

La *Joint Venture* entre le China Railway Group et la Sinohydro Company, et la Gécamines en RDC est-il vraiment révélateur d'une opposition frontale entre les intérêts chinois et occidentaux ?

I La RDC et les pays occidentaux : un bref rappel historique

1.

- Le Zaïre de Mobutu, allié de l'Ouest
- L'endettement du Zaïre auprès du FMI et de la Banque Mondiale

2.

- L'histoire récente : le génocide rwandais, le renversement de Mobutu, la présidence de Kabila père puis fils

3.

- La crise de 2008 et son impact sur le pouvoir de négociation du gouvernement de RDC face aux compagnies minières et au FMI

II Le contrat passé avec les Chinois en 2007

1.

-Les motivations : la réalisation des 5 chantiers (infrastructures, création d'emplois, éducation, eau et électricité, santé)

- Les critiques : ré endettement de la RDC selon le FMI, en dépit de l'annulation d'une partie de sa dette par le Club de Paris.

2.

- Les termes du contrat : - création d'une société regroupant la Gécamines et un groupe d'entreprises chinoises (le Consortium, formé du China Railway Group limited et de la Sinohydro Corporation).
création d'une JV minières entre ces partenaires, chargée de financer les travaux d'infrastructures pour rembourser les entreprises chinoises.

-Les privilèges accordés à la partie chinoise :

exemption d'impôts, de taxes, de droits de douane
application de la clause de la nation la plus favorisée
possibilité pour le Consortium d'annuler le contrat si les réserves minières octroyées pour le remboursement se révèlent insuffisantes

-Les partenaires indirects de la transaction : par l'intermédiaire de la Gécamines, les entreprises chinoises impliquées se trouvent intégrées à un réseau où officient de grands acteurs miniers occidentaux, parmi lesquels : la famille Oppenheimer, George Forrest, le Crédit Suisse, Métorex.
- Comment expliquer les critiques du FMI alors que ces acteurs sont souvent épaulés par lui ou plus souvent par la Banque Mondiale ?

i.- La Gécamines représente avant tout les intérêts de la RDC et des investisseurs privés proches du pouvoir congolais (dont George Forrest).

ii.- Ces entreprises minières peuvent être en concurrence avec d'autres entreprises occidentales. Il existe des lignes de fracture qui ne recouvrent pas nécessairement la distinction entre les Occidentaux et les autres acteurs internationaux (voir le cas de Phil Edmonds, dirigeant du groupe White Nile au Soudan, et qui s'en est pris à « l'attitude néo-coloniale » du groupe Total dans ce même pays).

iii.- La logique financière peut supplanter la logique politique, car ces entreprises sont d'abord des agents économiques. Voir la façon dont George Forrest exprime son sentiment à l'égard des limites de la méthode du FMI : il explique dans le journal *Le potentiel* que la conditionnalité des prêts du FMI les rend moins attractifs et fait perdre du terrain aux firmes occidentales. Il ajoute que les investissements chinois sont susceptibles d'apporter une aide à l'économie de la RDC (point de vue contraire à celui du FMI).

Conclusion :

Comment interpréter les critiques du FMI ?

- le FMI ne supporte pas d'être tenu à l'écart d'un contrat si important; en ce sens, le FMI fonctionne plus comme une banque (dont les actionnaires sont principalement les Etats d'Europe de l'Ouest, les Etats-Unis, et les membres du Commonwealth). La perte d'un contrat est un manque à gagner pour ces actionnaires, manque qui n'est pas compensé par les bénéfices réalisés par les firmes occidentales en RDC.

Analyse juridique de la Convention entre la RD Congo et un groupe d'entreprises chinoises

Paru dans *La Conscience* le lundi 4 août 2008

http://www.laconscience.com/article.php?id_article=7666

INTRODUCTION :

Le 22 avril 2008, la République Démocratique du Congo a signé, à Beijing, en Chine, une convention de collaboration avec les entreprises chinoises China Railway Group Limited et SINOHYDRO Corporation. Outre le préambule, cette convention est composée de 27 articles repartis en 9 points qui portent respectivement sur l'objet, le projet minier, le projet d'infrastructure, le remboursement des investissements, les engagements et garanties de la RDC, les garanties du groupement des entreprises chinoises, la consultation périodique des parties, la force majeure et le règlement des différends ainsi que les dispositions finales.

Cette convention de collaboration sino-congolaise appelée communément « contrat chinois » a fait couler beaucoup d'encre et de salive et susciter beaucoup de remous aussi bien au niveau national qu'international. Dans les lignes qui suivent nous nous proposons de chercher d'en comprendre, autant que faire se peut, quelques aspects juridiques.

Pour ce faire, notre propos sera articulé autour des points suivants :

1. Nature juridique, objet et modalités d'exécution de la convention ;
2. Obligations conditionnelles multiples et déséquilibre dans les droits et obligations des parties ;
3. Multiplicité de clauses particulières.

I. Nature juridique, objet et modalités d'exécution de la convention

Ce point sera examiné en deux sous points : nature juridique de la convention (I.1) et l'objet et les modalités d'exécution de la convention (I.2). I.1. NATURE JURIDIQUE DE LA CONVENTION Il sera question ici de voir la nature juridique de la convention proprement dite (I.1.1.) et la qualité des personnes ayant engagé les parties à la convention (I.1.2.)

