

**PROJET D'EVALUATION JURIDIQUE DES ACCORDS DE PARTENARIAT DE
LA GECAMINES (CONTRAT N° 31/COPIREP/SE/02/2005)**

FICHE ANALYTIQUE DE L'ACCORD DE PARTENARIAT :

I - TENKE FUNGURUME

OPERATIONNEL (NON EN PRODUCTION)

I. SOMMAIRE

La Convention de Création de Tenke Fungurume Mining entre la GCM et Lundin Holdings Ltd. (LH), ainsi que la Convention Minière entre la République du Zaïre, la GCM et Lundin Holdings Ltd. concernant Tenke Fungurume, ont été signés le 30 novembre 1996 - moins que six mois avant la chute du dernier gouvernement sous la présidence du Marechal Mobutu. LH a été choisi comme partenaire suite à un appel d'offres initié par la GCM. TFM a été fondé immédiatement suite à un décret autorisant son fondation en décembre 1996.

Selon la Convention de Création initiale, LH allait payer à la GCM une prime de cession de USD 250 millions pour le transfert par la GCM des concessions de Tenke et de Fungurume au partenariat Tenke Fungurume Mining, S.A.R.L., dans laquelle les participations de la GCM et de LH étaient fixées à 45% et 55%, respectivement. Selon la Convention Minière, TFM allait bénéficier des exonérations et réductions fiscales, parafiscales et douanières importantes pendant des périodes allant jusqu'à dix ans.

Le paiement de la première tranche de la prime de cession de USD 50 millions a été effectué en mai 1997. Les travaux sur l'Etude de Faisabilité du projet minier ont commencé le 1^{er} janvier 1997.

Le 28 avril 1997, le Gouvernement de la RDC représenté par son Ministre des Mines et son Ministre des Finances a conclu un Accord avec TFM par lequel le Gouvernement a ratifié (a) la Convention Minière, (b) les décrets du 9 et 20 décembre 1996 autorisant la fondation de TFM et la Convention Minière, respectivement, et (c) les deux décrets du 9 décembre 1996 autorisant le transfert des concessions Nos 198 et 199 à TFM, ainsi que (d) lesdites concessions elles-mêmes. Le Gouvernement de la RDC a pris le pouvoir le 17 mai 1997 après une campagne militaire qui a chassé le dernier Gouvernement de la République du Zaïre sous le Président Mobutu.

*implémentation
autorisation
de la
cession de
Tenke Fungurume*

Le 23 février 1999, TFM et LH ont déclaré la *force majeure*. Ni la GCM ni le Gouvernement n'a initié un litige pour contester la déclaration de *force majeure*, qui ne s'est levée que lors de l'entrée en vigueur de la Convention d'actionnaires Amendée et Reformulée entre la GCM, LH et les associés de LH actionnaires en TFM. Pendant et sous couvert de la *force majeure*, LH a essayé de négocier une modification des termes de la Convention de Création et la Convention Minière avec la GCM et le Gouvernement. Ces

efforts ont augmenté après l'entrée en vigueur de la Loi N° 007/2002 du 11 juillet 2002 portant Code Minier. Un accord sur les termes de modification des Conventions a été négocié entre LH, la GCM, le Ministre du Plan, le Gouverneur de la Banque Centrale et le Conseiller Principal de la Présidence en matière économique et financière en décembre 2004, accepté par l'ECOFIN par la suite^{1/} et approuvé par le Conseil des Ministres de la RDC dans sa réunion du 19 juillet 2005.^{2/} Les modifications convenues comprennent notamment :

