple, la propriété intellectuelle liée à la conception d'équipements sur mesure et/ou de nouvelles méthodes d'extraction ou de commercialisation des ressources). Les gouvernements des pays hôtes peuvent s'appuyer sur les estimations des investisseurs, pour le cas où ils fourniront des informations objectives lors des phases d'exploration, de développement et d'extraction. Les gouvernements des pays hôtes doivent reconnaître que les études financières et de faisabilité réalisées par les investisseurs pour évaluer la viabilité de l'investissement ne contiennent normalement pas de données définitives, mais plutôt des estimations qualifiées des contingences géologiques, des coûts d'intrants, du volume et de la qualité des ressources à exploiter, et des coûts de conformité à la législation nationale et aux standards reconnus au niveau international.

26. Compte tenu de l'incertitude autour de la valeur réelle des ressources jusqu'à leur découverte, leur production et leur vente, ces données sont des projections restant sujettes à toutes sortes d'aléas susceptibles d'affecter l'équilibre financier du contrat, avec des

conséquences potentiellement significatives sur la répartition des bénéfices économiques et/ou des coûts initialement escomptés.

27. C'est la raison pour laquelle les gouvernements des pays hôtes peuvent souhaiter réaliser leurs propres estimations indépendantes et développer leurs propres modèles financiers, afin d'identifier les différents scénarios et les résultats possibles si d'autres conditions prévalent (fluctuation des prix des matières premières, de la qualité, des coûts, etc.), tout en reconnaissant qu'ils pourraient avoir besoin de protéger des informations stratégiques ou sensibles concernant l'industrie.

28. Dans les secteurs pétrolier et gazier, de nombreux contrats sont signés à l'issue d'un processus d'appel d'offres, durant lequel les investisseurs remettent leurs offres conformément aux critères de soumission définis dans la législation ou la réglementation. Ces critères peuvent établir les informations requises à mettre à disposition du gouvernement. Les adjudications bien conçues induisent des offres compétitives. Dans le secteur minier, les appels d'offres sont bien moins répandus et il existe par conséquent moins de mécanismes établis de partage d'informations.

29. Le partage d'informations entre les gouvernements des pays hôtes et les investisseurs sur les estimations qualifiées des ressources, coûts et scénarios de développement, profils de production et engagements de fermeture/déclassement peut contribuer à établir une compréhension commune des hypothèses pour la définition de l'équilibre économique du contrat, ainsi que pour la conception du mécanisme d'affectation des recettes visant à assurer la viabilité du projet tout au long de son cycle de vie (voir également le Principe VIII). Les informations fournies par les investisseurs doivent être au moins du même niveau de fréquence, de détail et de qualité que celles utilisées dans le cadre de leur propre processus décisionnel interne et mises à disposition des bailleurs de fonds. Travailler à partir des mêmes hypothèses et modèles économiques et financiers, et exploiter, le cas échéant, les données macro-économiques de tiers, peut contribuer à instaurer un climat de confiance entre les parties, favoriser l'alignement des intérêts et sceller un véritable partenariat à long terme. Conformément au Principe IV, l'adoption d'une approche globale et intégrée est recommandée pour cerner non seulement les aspects économiques et financiers, mais aussi la performance au regard des obligations sécuritaires, environnementales, sociales et communautaires, ainsi que des standards reconnus au niveau international.

Principe directeur VI

Les contrats extractifs durables opèrent dans un climat d'investissement et d'affaires fiable, et doivent reposer sur un cadre législatif et réglementaire équitable, transparent et clair, et être appliqués de manière non discriminatoire.

30. Un climat d'investissement et d'affaires fiable est essentiel à la réussite des investissements dans l'industrie extractive. Le développement des ressources minières, pétrolières et gazières requiert des investissements initiaux considérables avant la production, et se caractérise par de longs délais de démarrage, des risques élevés et une forte incertitude (voir le Principe III). Le secteur extractif se distingue par de longues périodes d'amortissement, où les investissements initiaux ne sont récupérés qu'après plusieurs années de production. L'obtention d'un taux de rendement équitable, à la mesure des risques supportés par l'investisseur, prend du temps, tout en étant soumis à la volatilité des conditions du marché.