Une bonne qualification juridique d'un acte permet d'en déterminer le régime juridique.

Dans son intervention à la plénière de l'Assemblée Nationale du 12 mai 2008 sur le contrat chinois, le Ministre des infrastructures, des travaux publics et reconstruction avait expliqué que son initiative était dicté par le souci de se conformer à l'article 213 de la constitution, particulièrement son alinéa 2 qui dispose : « le Gouvernement conclut les accords internationaux non soumis à ratification après délibération en Conseil des ministres. Il en informe l'Assemblée nationale et le sénat ».

Cette disposition constitutionnelle prévoit la possibilité pour le gouvernement de signer certains traités sans ratification parlementaire. Il s'agit des « accords en forme simplifiée » qui sont des traités bilatéraux ou multilatéraux signés par des États suivant une procédure raccourcie.

Or, Il ressort clairement de la convention que celle-ci réunit la RDC, un État, et un groupement d'entreprises privées. De ce fait, on ne peut donc trouver son fondement dans l'article 213 précité.

La lecture de la convention révèle qu'il s'agit, quant à sa nature, d'un type particulier de contrat où les parties sont d' une part, un État, sujet de droit international et des sociétés privées transnationales. Ce type de contrat est appelé contrat d'Etat, lequel est défini comme un contrat international mixte liant d' une part, une personne morale de droit public, l'Etat ou une entité para-étatique, et d' autre part, un particulier, personne privée physique ou morale .

Quant au contrat international, il se comprend généralement comme celui contenant un élément d'extranéité. Il est apprécié tantôt suivant un critère économique, tantôt suivant un critère juridique tantôt à une combinaison des deux .

I.1.2. Pouvoirs des signataires de la convention

Pour la signature de la convention, la société China Railway Group limited a été représentée par Monsieur SHI DaHua, son Président du Conseil d'Administration tandis que la société SINOHYDRO CORPORATION a été représentée par Monsieur FAN JiXiang, son représentant légal. Il faut alors croire que ces sociétés sont régulièrement constituées au regard de la loi chinoise sur les sociétés et que leurs représentants ont été régulièrement désignés pour pouvoir les engager.

S'agissant de la RDC, c'est Son Excellence Monsieur le Ministre des Infrastructures, Travaux Publics et Reconstruction (ITPR), Pierre LUMBI OKONGO, qui a signé au nom de l'Etat, à l'en croire, sur mandat du Gouvernement et au motif que le Premier Ministre peut confier une mission spécifique à tout membre du gouvernement si les raisons d'Etat l'exigent et que l'objet du contrat rentre dans ses attributions.

S'il est vrai que l'objet du contrat rentre, en partie, dans les attributions du Ministre des ITPR, il faut signaler qu'il n'est pas seul. La lecture de l'ordonnance-loi

n° 07/018 du 16 mai 2007 fixant les attributions des Ministres démontre qu'il existe également des aspects qui rentrent dans la compétence de ses collègues des Mines, Portefeuille, Finances, Budget et Plan.

Aussi, parce qu'en matière administrative la compétence est d'attribution, il aurait été souhaitable qu'il eut le contreseing des autres Ministres concernés notamment les Ministres des Mines, les Ministres des Finances? A titre d'exemple, l'article 79 alinéa 1 à 4 de l'ordonnance-loi n° 81-081 portant législation générale sur les mines et les hydrocarbures dispose : « Les droits miniers pour hydrocarbures sont accordés par convention. Les conventions pétrolières sont initiées, au nom du Conseil exécutif [entendez gouvernement] par le département de l'énergie [Actuellement Ministère des hydrocarbures]. Elles sont signées pour la partie Zaïre [RDC] par le Commissaire d'Etat [Ministre] à l'énergie et le Commissaire d'Etat aux Finances et Budget. Au cas où les conventions prévoient la participation de l'Etat dans la société pétrolière qui sollicite les avantages de la présente législation, le Commissaire d'Etat au Portefeuille interviendra également à leur signature?

Bien plus, sous l'empire du régime minier conventionnel, cette même ordonnance-loi disposait à son article 43 que la convention minière est initiées au nom du Conseil exécutif par le département des Mines. Elle est signée pour la partie Zaïre par le Commissaire d'Etat aux Finances et Budget. Au cas où la convention prévoit la participation de l'Etat dans la société minière qui sollicite les avantages de la présente législation, le Commissaire d'Etat au Portefeuille interviendra également à sa signature [?] les renouvellements de telles conventions sont accordés par arrêté du Commissaire d'Etat aux Mines?

Même au sein du gouvernement, chaque fois qu'il y a une question d'intérêt national qui implique les matières relevant de plusieurs ministères, il y a toujours constitution d'une commission interministérielle . Le problème pouvait être résolu soit par le contreseing de tous les ministres concernés, soit par la délégation de pouvoir de ceux-ci à un de leurs collègues, en l'occurrence le Ministre des Infrastructures soit, en vertu du principe de parallélisme des formes, par une autre ordonnance présidentielle contresignée par le Premier Ministre conférant des pouvoirs spéciaux au Ministre des Infrastructures par dérogation à l'ordonnance fixant les attributions des Ministres. Mais même alors, le problème n'aurait pas été totalement résolu parce qu'en plus des signatures des Ministres concernés, il aurait fallu une ordonnance du Président de la République approuvant cette convention.