- la révision de la capacité de production annuelle initiale du projet à 40.000 tonnes par an de cuivre, avec production associé de cobalt ;
- le lancement par LH d'une Etude de Faisabilité dès production commerciale du Projet Initial pour une augmentation significative de la capacité du projet ;
- la réduction de la prime de cession à USD 100 million (y compris les USD 50 millions déjà payées);
- le remplacement des exonérations fiscales de la Convention Minière avec les dispositions du régime fiscal du nouveau Code Minier ;
- la réduction de la participation de la GCM en TFM à 17,5% ;
- l'accord de LH à avancer ou faire avancer les fonds nécessaire pour développer le Projet Initial, contre rémunération au taux de LIBOR +2% remboursée avant toute distribution de dividendes ordinaires ;
- le paiement par TFM d'une somme égale à 0,3% des produits nets des ventes à un fonds social de développement dédié à la construction de l'infrastructure et la dispense des services pour assister les communautés locales ; et
- l'acceptation par la RDC et la GCM que Phelps Dodge Corporation des Etats Unis, et/ou une ou plusieurs de ses sociétés liées acquière une participation dans Lundin et/ou TFM.

(Solde en
langen)

Lors de l'atelier de Lubumbashi, le 19 octobre 2005, la GCM a confirmé qu'elle a signé avec LH et ses associés actionnaires dans TFM une Convention d'Actionnaires Amendée et Reformulée ainsi que des Statuts Amendés et Coordonnés, tandis que la RDC, la GCM, LH et TFM ont signé une Convention Minière Amendée et Reformulée, tous en septembre 2005.^{3/}

^{1/} Lettre n° 002/VP/ECOFIN/DIRCAB/Ch/05 du Vice Président de la République Bemba en date du 20 janvier 1005 à LH et GCM. (I.93.2)

^{2/} Lettre n° CAB.MIN/MINES/01/0593/05 du Ministre des Mines en date du 23 juillet 2005 à l'ADG de la GCM.

^{3/} La GCM a fourni au Consultant à travers le COPIREP des copies des deux Conventions Amendées ainsi que des Statuts Amendés à la fin de l'atelier de Lubumbashi, le 23 octobre 2005. Toutes les copies sont des Projets du 8 septembre 2005 parafés mais pas signés.

II. CONTEXTE DU PARTENARIAT

A. Origine et Evolution

Les dates principales pertinentes à l'origine et l'évolution de l'accord de partenariat avec LH sur Tenke Fungurume sont les suivantes :

1984 : Liquidation de la Société Minière de Tenke et Fungurume (SMTF) ; et acquisition de certaines immeubles lors de cette liquidation par la Société des Travers de Beton du Congo, devenu TRABEKA plus tard.

1994-95 : Appel d'offres de la GCM pour le développement des gisements de Tenke et Fungurume. Parmi le groupe des entreprises retenues pour la sélection finale, on constate la présence de :

- Anglo-American Corporation of South Africa Ltd
- Gencor - BHP
- La Source Compagnie Minière
- ISCOR Ltd.
- The Lundin Group.^{4/}

1996 : Sélection de Lundin.

30 novembre 1996 : Signature des accords suivants :

- Convention de création de TFM entre la GCM et LH. Statuts de TFM Sarl.
- Convention Minière entre la RZ, la GCM et LH.
- Convention de consultant entre LH et TFM.

28 avril 1997 :

- Agrément entre le Gouvernement de la RDC (AFDL) et TFM Sarl.

Mai 1997 : Paiement du premier \$50 millions de la prime de cession par LH à la GCM.

Avant le 31 mars 1998 : Le problème de la propriété des installations immobilières sur le site vis à vis de TRABECO est soulevé.

Décembre 1998 : Accord d'Option signé entre LH de BHP.

^{4/} Téléfax du PDG de la GCM à DTB/DIR en date du 26 mai 1995 concernant « Projet de Développement des Gisements de Fungurume. »

23 février 1999 : Déclaration de force majeure par TFM (et par Lundin, mais pas vu par le Consultant.)

12 mai 1999 : Jugement du Tribunal de Grande Instance de Kolwezi dans la cause TRABEKA v. TFM, Conservateur des Titres Immobiliers de Kolwezi, GCM et RDC.

2000-2001 : Négociations sur les termes de participation éventuelle de BHP et Phelps-Dodge dans le projet.

08 fév. 2002 : Arrêt de la Cour Suprême de Justice dans la cause TFM v. TRABEKA.