31. Lors de l'évaluation du potentiel d'investissement dans un pays hôte, les investisseurs examineront l'existence ou non d'un cadre législatif fiable, leur permettant de connaître les obligations (fiscales, environnementales, sociales et autres) influant sur la capacité à déterminer les retombées économiques potentielles du projet. La transparence de ce cadre législatif constitue une garantie importante pour les investisseurs étrangers et doit contribuer à garantir l'efficacité de l'utilisation des ressources dans l'intérêt général. Cela inclut l'établissement de lois, réglementations et contrats définissant des procédures comptables et de rapport afin de fournir au public des informations fiables et cohérentes sur les recettes tirées des ressources et autres obligations, et prévoyant la publication des contrats extractifs signés.

32. Les gouvernements peuvent contribuer à réduire à la fois l'incertitude et les risques en disposant d'institutions gardiennes de l'état de droit, en toute transparence et intégrité, et en offrant une réglementation équitable, transparente et claire, sans coûts de conformité inutilement élevés. Comme le souligne le *Cadre d'action de l'OCDE pour l'investissement*, « une réglementation bien conçue peut améliorer le climat d'investissement en créant un cadre efficient et en instaurant des critères rigoureux d'état de droit. Bien réglementer ne signifie pas obligatoirement moins réglementer. Il s'agit simplement d'alléger les contraintes administratives si nécessaire et de fixer des objectifs transparents pour la réglementation, dont l'efficacité fera l'objet d'un suivi et d'une évaluation périodiques ».

33. Les gouvernements doivent garantir l'exécution des contrats et les droits de propriété, ainsi que l'équité, la prévisibilité, l'impartialité et l'efficacité du processus de règlement des différends, afin que les investisseurs aient l'assurance que leur investissement ne sera pas indûment exproprié ou compromis de quelque autre façon. Les formalités administratives, les contraintes bureaucratiques, la complexité excessive et d'autres contraintes telles que celles identifiées dans les rapports de la Banque mondiale sur la facilité de faire des affaires, augmentent les coûts d'exploitation et peuvent aussi entraîner un phénomène de corruption. La transparence, l'intégrité et la cohérence de l'administration sont essentielles pour attirer des investissements de qualité et assurer la continuité des projets extractifs. Les gouvernements doivent garantir la clarté des procédures administratives, notamment en veillant à l'efficacité de la coordination des activités entre les différents ministères et agences, ainsi qu'entre les autorités centrales et locales.

Principe directeur VII

Les contrats extractifs durables sont conformes à la législation en vigueur, ainsi qu'aux traités internationaux et régionaux applicables, et prévoient la possibilité, pour les gouvernements des pays hôtes, d'introduire des modifications de bonne foi, non arbitraires et non discriminatoires dans la législation et la réglementation en vigueur, couvrant des domaines réglementaires non fiscaux et visant des objectifs légitimes d'intérêt général. Les coûts imputables au respect desdites modifications législatives et réglementaires, et entièrement, nécessairement et exclusivement liés aux activités spécifiques au projet, doivent être traités comme tout autre coût du projet à des fins de déduction fiscale, et d'une récupération des coûts dans les contrats de partage de production.

Si lesdites modifications de la législation et/ou de la réglementation en vigueur entraînent l'incapacité, pour l'investisseur, de s'acquitter de ses obligations au titre du contrat, ou un changement défavorable important compromettant la viabilité économique du projet, les contrats extractifs durables exigent des parties qu'elles engagent des discussions de bonne foi pouvant, à terme, les amener à convenir de renégocier les termes du contrat.