En effet, l'article 70 de l'ordonnance n°07/017 du 03 mai 2007 portant organisation et fonctionnement du Gouvernement, modalités et pratiques de collaboration entre le Président de la République et le Gouvernement ainsi qu'entre les membres du Gouvernement, telle que modifiée et complétée par l'ordonnance n°08/006 du 25 janvier 2008 édicte :

« Le Premier Ministre, les Ministres d'Etat, les Ministres et les Vice-ministres ne peuvent engager valablement l'Etat dans les conventions de droit privé qu'en

se conformant aux dispositions des articles 17 et 34 ci-dessus.

Les conventions de prêt, d'emprunt ou de don engageant l'Etat, sont avec l'accord du Conseil des Ministres, négociées et signées par les Ministres ayant dans leurs attributions les finances, le budget et le plan. Ils peuvent consentir des délégations de pouvoirs à d'autres Ministres ou Vice-ministres ainsi qu'au Secrétaires Généraux de l'Administration Publique.

Les conventions de prêt, d'emprunt ou de don engageant l'Etat doivent être conclues conformément à la loi financière. Elles ne sortent leurs effets qu'après avoir été approuvées par une ordonnance du Président de la République délibérée en Conseil des Ministres ».

La convention de collaboration entre la RDC et le groupe d'entreprises chinoises est, tant par sa nature que par la forme dans laquelle elle est passée, de la catégorie des conventions de droit privé assimilables à celles intervenues entre particuliers .

L'ordre du Premier Ministre ne peut pas l'emporter sur les ordonnances présidentielles contresignées, du reste, par ce dernier. Car s'il y a raison d'Etat, encore que cette raison n'a pas été démontrée dans le cadre de cette convention, le Président de la République est l'autorité par excellence à même de l'apprécier. Faute du contreseing de tous les Ministres concernés ou leur délégation de pouvoir et de l' approbation présidentielle par voie d' ordonnance, il y a eu violation du principe de légalité et dans le cas d'espèce, violation de l'ordonnance-loi n° 07/018 du 16 mai 2007 fixant les attributions des Ministres et de l'ordonnance n°07/017 du 03 mai 2007 portant organisation et fonctionnement du Gouvernement, modalités et pratiques de collaboration entre le Président de la République et le Gouvernement ainsi qu'entre les membres du Gouvernement, telle que modifiée et complétée par l'ordonnance n°08/006 du 25 janvier 2008.

En conséquence, la convention ne devrait pas sortir ses effets.

Cependant, ce vice de procédure n'a aucun effet sur la partie chinoise en cas d'un contentieux éventuel.

En effet, il n' est pas rare que les États ou les entités publiques parties à un accord de développement économique invoquent un défaut de respect de règles particulières applicables à la conclusion du type de contrat en cause, ou plus particulièrement à la souscription d' une clause compromissoire : procédure d' autorisation, d' habilitation préalable ou de ratification, limitation des pouvoirs du signataire?Ces règles figurent soit dans des dispositions générales de droit public soit dans le statut de l' entreprise publique en cause. Le grief est particulièrement fréquent à la suite d'un changement de régime politique, l'accusation de corruption étant parfois sous-jacente ou même expresse .

A supposer que l'applicabilité de la règle soit établie, car il arrive que la prétention soit rejetée de ce simple chef, l'argument est presque toujours

inopérant. Les arbitres estiment que l'Etat n'est pas fondée à invoquer la violation de règles qu'il a lui-même édictées .

Aussi a-t-il été jugé que « l'ordre public international s'opposerait avec force à ce qu'un organe de l'État, traitant avec des personnes étrangères au pays, puisse passer ouvertement, le sachant ou le voulant, une convention d'arbitrage qui met en confiance le cocontractant et puisse ensuite(?) se prévaloir de la nullité de sa propre parole » ou encore que « le principe de bonne foi interdit de se prévaloir de ses propres irrégularités ».

Sur le plan interne, non seulement pareille situation fait désordre, mais également les actes posés dans ces conditions sont annulables.

Cela est d'autant plus curieux dans la mesure où la Commission de revalidation des contrats miniers a recommandé notamment la résiliation du Protocole d'accord préliminaire de création d'une joint-venture entre l'Entreprise Minière de Kisenge Manganese (EMK-MN) et Sentinelle International Group Limite pour, entre autres, absence de l'autorisation de la tutelle .

I.2. Objet et modalités d'exécution de la convention

L'article 2 de la convention stipule : « La présente convention de collaboration a pour objet de définir et de préciser le projet de coopération que les parties se proposent de réaliser, les modalités générales et particulières de leur réalisation ainsi que les droits et obligations des Parties relativement à ce projet de coopération ».