2002-2004 : Négociations sur la participation de Phelps Dodge dans le projet.

Décembre 2004 : Consensus entre la GCM, LH, le Ministre du Plan, le Gouverneur de la Banque Centrale et le Conseiller Principal de la Présidence en matière économique et financière sur les termes de la renégociation de la Convention Minière et la Convention de Création.

20 janvier 2005 : Lettre du Vice Président Bemba sur l'acceptation par l'ECOFIN des termes de la révision des conventions du 30 novembre 1996.

19 juillet 2005 : Approbation des termes de la révision des conventions par le Conseil des Ministres.

Septembre 2005 : Signature de la Convention d'Actionnaires Amendée et Reformulée, des Statuts Amendés et Coordinés de TFM, et de la Convention Minière Amendée et Reformulée entre les Parties.

B. Relation avec d'autres Partenariats

A l'évidence, il n'y a aucune relation entre le partenariat TFM et d'autres partenariats de la GCM ; sauf qu'il importe de se souvenir que LH a été sélectionné « de justesse » par adjudication, et qu'on n'a pas vérifié sur cartes officielles s'il y a chevauchements avec d'autres droits ou non.

III. EVALUATION DES CLAUSES DE L'ACCORD DE PARTENARIAT

A. Choix du cadre juridique du partenariat

Le partenariat TFM est établi en forme de Société par Actions à Responsabilité Limitée (S.A.R.L.). En tant que telle, elle a pu établir par ses statuts deux classes d'actions dont les actions A émises uniquement à la GCM, et les actions B émises à Lundin Holdings Ltd. et aux cinq actionnaires qui sont des personnes physiques.

Sauf en ce qui concerne l'obligation de faire les avances (les Actionnaires B exclusivement) et la présentation des membres du Conseil d'Administration, toutes les actions ont les mêmes droits et privilèges.

Le choix de la forme de S.A.R.L. a permis d'établir deux classes d'actions, et de permettre la libre cession des actions d'un actionnaire à une société affiliée. I.29.6. En outre, la forme de S.A.R.L., contrairement à la forme de S.P.R.L., permet à TFM d'émettre des obligations, ce qui lui donne plus de flexibilité pour des financements éventuels.

B. Existence légale du partenariat

La société Tenke Fungurume Mining T.F.M. S.A.R.L. est constituée sous forme d'une Société par Actions à Responsabilité Limitée, l'une des cinq formes des sociétés commerciales régies par le décret du 27 février 1887 relatif aux sociétés commerciales, tel que modifié et complété à ce jour, ainsi que par l'Arrêté Royal du 22 juin 1926 relatif aux sociétés par actions à responsabilité limitée, tel que modifié et complété à ce jour. [en donnee sur la procedure]

1. Autorisation par décret

L'article 6 du décret du 27 février 1887 relatif aux sociétés commerciales dispose que « nulle société par actions, à responsabilité limitée, ne pourra se fonder au Congo qu'après avoir été autorisée par décret. » Selon l'Arrêté Royal du 22 juin 1926 relatif aux sociétés par actions à responsabilité limitée, cette autorisation « est subordonnée notamment aux conditions ci-après : 1° Que l'acte constitutif soit reçu dans la forme authentique. » La jurisprudence interprétant ces dispositions veut que l'acte authentique soit établi avant la date du décret, mais que la S.A.R.L. n'existe qu'après la date du décret. [C'est la jurisprudence]

Il paraît que le Décret N° 0049 du Premier Ministre portant approbation de la Convention Minière a été signé le 9 décembre 1996 (pas de copie dans le dossier, mais référence dans le rapport du Directeur Gérant pour 1996) (I.34.4). La Constitution et Statuts de TFM a été signée devant Sadiki Bin Ibrahim, Notaire de la ville de Kinshasa, le 30 novembre 1996, donc elle était authentifiée avant la signature du décret. Sous réserve de la preuve de la date du décret autorisant la fondation de la TFM, S.A.R.L., cet acte semble donc être conforme aux dispositions de l'article 1, litera 1° de l'Arrêté Royal du 22 juin 1926, tel que modifié et complété.