34. Les contrats doivent être respectés, et mis en œuvre et interprétés conformément à la législation en vigueur.

35. Les contrats extractifs qui reconnaissent que les régimes réglementaires sont amenés à évoluer au fil du temps, au même titre que les attentes et les exigences que les projets extractifs doivent satisfaire pour préserver la santé publique, la sûreté, la sécurité, l'environnement et les communautés, ont plus de chances d'être durables. Conformément aux *Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, les investisseurs doivent « s'abstenir de rechercher ou d'accepter des exceptions non prévues dans le dispositif législatif ou réglementaire concernant les droits de l'homme, l'environnement, la santé, la sécurité, le travail, la fiscalité, les incitations financières ou d'autres domaines ». La limitation du risque réglementaire lié aux modifications de la législation fiscale pour faire face aux fluctuations du marché et des conditions de performance du projet est traitée dans le Principe VIII.

36. La transparence et la consultation des parties prenantes sont les meilleures pratiques à adopter lorsque des réformes politiques et réglementaires sont envisagées.

37. La négociation de bonne foi implique l'anticipation de la mise en œuvre non arbitraire des lois existantes qui ont été adoptées mais ne sont pas encore en vigueur, ou qui prévoient la mise en place de réglementations subsidiaires ou d'application.

38. Une évaluation adéquate du cadre législatif et réglementaire, ainsi que du contexte socio-politique, aidera les investisseurs à anticiper l'évolution prévisible de la législation et de la réglementation en réponse à l'évolution des pratiques en matière de protection de la santé, de la sécurité, des droits sociaux, de l'emploi, des droits humains et de l'environnement.

39. Sans préjudice d'autres mesures conçues pour atteindre des objectifs légitimes d'intérêt général, il est présumé que les modifications non fiscales de la législation, opérées de bonne foi et conformes aux standards reconnus au niveau international et meilleures pratiques pertinentes, ne doivent pas être considérées comme arbitraires ou discriminatoires.

40. Les investisseurs tiennent compte du risque réglementaire lorsqu'ils décident d'investir dans un projet ou un pays : plus le risque perçu est important, plus la prime de risque de l'investisseur est élevée, ou plus la probabilité qu'il veuille investir, la viabilité estimée du projet et son potentiel de rentabilité sont faibles.

41. Les modifications de la législation ou de la réglementation qui, directement ou indirectement, sont de nature expropriatrice sont soumises aux règles ci-après. Un bien étranger ne peut être légalement exproprié, sauf aux conditions suivantes : (i) à des fins publiques ; (ii) sur une base non discriminatoire ; (iii) conformément à la procédure prévue par la loi ; et (iv) en contrepartie d'une indemnisation.

42. Les coûts de conformité aux modifications de la législation non fiscale, entièrement et nécessairement engagés dans le cadre d'un projet spécifique, doivent être considérés comme tout autre coût du projet à des fins de déduction fiscale. Dans les accords de partage de production pétrolière et gazière, ces coûts supplémentaires pourront être récupérés par le biais de l'attribution d'une part de la production (« *cost oil* » ou « *cost gas* »). Dans les contrats miniers, ces coûts supplémentaires seront traités comme des frais déductibles à la fois dans l'impôt sur les bénéfices et l'impôt sur les rentes.

43. Lorsqu'ils introduisent des modifications dans la législation non fiscale, les gouvernements doivent prendre en compte que ce type de modifications peut faire

augmenter le coût du projet et donc réduire sa rentabilité. Un régime fiscal adaptable, comme préconisé dans le Principe directeur VIII, intègre les coûts du projet, y compris tout coût supplémentaire résultant de modifications non fiscales de la législation, et aide à parvenir à un partage équitable des gains financiers entre les parties.

44. Les contrats extractifs doivent prévoir des procédures afin de faciliter la résolution efficace des problèmes à mesure qu'ils surviennent lorsque les modifications de la législation et/ou de la réglementation en vigueur entraînent l'incapacité, pour l'investisseur, de s'acquitter de ses obligations au titre du contrat, ou un changement défavorable important compromettant la viabilité économique du projet.