Il ressort de cette disposition et de l'économie générale de la convention que son objet est certain et licite et contient les obligations de donner, de faire et de ne pas faire et qu'au regard du code des investissements congolais, de la quasi-totalité des listes des traités bilatéraux d'investissement énumérant les investissements ainsi que des critères internationaux d'un investissement privé étranger que sont l'apport, la durée, un certain risque et la contribution au développement de l'État d'accueil, il constitue bel et bien, formellement, un investissement.

Par ailleurs, cet objet sera réalisé dans le cadre d'une joint-venture, c'est-à-dire une entreprise en participation consistant en une mise en commun d'un ensemble des ressources matérielles, financières, technologiques et humaines pendant une certaine durée pour un objet particulier et qui trouve son fondement dans un contrat pouvant résulter - ou non - en la création d'une société structurée .

Dans le cas d'espèce, elle se fera par la création d'une société commerciale, SICOMINES. Le droit congolais des sociétés prévoit la commercialité par la forme et prévoit 5 formes de sociétés commerciales : la société en commandite simple, la société en nom collectif, la société coopérative, la société privée à responsabilité limitée et la société par actions à responsabilité limitée.

De toute évidence, la forme choisie est une société par actions à responsabilité limitée car l'article 1 points 4 et 5 de la convention exige la constitution du groupe Gécamines comprenant la Gécamines et l'une de ses sociétés affiliées ainsi que le consortium chinois composé des deux sociétés signataires et de trois de leurs sociétés affiliées en vue de se conformer aux dispositions de l'article 1,2° de l' Arrêté Royal du 22 juin 1926 sur les sociétés par action à responsabilité qui dispose que l' autorisation requise pour fonder en RDC une société par action à responsabilité limitée est subordonnée notamment à ce qu' il y ait sept associés au moins.

II. Obligations conditionnelles multiples et déséquilibre dans les engagements des parties

Cette convention contient plusieurs obligations conditionnelles (II.1) et présente un déséquilibre aussi bien dans les engagements que les bénéfices des parties (II.2).

II.1. Obligations conditionnelles multiples

La convention en examen recèle beaucoup de conditions suspensives, résolutoires et casuelles.

En droit, la condition consiste dans le fait de subordonner la formation ou la disparition d'un rapport de droit à la réalisation d'un événement futur et incertain .

La condition est suspensive lorsque l'obligation ne peut naître que si l'événement se réalise ; jusque là, cette obligation est en suspens .

A la lecture de cette convention, on constate notamment les obligations conditionnelles suspensives suivantes :

Le versement de pas-de-porte est conditionné par l'étude de pré-faisabilité, l'audit effectué par le consortium sur la régularité et la validité des droits et titres miniers, la cession des droits et titres miniers par la GCM à la JVM (article 5.1) ;

Les études de Pré-faisabilité et de faisabilité doivent démontrer que le Projet Minier permettra de dégager un taux interne de rentabilité d'au moins 19% au profit du Groupement d'entreprises chinoises (article 6.3) ;

Les conclusions de ces études doivent, après avoir été soumises au Conseil d'Administration et à l'Assemblée Générale de la JVM, approuvées par le Gouvernement Chinois et de la RDC (article 6.20) ;

Le Groupement d' Entreprises chinoises mobilisera et mettra en place le financement pour réaliser des travaux d'infrastructure les plus urgents à

condition non seulement que la JV soit constituée et que les Titres miniers lui aient été cédés mais également à condition qu'une hypothèque ait été constituée en faveur du groupe d'entreprise chinoises sur lesdits titres miniers (article 9.3).

La condition est résolutoire lorsque le rapport de droit se forme immédiatement ; il produit ses effets comme s'il était pur et simple, mais sa disparition est subordonnée à l'arrivée du fait .

C'est notamment les cas suivants dans cette convention :

Au cas où les vices cachés et/ou apparents des droits et titres miniers cédés à la JVM sont irrémédiables, la convention sera résilié (article 13.1) ;

Si l'étude de Pré-faisabilité sur le Projet Minier n'est pas acceptée par le Groupement d' Entreprises Chinoises et/ou GECAMINES, le Groupement d'Entreprises Chinoises mettra fin à l'investissement d'infrastructures. Les Parties se concerteront pour trouver une solution (article 13.3.1) ;

En cas d'insuffisance des concessions et malgré deux fois d'apport de nouvelles concessions minières les études de faisabilité ne sont approuvé par le gouvernement chinois et la RDC, la convention sera résilié, la JVM sera dissoute et liquidée (article 13.3.2) ;

Si dans les 12 mois qui suivent l' approbation du projet de coopération par le Gouvernement chinois, le Parlement de la RDC n' a pas adopté une loi devant sécuriser le régime fiscal, douanier et de change applicable au projet de coopération en raison de sa spécificité, le Groupement d'Entreprises chinoises aura le droit de décider de réaliser ou de résilier la convention (article 15.1).

La condition casuelle est celle qui dépend du hasard et qui n'est nullement au pouvoir du créancier ni du débiteur .