Toutefois, la S.A.R.L. n'existait qu'à partir de la date du décret, soit le 9 décembre 1996. C'est apparemment la raison pour laquelle le Conseil d'Administration du 18 décembre 1996 a autorisé et approuvé le Contrat de Consultant entre TFM et Lundin Holdings Ltd. signé le 30 novembre 1996, soit 9 jours avant l'existence légale de TFM.

2. Conditions statutaires

Les statuts de TFM doivent être conformes aux conditions stipulées dans l'article 1 de l'Arrêté Royal du 22 juin 1926 sur les sociétés par actions à responsabilité limitée qui dispose que : « Notre autorisation, requise pour fonder en République Démocratique du

Congo, une société par actions à responsabilité limitée, est subordonné aux conditions ci-après », suivi d'une liste de 8 conditions, dont plusieurs contiennent une liste des sous-conditions.

La première condition est « *que l'acte constitutif soit reçu sous forme authentique.* » La lecture du dossier renseigne l'existence d'un acte notarié dressé le 30 novembre 1996 par Monsieur Sadiki Bin Ibrahim, Notaire de la Ville de Kinshasa habilité légalement à le recevoir aux termes des articles 2 et 20 de l'ordonnance-loi n°66-344 du 9 juin 1966 relative aux actes notariés (I.29.18-19). L'acte notarié indique qu'il a été dressé en présence des témoins comme le veut l'article 5 de l'ordonnance-loi n°66-344 du 9 juin 1966 qui veut que les comparants à l'acte déclare eux-mêmes ou par leur mandataire, devant deux témoins âgés au moins de 21 ans, que l'acte qu'ils soumettent à l'authentification du notaire est bien l'expression de leur volonté ou de la volonté de leur mandant.

Ledit instrument semble être conforme aux autres conditions de forme précitées (minimum de sept associés, souscription intégrale du capital, etc.)

3. Dépôt au greffe du tribunal de grande instance

L'article 2 alinéa 1^{er} du décret du 27 février 1887 précité tel que modifié par l'Ordonnance-Loi du 19 septembre 1965 dispose que « *les actes de société seront, à peine de nullité, dans les 6 mois de leur date, déposés en copie, en entier et par extrait au greffe du tribunal de grande instance* ». En l'espèce, l'analyse du dossier révèle que les statuts de TFM porte le tampon du greffe du registre de commerce du tribunal de grande instance de Lubumbashi, mais sans date.

4. Publication au Journal Officiel

La lecture combinée des articles 2 du décret du 27 février 1887 précité et 5 de l'Ordonnance n°11/14 du 20 janvier 1951 relative à la publication des actes de sociétés au Journal Officiel renseigne que les statuts d'une société doivent être publiés en entier ou par extrait au Journal Officiel par les soins du Ministre de la Justice aux frais des intéressés. En l'espèce, l'étude des pièces du dossier ne permet pas d'affirmer que les statuts de TFM ont fait l'objet de publication au Journal Officiel. Dans la mesure où le temps nécessaire pour que l'acte de société soit publié est indéterminé, il importe que les parties à la Constitution et Statuts de la société TFM S.A.R.L. produise la preuve de paiement pour la publication et diligente auprès du service du Journal Officiel l'insertion des statuts sociaux à la plus prochaine parution du Journal Officiel si cela n'a pas encore été faite.

C. Apports des partenaires

Tous les apports des partenaires au capital social initial de TFM (l'équivalent en monnaie nationale de USD 50.000) sont en numéraire. I.29.4.