45. Dans de telles circonstances, les dispositions contractuelles qui exigent des parties qu'elles engagent des discussions de bonne foi pour parvenir à une solution concertée et qui peuvent, à terme, amener à renégocier les termes du contrat, en cas d'accord entre les parties, peuvent contribuer à maintenir la confiance mutuelle et favoriser la continuité de relations avantageuses et pérennes.

Principe directeur VIII

Les contrats extractifs durables reposent sur un système fiscal conforme aux objectifs économiques et budgétaires globaux des gouvernements, et prévoyant le partage équitable des gains financiers entre l'investisseur et le gouvernement du pays hôte, compte tenu des risques potentiels, des rétributions et des circonstances nationales. Comme il n'existe pas de régime fiscal idéal, le gouvernement de chaque pays hôte doit déterminer la combinaison optimale de dispositions et d'instruments fiscaux pour atteindre ses objectifs.

Un régime fiscal prévisible incluant des dispositions adaptables définies dans la législation et/ou le contrat afin d'ajuster la répartition des gains financiers globaux entre les gouvernements des pays hôtes et les investisseurs en fonction des variables influant sur la rentabilité du projet (comme la variation des prix des matières premières, des coûts, du volume de production ou de la qualité des ressources) contribue à la durabilité à long terme des contrats extractifs et réduit les motivations, pour l'une ou l'autre partie, à demander une renégociation des termes.

Les gouvernements des pays hôtes doivent tirer des avantages financiers de l'exploitation de leurs ressources. Les contrats extractifs durables évitent les périodes prolongées d'exploitation commerciale assortie de recettes limitées ou nulles pour le gouvernement.

46. Dans le secteur extractif, le système fiscal est une combinaison de la législation fiscale générale, de la législation sectorielle, et d'accords contractuels spécifiques aux projets, tels que : (1) les accords de concession, communs aux secteurs minier et pétrolier, dont les instruments principaux sont les redevances et les taxes ; (2) les contrats de partage de production, caractéristiques des régimes pétroliers, qui partagent la production entre l'État et l'investisseur (dans certains cas, des redevances et des taxes peuvent aussi s'appliquer) ; ou (3) les accords de service, parfois utilisés pour les ressources pétrolières, au titre desquels le gouvernement du pays hôte s'acquitte d'une redevance de service auprès de l'investisseur. Lorsqu'ils utilisent des instruments législatifs et contractuels multiples, les gouvernements des pays hôtes doivent tenir compte de la façon dont ceux-ci interagissent entre eux et avec la législation fiscale générale. Tout en reconnaissant que les spécificités du secteur extractif et la nécessité d'attirer les investissements entraînent certaines variations entre le régime fiscal standard et celui du secteur extractif, la limitation de ce type de variations peut contribuer à éviter la fragmentation, à minimiser la charge administrative et à garantir la cohérence globale du système fiscal.

47. Les gouvernements décident de la combinaison de dispositions et d'instruments fiscaux qu'ils jugent la plus adaptée à leurs circonstances individuelles. Ces circonstances incluent le montant escompté par le gouvernement en termes de dépenses et de recettes, mais aussi le niveau de compétitivité qu'il souhaite afficher pour attirer les investissements et encourager l'exploration, le développement et la production des ressources pour un recouvrement optimal. Il est important de concevoir une combinaison optimale de dispositions et d'instruments fiscaux compte tenu des circonstances nationales prévalentes, tout en gardant à l'esprit que chaque instrument comporte ses propres arbitrages et qu'il n'existe pas de régime fiscal idéal.

48. Le choix des dispositions et des instruments fiscaux peut être influencé par la capacité d'un pays donné à les mettre en œuvre. Une coordination étroite et constante entre les différentes agences gouvernementales, notamment les ministères de l'Énergie et des Mines, de l'Environnement, des Finances, de la Politique fiscale et de l'Administration, est essentielle pour parvenir au juste équilibre politique et à une mise en œuvre réussie.