Dans le cas sous examen, on réalise notamment que :

Le groupement d'entreprises chinoises mobilisera et mettra en place le financement du projet d'infrastructure, au travers de la JVM. Le montant total de celui-ci sera déterminé en fonction du résultat d'exploitation minière (article9) ;

le démarrage ainsi que le volume des travaux des infrastructures de la deuxième tranche seront déterminés par consultation mutuelle des deux parties en fonction de la rentabilité du projet minier (article 9.3). Ce qui est remarquable, ce que toutes les conditions suspensives et résolutoires sont en faveur de la partie chinoise tandis que les conditions casuelles ne sont prévues que pour ce qui intéresse la partie congolaise.

II.2. Déséquilibre dans les droits et obligations des parties en faveur du GEC

Les parties dans la présente convention ont convenu de créer une JVM sous la

forme d'une SARL et en droit, l'une des conditions sine qua non de constitution d'une société est l'obligation pour les associés de faire des apports qui sont de trois sortes : l'apport en numéraire, l'apport en nature et l'apport en industrie. Les dividendes sont proportionnels aux apports de chaque associé.

Il sied dès lors d'examiner les apports aussi bien de la RDC (II.2.1.) que du GEC (II.2.2.) avant d'apprécier les bénéfices que chacun en tire (II.2.3.).

II.2.1. Les apports de la RDC

La RDC apporte, à travers la GCM, pour la constitution de la JVM, les droits et titres miniers couvrant les gisements naturels cupro-cobaltifères suivants : Dikuluwe, Mashamba Ouest, Jonction D, cuvette DIMA, Cuvette Mashamba et Syndical Dikuluwe Colline D contenant des réserves minières estimées à environ 10.616.070 tonnes de cuivre dont environ 6.813.070 tonnes de cuivres en ressources certaines, environ 626.619 tonnes de cobalt et, en tonnage restant à déterminer, toutes autres substances minérales valorisables. Ces gisements dont la GCM détient les Droits et les Titres miniers sous la numérotation PE9681 et 9682 tels que inscrits dans les registres ad hoc tenus par le Cadastre Minier (CAMI) sont situés dans la région de Kolwezi, Province du Katanga, RDC conformément au plan en Annexe B de la Convention de collaboration (article 4). C'est un apport en nature, certain, quantifiable, évaluable pour lequel l'engagement de la RDC est définitif car si après les études de pré-faisabilité et de faisabilité il s'avère que finalement les réserves sont moindre par rapport au nombre auquel elle s'est engagée, la RDC est obligée d'apporter d'autres concessions. A cela s'ajoutent toutes les exonérations et avantages exceptionnels accordés à la partie chinoise.

En vue de garantir l'exécution par la RDC de ces obligations, le titre V de la convention est consacré à ses engagements et garanties vis-à-vis du GEC et de la JVM. Il est constitué de 4 articles, de l'article 13 à l'article 16. L'article 13 relatif aux garanties relatives aux gisements et droits et titres miniers contient 10 alinéas, l'article 14 relatif aux avantages commerciaux et fiscaux et d'autres avantages accordés par la RDC en contient 12, l'article 15 relatif aux garanties de la RDC contre les risques politiques en contient 6 et l'article 16 relatif aux autres engagements et garanties en contient un seul.

Ces garanties portent notamment sur les vices cachés des droits et titres miniers, la cession des Droits et Titres miniers à la JVM, les avantages douaniers, fiscaux et de change, consentir au GEC des dispositions particulières applicables aux marchés publics, l'exonération totale de tous les impôts, droits, taxes, douanes, redevances directs ou indirects, à l'intérieur ou à l'import et export, payables en RDC et ceux liés aux activités minières et au développement d'infrastructures, l'exemption des frais et paiements relatifs à la demande, à l'octroi, au transfert et à la cession des Droits et titres miniers, des permis de prospection et d'exploitation, l'exemption des frais des royalties.

II.2.2. Les apports du Groupement d'entreprises chinoises.

Le titre VI de la convention est consacré aux engagements et garanties du groupement d'entreprises chinoises. Ce titre ne contient qu'un article, l'article 17 qui a 6 alinéas. Mais en réalité seuls 2 alinéas parlent d'engagement, à savoir, la mobilisation des financements nécessaires pour la réalisation des projets et le prêt à la Gécamines les fonds nécessaires pour la participation au capital social de la JVM.

Le GEC s'engage à mobiliser les financements nécessaires pour la réalisation des projets (article 17.2) mais la JVM doit rembourser ses investissements dans le projet minier et dans le Projet d'infrastructures (article 10.3) Il prête à la JVM dont il est pourtant membre 30% des investissements estimés nécessaires pour son développement par l'étude de faisabilité, prêt à rembourser (article 17.2) ; il prête même à la GCM les fonds nécessaires pour sa participation au capital social de la JVM, prêt à rembourser (article 17.4)?

Il est évident que le GEC ne fait aucun apport. En dehors de pas-de-porte, tout l'argent qu'il apporte ne constitue que des prêts à rembourser avec intérêts.