Les actifs contribués par la Gécamines au partenariat comprennent les éléments suivants :

- Concession de Tenke N° 198 (751,94 km² situés dans la Sous-Région de Kolwezi) pour le cuivre, le cobalt et toutes autres substances minérales concessibles.
- Concession de Fungurume N° 199 (684,70 km² situés dans la Sous-Région de Kolwezi) pour le cuivre, le cobalt et toutes autres substances minérales concessibles.
- Le stock des minerais déjà extraits à Fungurume (96.922 TS dont 6,1% Cu = 5.934 TCu et 0,9% Co = 894 TCo).
- Tous les bâtiments et autres biens immobiliers, par nature ou par destination se trouvant dans les Concessions et étant en relation avec les opérations minières sur lesdites Concessions en ce compris tous les immeubles par nature ou par destination ayant appartenus à la Société Minière Tenke Fungurume.
- Toutes les données, informations, registres et rapports ayant trait aux concessions et se trouvant en possession ou sous contrôle de la Gécamines.

Cfr. Convention de Création, Annexe A (I.26.32-36), et art. 3.1 (I.26.10).

Toutefois, ces actifs ne sont pas des apports en nature au capital social de TFM par la GCM. Ils sont cédés par la GCM à TFM contre la rémunération précisée dans la Convention, selon l'article 3.1 de la Convention de Création de Tenke Fungurume Mining, et son Annexe A. Ladite rémunération consiste en le paiement de USD 250 millions en tranches de 50, 40 et 160 millions de dollars payable par Lundin Holdings, selon l'article 3.3 de la Convention de Création.^{5/} I.26.11. En effet, donc, les droits miniers sur les gisements de Tenke et Fungurume sont des apports de Lundin au capital social de TFM. Toutefois, selon les termes de la renégociation approuvés par le Gouvernement le 27 juillet 2005, ce paiement a été réduit à USD 100 millions. I.93.1. *ou peu explicite*

D. Participation dans le capital social du partenariat

Selon la Convention de Création et la Constitution et Statuts, la répartition du capital social était :

- l'équivalent de USD 45.000 représenté par 45 actions A (45%) pour la GCM ; et
- l'équivalent de USD 55.000 représenté par 55 actions B (55%) pour Lundin Holdings Ltd. I.26.40 ; I.29.4.

^{5/} Ce montant a été réduit à USD 100 millions par la Convention d'Actionnaires Amendée et Reformulée de septembre 2005.

Selon les termes de la renégociation approuvés par le Gouvernement le 27 juillet 2005, les participations dans le capital social changera à ce qui suit :

- 17,5% non diluables pour la GCM ; et
- 82,5% pour Lundin Holdings Ltd. I.93.3.

Observation : Pour arriver à cette nouvelle répartition du capital social, LH acceptera la transformation de USD 15 millions des Avances déjà effectuée par LH en capital social. Convention d'Actionnaires Amendée et Reformulée, art. 3.5.

E. Participation dans les décisions et dans la gestion

Selon l'article 11.2(a) de la Convention de Création, la GCM a le droit à nommer quatre des neuf administrateurs de TFM. I.26.19. Le nombre des administrateurs nommés par la GCM est réduit à deux selon la Convention d'Actionnaires Amendée et Reformulée (« CAAR »), art. 10.2(a).

La moitié des Administrateurs ou leurs représentants constitue un quorum et peut agir en tant que Conseil d'Administration. CAAR, art. 10.2(b).

Selon l'article 11.2(c) et 11.3 respectivement de la Convention de Création, la GCM avait le droit de présenter un de ses administrateurs comme candidat à la présidence du CA, qui serait élu, tandis que les Lundins avaient le droit de présenter un de ses administrateurs comme candidat à la fonction d'Administrateur délégué chargé de la gestion journalière qui serait élu. I.26.19. Selon l'article 10.2 (c) et (d) du CAAR, le président du Conseil d'Administration sera élu parmi les administrateurs représentant les actionnaires de la classe B (soit LH) tandis que le Vice Président sera élu parmi les administrateurs représentant les actionnaires de la classe A (soit la GCM).