49. Sans préjudice des arrangements applicables pour le partage des revenus entre le gouvernement fédéral et les gouvernements sous-nationaux, les contrats extractifs qui reposent sur un régime fiscal adaptable prévoyant le partage équitable de la valeur à tous les stades du cycle de vie du projet, en tenant compte de la variation des résultats et des conditions du marché, ont plus de chances d'être durables. Les projets extractifs sont susceptibles de traverser différents cycles économiques et de connaître des booms, mais aussi des périodes de stress et de perte économique. Les gouvernements des pays hôtes doivent viser à structurer un système fiscal crédible, qui minimise les distorsions, s'adapte aux variations des prix, et permet aux gouvernements comme aux investisseurs de réduire les risques et de gérer de façon adéquate le caractère incomplet des informations au moment de la négociation et de la signature du contrat.

50. Les dispositions fiscales adaptables définies dans la législation et/ou le contrat anticipent différents scénarios de rentabilité (faisant varier les prix, les coûts, le volume, la qualité, etc.) et rééquilibrent le partage des gains financiers, favorisent la stabilité fiscale et contribuent à la durabilité du contrat. Dans ce contexte, le terme « adaptable » signifie que la part des gains financiers du gouvernement s'accroît automatiquement lorsque la rentabilité augmente, et diminue inversement lorsqu'elle baisse.

51. Cette structure peut également aider les gouvernements à gérer les pressions politiques, minimisant ainsi la probabilité de renégociation ou d'introduction de modifications, tout en maintenant la prévisibilité du contrat. Courir après le prix des matières premières en recourant à des renégociations répétées ne s'avère ni efficace (la volatilité des prix tendant à être une caractéristique structurelle de ce secteur), ni productif, l'expérience montrant qu'il en résulte une tension des relations entre les gouvernements des pays hôtes et les investisseurs.

52. En l'absence d'adaptabilité des dispositions et des instruments fiscaux définis dans la législation et/ou le contrat, différentes raisons peuvent pousser les gouvernements et les investisseurs à exercer des pressions en faveur de la modification des conditions fiscales. À titre d'exemple, en l'absence de dispositions et d'instruments fiscaux adaptables, lorsque les prix des matières premières augmentent, on y voit souvent une véritable manne dont les investisseurs seraient les seuls bénéficiaires. Les gouvernements se trouvent ainsi incités à modifier les dispositions et les instruments fiscaux, dans l'espoir de corriger ce déséquilibre – qu'il soit réel ou perçu. Du côté des investisseurs, lorsque les prix chutent et que les dispositions et les instruments fiscaux ne sont pas adaptables, les projets peuvent ne plus

être rentables. Cela les incite alors à demander aux gouvernements des pays hôtes des dispositions plus favorables afin de permettre la continuité des activités et de la production.

53. L'instabilité fiscale constitue l'un des principaux risques, aux côtés des risques géologiques, politiques, techniques et non techniques, influant sur l'idée que se fait l'investisseur du climat global d'investissement et sur son évaluation de l'attractivité de l'opportunité d'investissement. À titre d'exemple, la modification fréquente des dispositions et des instruments fiscaux par les gouvernements lorsque les prix augmentent crée un risque fiscal supplémentaire pour les investisseurs. Ceux-ci peuvent alors exiger des rendements plus élevés pour compenser ce risque, ou simplement ne pas entreprendre les projets. Il en résultera vraisemblablement une réduction substantielle des investissements et des recettes pour les gouvernements des pays hôtes, si le cadre fiscal du pays est jugé instable par les investisseurs.