En droit de société l'apport se fait de deux sortes : par voie de dessaisissement total du bien ou des espèces au profit de la société qui a une existence juridique différente des associés, ou s'agissant d'un apport en nature, par la cession de la jouissance du bien tandis que l'associé propriétaire garde la nue-propriété. Dans le cas d'espèce, non seulement il n'y a ni l'un ni l'autre et même pas d'apport en industrie encore que cette dernière forme d'apport n'existe pas, en droit congolais, dans les sociétés à responsabilité limitée, mais également, l'associé GEC a même une hypothèque sur les titres miniers constituant l'apport de la RDC. Dans le domaine minier, le pas-de-porte est l'équivalent de bonus de signature dans le domaine pétrolier. Il n'est pas réglementé en droit congolais et le montant reste du domaine conventionnel.

Le pas-de-porte est une somme d'argent non remboursable et sans contrepartie qu'un opérateur minier verse au titulaire des titres miniers dont il veut se faire cessionnaire, amodiatraire, optionnaire? C'est une sorte de prime ou droit d'entrée dans les lieux. Dès lors, les 350.000.000,00USD versés ou à verser à la RDC par le GEC au titre de pas-de-porte est usuel et n'emporte aucune obligation particulière du côté de la partie RDC. Sous réserve du montant qui est variable, il en est ainsi pour tous les contrats miniers.

II.2.3. Déséquilibre des droits des parties

En vertu de la convention sous étude, la RDC va bénéficier des infrastructures dont la liste est reprise à l'annexe C de ladite convention, infrastructures à construire sur prêt du GEC, prêt entouré des conditions et des garanties de remboursement contraignantes. En contrepartie, elle a donnée les concessions dont la description géologique et la minéralisation sont faites à l'annexe B à gérer par une JVM sans oublier les exemptions et les avantages exceptionnels qu'elle accorde.

Curieusement, au motif de garantir au GEC les moyens de recouvrer leurs investissements dans le projet minier et dans le projet des infrastructures, ce dernier prend 68% du capital social de la JVM lui assurant ainsi le contrôle de la gouvernance de la JVM et la RDC, 32 % (Article 3.4 de la convention).

Cela est tout à fait incompréhensible car avant le partage des dividendes par les actionnaires, la JVM et la RDC devront rembourser, en trois périodes, tous les investissements du GEC dans le projet minier et dans le projet d'infrastructures avec leurs intérêts (article 12 de la convention).

Dès lors, comment justifier cette répartition du capital social de la JVM alors qu'il y a si peu la commission de revisitation des contrats miniers reprochait à certaines sociétés « une grande disproportion, inexplicée et injustifiée dans la répartition des parts sociales », « la fixation arbitraire des parts sociales sans étude de faisabilité », « le bénéfice des avantages et douaniers exorbitants »? mais surtout a recommandé la renégociation du contrat de partenariat entre la Gécamines et la compagnie minière de Tondo (CMT) notamment pour octroi de la majorité des parts (75%) au partenaire Lerexcom sur simple engagement de rechercher le financement dont le remboursement (80% du bénéfice) est pourtant à charge de la J.V . ? Au regard de ce montage, on réalise qu'il y a un tel déséquilibre dans la répartition des avantages que la convention de collaboration ne peut qu'être perçue comme lésionnaire et la JVM, une société contenant implicitement un pacte léonin.

III. Multiplicité de clauses particulières en faveur du GEC

On retrouve dans la convention une multitude de clauses dont la plupart sont en faveur du GEC : la clause de renvoi, la clause de la nation la plus favorisée, la clause compromissaire, la clause du droit applicable, clause de non expropriation, les clauses de protection que sont la clause d'intangibilité et la clause de stabilisation.

a) La clause de renvoi :

L'article 15.3 stipule que la RDC s'engage à respecter le Traité relatif à l'encouragement et à la protection mutuelle des investissements signé entre les Gouvernements congolais et chinois à la date du 18 décembre 1997.

Ce traité est un traité bilatéral d'investissement (TBI) ou un accord pour la promotion et la protection de l'investissement (APPI). Il en existe plus de 3.000 à ce jour et la Chine en a conclu, à ce jour, au moins 90.

Un TBI ou APPI est un traité bilatéral entre deux Etats en vue d'assurer la protection des investissements de leurs ressortissants dans leurs pays respectifs. Ces traités prévoient toutes sortes de clauses pour protéger les investissements de l'autre partie dans un Etat cocontractant dans l'Etat d'accueil.

Ils prévoient généralement les modalités sur les nationalisations et les expropriations, les transferts des capitaux, le standard international de protection des investissements, les clauses compromissaires, etc. En rappelant, par cette clause, le TBI signé par les deux pays, ce qui est redondant, le GEC entend bénéficier de tous les avantages que confère ce TBI.

b) La clause de la nation la plus favorisée :

Non seulement l'article 10 du protocole d'accord signé entre parties le 17 septembre 2007 accorde au GEC l'exclusivité sur les droits et titres miniers qui en font l'objet, mais également la convention lui gratifie de la clause de la nation la plus favorisée.

Le traitement est l'ensemble des principes et des règles, de droit international comme de droit interne, qui régissent le régime de l'investissement international, depuis le moment de sa constitution jusqu'au moment de sa liquidation.