54. Lorsque les investisseurs perçoivent une forte instabilité fiscale ou politique, ils peuvent souhaiter l'inclusion de clauses de stabilisation fiscale afin de réduire ces risques. Les gouvernements des pays hôtes peuvent ne pas avoir à proposer ou accepter l'inclusion desdites clauses de stabilisation, dans la mesure où il leur reste la possibilité d'attirer les investissements escomptés par le biais de négociations fermes et constructives, et d'un processus ouvert d'appel d'offres impliquant des investisseurs aux capacités techniques et financières suffisantes. Lorsque les gouvernements les jugent nécessaires, des dispositions de stabilisation fiscale peuvent être conçues pour minimiser l'impact sur la fiscalité générale, en limitant sa portée à certaines dispositions fiscales spécifiques clés (vs. l'ensemble des dispositions fiscales), telles que les taux convenus, pour une période définie (et non indéfinie), et en appliquant éventuellement une prime de stabilité sur les taux d'imposition. Proportionnellement, pour être durables, les contrats extractifs doivent établir clairement l'obligation, pour les investisseurs, de s'acquitter en totalité de leur part d'impôts au titre du contrat et de la législation en vigueur, et tout aussi clairement le droit, pour les gouvernements des pays hôtes, de faire respecter cette obligation. L'adoption de mesures de bonne foi de lutte contre l'évasion fiscale ou l'interprétation de la législation en vigueur par les gouvernements des pays hôtes pour protéger la base fiscale de l'érosion et du transfert des bénéfices (par exemple sur la limitation de la déduction des intérêts et le prix des transferts), conformément aux pratiques fiscales reconnues au niveau international, ne doivent pas être considérées comme des modifications de la législation.

55. Il convient toutefois de noter que la mise en place de ce type de régimes peut accroître la charge administrative. Si les capacités administratives du gouvernement et sa performance en matière de gestion de recettes variables sont limitées, il pourrait s'avérer plus adéquat de recourir davantage à des dispositions et des instruments moins adaptables, mais plus faciles à administrer.

56. Les bénéfices globaux que le gouvernement tire du développement de ses ressources naturelles dépassent les simples recettes fiscales et peuvent inclure le développement de nouvelles infrastructures, la création d'emplois, la formation, l'achat local de biens et services, et des projets communautaires. Toutefois, en cas de périodes prolongées de production assortie de recettes limitées ou nulles, la pérennité du contrat pourra se trouver compromise, les gouvernements des pays hôtes devant apporter la preuve que leur pays tire des gains financiers de l'exploitation de ses ressources épuisables.

57. En fonction du contexte, il pourra s'avérer opportun de garantir une part minimum des recettes au gouvernement du pays hôte pour chaque année de production commerciale. Les gouvernements ayant une économie diversifiée et/ou une large base de revenus peuvent ne pas nécessairement avoir besoin ou souhaiter recevoir de chaque projet un paiement

pour chaque année de production. En revanche, pour les gouvernements des pays hôtes dont les recettes, l'accès aux marchés de capitaux et le portefeuille de projets sont limités, la garantie d'un niveau minimum de recettes est importante. En outre, pour les gouvernements où les industries extractives commencent tout juste à se développer, les flux initiaux de recettes sont importants pour renforcer le budget, au regard des attentes de la population, qui escompte des bénéfices immédiats de l'exploitation de ses ressources.

58. Il est possible de garantir une part minimum de recettes pour le gouvernement par le biais de redevances et/ou du plafonnement de la récupération des coûts dans les contrats de partage de production. Il convient aussi de noter que ces instruments fiscaux sont régressifs et peuvent décourager d'autres investissements dans des projets marginaux.

59. Un système fiscal incluant à la fois des instruments régressifs et progressifs, mais progressif dans son ensemble, contribuera à l'alignement des intérêts des gouvernements des pays hôtes et des investisseurs.

Note

¹ Centre de développement de l'OCDE, *Policy Statement on Natural Resource-based Development*, 4^e réunion de haut niveau du Comité directeur, 3 octobre 2017 (http://www.oecd.org/dev/POLICY_STATEMENT_NATURAL_RESOURCES.pdf).

Références choisies

Extractive Industries Transparency Initiative (2019), *The EITI Standard*, disponible sur https://eiti.org/sites/default/files/migrated_files/english_eiti_standard_0.pdf.

Fonds monétaire international (2007), *Guide on Resource Revenue Transparency*, p. 17, disponible sur <https://www.imf.org/external/np/pp/2007/eng/051507g.pdf>.

Institut de droit international, Résolution relative aux « Aspects juridiques du recours à l'arbitrage par un investisseur contre les autorités de l'État hôte en vertu d'un traité interétatique », adoptée le 13 septembre 2013, Session de Tokyo, disponible sur http://www.idi-il.org/app/uploads/2017/06/2013_tokyo_en.pdf.

International Bar Association (2011), *Model Mining Development Agreement*, p. 130, http://www.mmdaproject.org/presentations/MMDA1_0_110404Bookletv3.pdf.

International Finance Corporation (2007), *Stakeholder Engagement: A Good Practice Handbook for Companies Doing Business in Emerging Markets*, Washington D.C., disponible sur http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/938f1a0048855805beacfe6a6515bb18/IFC_StakeholderEngagement.pdf?MOD=AJPERES.

Nations Unies (2015), *Principles for responsible contracts: Integrating the management of human rights risks into State-investor contract negotiations – Guidance for negotiators* (A/HRC/17/31/Add.3), Office des publications des Nations Unies, Sales n° 13.XIV.5, disponible sur

http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Principles_ResponsibleContracts_HR_PUB_15_1_EN.pdf.

OCDE (2017), *Guidance to Assemble and Manage Multidisciplinary Teams for Extractive Contract Negotiations*, Les outils de l'OCDE pour le développement, Éditions OCDE, Paris, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264274914-en>.

OCDE (2017), *Guide de l'OCDE sur le devoir de diligence pour un engagement constructif des parties prenantes dans le secteur extractif*, Éditions OCDE, Paris, <https://doi.org/10.1787/9789264264243-fr>.

OCDE (2016), *Stratégies collaboratives pour la création de valeur partagée au niveau du pays : Cadre pour les projets extractifs*, Les outils de l'OCDE pour le développement, Éditions OCDE, Paris, <https://doi.org/10.1787/9789264259409-fr>.

OCDE (2016), *Corruption in the Extractive Value Chain: Typology of Risks, Mitigation Measures and Incentives*, Les outils de l'OCDE pour le développement, Éditions OCDE, Paris, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264256569-en>.

OCDE (2015), *Cadre d'action pour l'investissement, édition 2015*, Éditions OCDE, Paris, <https://doi.org/10.1787/9789264235441-fr>.

OCDE (2011), *Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, Éditions OCDE, Paris, <https://doi.org/10.1787/9789264115439-fr>.

Principes directeurs pour des contrats extractifs durables

Les *Principes directeurs pour des contrats extractifs durables* indiquent comment développer des projets extractifs reflétant équilibre des risques et bénéfices, tout en tenant compte dès le départ des intérêts et des préoccupations des communautés locales. Ils apportent un cadre au contenu et à la négociation des contrats extractifs, permettant de réduire les risques de litiges et les demandes de renégociation, et de s'adapter de manière prévisible aux conditions qui prévalent sur les marchés. Les Principes directeurs donnent aux gouvernements des pays hôtes et aux investisseurs les clés pour expliquer au public le contenu des contrats, et ainsi gérer les tensions entre les parties prenantes. Ils incluent huit principes et des commentaires que gouvernements hôtes, investisseurs, fournisseurs d'assistance technique et praticiens du droit peuvent utiliser comme référence commune pour la future négociation de contrats pérennes et mutuellement avantageux.

Veuillez consulter cet ouvrage en ligne : <https://doi.org/10.1787/a8b62058-fr>

Cet ouvrage est publié sur OECD iLibrary, la bibliothèque en ligne de l'OCDE, qui regroupe tous les livres, périodiques et bases de données statistiques de l'Organisation.

Rendez-vous sur le site www.oecd-ilibrary.org pour plus d'informations.