Il existe trois sortes de traitement : le traitement national, le traitement de la nation la plus favorisée et le traitement juste et équitable. Les clauses du traitement national et du traitement de la nation la plus favorisée sont celles qu'on appelle autrement « clauses indirectes » ou « clauses contingentes ». Elles opèrent par renvoi au traitement accordé par l'Etat concédant à d'autres sujets de droit et sont dépourvues de contenu matériel. Ce sont des instruments de non discrimination.

Le traitement de la nation la plus favorisée implique que tous les avantages plus favorables accordés à un Etat tiers soient automatiquement et inconditionnellement étendus à l'Etat bénéficiaire ou à ses ressortissants.

C'est ainsi que l'article 14.4 de la convention stipule que « sans préjudice des avantages acquis dans le cadre de la présente convention de collaboration, la JVM et l'entrepreneur chargé des travaux d'infrastructures bénéficieront des avantages résultant des conventions que la RDC viendrait à conclure avec d'autres investisseurs? » Cependant, la JVM et l'entrepreneur n'ayant pas signé directement la convention avec la RDC, il y a une certaine ambiguïté qui ne peut s'éclaircir qu'en considérant qu'ils sont bénéficiaires d'une stipulation pour autrui conclue par la RDC et le GEC.

c) La clause compromissoire :

La clause compromissoire est une clause par laquelle les parties acceptent par avance de soumettre tous différends contractuels à l'arbitrage et non aux cours et tribunaux.

Dans le cadre de règlement des différends dans le domaine des investissements internationaux, il existe un principe cardinal de liberté de choix de la loi d'application et du juge. Les parties à la présente convention ont choisi l'arbitrage du

Centre international de Règlement des différends Relatifs aux Investissements (C.I.R.D.I.). Le CIRDI a été créé par la Convention Internationale de Règlement des Différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats dite

Convention de Washington du 18 mars 1965 et qui est entrée en vigueur en 1966. Comme l'indique l'article 25.1 de la Convention, la compétence du CIRDI s'étend aux différends d'ordre juridique entre un Etat contractant (ou telle collectivité publique ou tel organisme dépendant de lui qu'il désigne au centre) et le ressortissant d'un autre Etat contractant qui sont en relation directe avec un investissement et que les parties ont consenti par écrit à soumettre au Centre. La RDC a signé la Convention du CIRDI le 29/10/1968 et l'a ratifié le 29 avril 1970. La Convention est entrée en vigueur le 29 mai 1970. La Chine a signé le 09 février 1990 pour la ratifier le 07 janvier 1993. Pour elle la Convention est entrée en vigueur le 06 février 1993.

d) La clause du droit applicable

L'article 21 de la convention stipule que la loi applicable est la loi du lieu de l'acte. Au cas où la loi applicable ne peut être déterminée selon le critère précédent, et afin de le déterminer, les parties se référeront aux critères usuellement utilisés dans le commerce international pour régler les différends de même nature.

Cet article est l'une des clauses les plus mal libellées ou en tout cas les plus flous. En effet, tout lecteur qui lira que « la loi applicable est la loi du lieu de l'acte », pensera d'emblée que « l'acte » réfère à la convention de collaboration.

A ce niveau d'abord, il est curieux de constater que tout au long de la convention et pour toutes les autres matières, les rédacteurs précisent, martèlent, répètent à volonté « la présente convention de Collaboration ». Mais là ils parlent d'acte.

Et même en parlant d'acte, il ne précise pas s'il s'agit du lieu de sa signature, même si on peut penser que c'est ce qui est suggéré, ce qui renverrait à la Chine et donc à la loi chinoise, ou au lieu d'exécution qui est la RDC et donc à la loi congolaise. En droit, le mot acte est polysémique. Dans son acception la plus large, il signifie, en droit, toute manifestation quelconque de la vie juridique. Tout ce qui s'accomplit dans le domaine du droit constitue un acte juridique.

Mais ce mot a deux sens distincts qui s'expriment mieux dans deux termes latins : le *negotium* qui désigne le fait juridique et l'*instrumentum, documentum* pour désigner l'écrit constatant le fait. Ainsi donc, suivant le lieu de la rédaction du document constituant la convention, c'est la loi chinoise et selon le lieu d'exécution des faits constatés par le document, c'est le droit congolais.

Curieusement, alors même qu'ils avaient fixé le critère de loi applicable et

comme s'ils étaient conscients de l'ambiguïté de ce critère, ils ajoutent qu'au cas où la loi applicable ne peut être déterminée selon le critère précédent, et afin de le déterminer, les parties se référeront aux critères usuellement utilisés dans le commerce international pour régler les différends de même nature.

La solution n'est pas à chercher, ici, dans la *lex mercatoria*. La Chine et la RDC ayant ratifié la convention du CIRDI et les deux parties l'ayant expressément choisi pour le règlement de leurs différends éventuels, la solution se trouve dans l'article 42(1) de la convention CIRDI qui stipule : « Le Tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties. Faute d'accord entre les parties, le Tribunal applique le droit de l'Etat contractant partie au différend - y compris les règles relatives aux conflits de lois - ainsi que les principes de droit international en la matière ». C'est donc le droit congolais qui serait d'application.

e) La clause de non expropriation

L'article 15.2 de la convention stipule : « la RDC s'engage à ne jamais, en aucun cas, s'approprier, nationaliser ni exproprier, directement ou indirectement, la JV minière ainsi que son patrimoine ». Cette clause consacre, dans le cas d'espèce, la renonciation par la RDC à sa souveraineté permanente sur les richesses et ressources naturelles prévues par

La résolution 1514 (XV) de l'Assemblée générale des Nations Unies du 14 décembre 1960 portant déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux, La résolution 1803 (XVII) de l'Assemblée générale du 14 décembre 1962 : « Souveraineté permanente sur les ressources naturelles », La résolution 3201 (S.VI) adoptée par l'Assemblée générale des Nations - Unies le 1er mai 1974 sous l'intitulé : « Déclaration relative à l'instauration d'un nouvel ordre économique international », La résolution 3281 (XXIX) portant « Charte des Droits et Devoirs économiques des Etats », l'article 1.2 commun aux Pactes internationaux relatifs aux droits économiques, sociaux et culturels et aux Droits Civils et Politiques et l'article 9 alinéa 1 de la constitution de la République Démocratique du Congo du 18 février 2006.

Il est de jurisprudence que le droit d'un Etat de procéder à des nationalisations n'est pas aujourd'hui contestable. Il résulte du droit international coutumier, établi à la suite de pratiques concordantes considérées par la communauté internationale comme étant de droit. L'exercice de la compétence étatique de nationaliser est considéré comme l'expression de sa souveraineté territoriale .

Ceci est reconnu et accepté par tous les Etats sous condition d'une indemnité prompte, adéquate et effective suivant la formule consacrée.

C'est pourquoi, dans le TBI conclu le 03 août 1984 entre la RDC et les USA, l'article 3 parle de « l'indemnisation pour expropriation » étant donné que l'expropriation

est de principe.

f) La clause d'intangibilité et la clause de stabilisation :

Les clauses de stabilisation et d'intangibilité sont appelées clauses de protection. Elles sont utilisées dans les contrats d'Etat en vue de permettre au contractant privé d'essayer d'éviter que l'Etat n'utilise son pouvoir législatif et sa puissance en tant qu'autorité administrative au détriment de l'économie du contrat.

Par la clause d'intangibilité, l'Etat s'engage à ne pas utiliser ses prérogatives de puissance publique pour modifier unilatéralement, par voie législative ou administrative, le contrat qui le lie à une personne privée étrangère.

La clause de stabilisation ou de pétrification, elle, a pour objet de « geler » l'état du droit applicable à un moment donné pour ce qui concerne les règles qui gouverneront la relation contractuelle.

L'article 14.4 de la convention prévoit ces deux clauses mais va même au-delà parce que les nouvelles lois favorables seront applicables à la partie chinoise. Cette clause stipule, en effet, que : « Sans préjudice des avantages acquis dans le cadre de la présente convention de collaboration, la JV Minière et l'entrepreneur chargé des travaux d'infrastructures bénéficieront des avantages résultant de toutes les nouvelles dispositions légales et réglementaires qui seraient ultérieurement prises par la RDC. Néanmoins, toutes nouvelles dispositions légales et réglementaires apportant des désavantages à leur égard ne leur seront pas appliquées ».

CONCLUSION :

De la lecture de cette convention, on peut retenir ce qui suit :

- 1- Elle est une convention sui generis ;
- 2- Elle est lésionnelle ;
- 3- Elle révèle un matraquage de la partie Congolaise par la partie chinoise (il suffit de lire le nombre et la répétition des garanties données par la RDC et le ton des clauses à conditions résolutoires) ;
- 4- Elle révèle un verrouillage de la protection des intérêts chinois (voir les garanties données par la RDC ainsi que les clauses de protection) ;
- 5- Elle révèle l'amnésie de la RDC car les mêmes vices que cette dernière venait de fustiger dans d'autres contrats miniers il y a à peine trois mois, elle les accepte dans le contrat chinois ;

6- Elle révèle la démission ou l'incapacité pour la RDC de gérer elle-même sa reconstruction qu'elle fait, dans le cas d'espèce, par procuration mais à un coût prohibitif.

Laurent OKITONEMBO WESTHONGUNDA
Avocat au Barreau de Kinshasa/Gombe
Mandataire en Mines et Carrières
Mandataire en Propriété Industrielle
Directeur National de CDHC - ASBL
Spécialisation en Droit international des investissements

© Congoindépendant 2003-2008
imprimer cet article
proposer un article

OCC, la Délégation Syndicale brise le silence !
8 février 2010

La revisitation à la porte de l'OCC : le protocole d'accord SGS sur la ligne de mire
2 février 2010

L'économie congolaise prise en otage par la Mafia
1er février 2010

Protocole d'accord OCC-SGS
26 janvier 2010

RDC - FMI : 624 millions Usd accordés
25 janvier 2010

Amélioration du climat des affaires : les premières mesures
25 janvier 2010

La mondialisation, ennemie de l'Afrique ?
21 janvier 2010

La RDC dans l'état du FMI
20 janvier 2010

(Publicité)

© 2004 La Conscience

A/5, rue Bonga
Bloc Commercial St. Joseph
Kinshasa-Matonge Kalamu

République Démocratique du Congo