F. Participation dans les bénéfices et autres avantages d'ordre monétaire

A part les paiements de Lundin pour les actifs de la GCM précisés dans l'accord, les actionnaires de TFM ne reçoivent que des dividendes ordinaires en fonction de leurs participations respectives, sous réserve du remboursement prioritaire des avances que Lundin s'engage à faire pour permettre à TFM de fonctionner avant qu'elle ne commence à générer des revenus. Convention de création, art. 12.1. I.26.1. En plus, Lundin recevra comme compensation pour ses services selon le Contrat de Consultant :

- 7% des Dépenses en Prospection pour ses services en matière de prospection ;
- 3% des Dépenses en Capital pour son assistance en matière de financement et construction ;
- 5% des Frais d'Exploitation pour son assistance en matière d'exploitation ; et

- 1,25% des recettes bruts pour son assistance en matière de commercialisation. I.29A.6.

Ces dispositions sont défavorables à la GCM et à l'Etat car le paiement de Lundin pour ses services est prioritaire par rapport aux droits de la GCM à recevoir des dividendes. De telles dispositions n'auraient pas de raison d'être si Lundin était l'actionnaire unique de TFM. Leur seule raison d'être est de subordonner les paiements des dividendes à la GCM au remboursement des services de Lundin qui autrement serait des contributions au capital de la société.

Braio

G. Obligations et responsabilités des partenaires

Les obligations et responsabilités des partenaires sont les suivantes, selon la Convention de Création :

1. Gécamines

- La cession du Bien (les actifs énumérés ci-dessus) à T.F.M., et tous les actes et opérations nécessaires pour maintenir en vigueur tous les droits sur le Bien pendant la durée de la Convention. (I.26.10.)

2. Lundin

- Payer le prime de cession (USD 100.000.000, d'après le CAAR.)
- Financer l'Etude de Faisabilité.
- Mettre en place le financement nécessaire selon l'Etude de Faisabilité dans le délai imparti. (I.26.11-12.)

H. Excuses pour non accomplissement des obligations (force majeure, faits du prince, etc.)

Il y a eu une déclaration de force majeure par Lundin et TFM, le 23 février 1999 (I.48) selon les dispositions de l'article 35 de la Convention Minière (I.27.46) et de l'article 19 de la Convention de Création de TFM (I.26.28). La force majeure était évoquée sur fondement des Décrets N^{os} 171 et 172 de la RDC du 2 janvier 1999, qui ne sont pas dans le dossier, qui n'ont pas été publiés au J.O., et que le Consultant ne trouve pas.

Est-ce que la déclaration de force majeure était juridiquement valable ? D'emblée, la définition de la force majeure dans les Conventions n'est pas conforme à ce qui est entendu par ce terme en droit commercial international. On parle de « tout évènement soudain ou imprévisible ou insurmontable » sans préciser que cet évènement doit être de nature à empêcher la partie affectée à accomplir ses obligations malgré l'exercice de toute diligence de sa part. I.26.2 ; I 27.46. Cette définition a été extrêmement préjudiciable à la GCM. Il ne s'agit pas d'une vraie clause de *force majeure*. Il s'agit d'une excuse très facultative pour

LH. Cela se voit dans la déclaration de force majeure de TFM (sic) qui ne dit même pas que l'évènement de FM empêche TFM d'exercer ses obligations. I.48. La GCM et l'Etat auraient dû contester en arbitrage les déclarations de FM, mais ils ne l'ont pas fait par faiblesse.

Est-ce que la déclaration de Force Majeure est intervenue avant l'échéance de la période pour la réalisation de l'Etude de Faisabilité par Lundin ? Quelle sont les dates d'entrée en vigueur des Conventions ? Pour la Convention de Création de TFM, il y a plusieurs conditions antérieures à l'entrée en vigueur selon l'article 3.2 (I.26.11). Quand ont-elles été remplies ? ^{9/} Le rapport annuel du Président du CA soumis à la réunion du Conseil d'Administration de TFM du 27 février 1997 indique que les travaux de TFM sur l'Etude de Faisabilité ont commencé le 1^{er} janvier 1997. I.34.4. Est-ce que cela veut dire que la Convention de Création est entrée en vigueur au plus tard le 1^{er} janvier 1997 ? Auquel cas, l'évènement de force majeure est intervenu après la date limite pour la remise de l'Etude de Faisabilité, selon l'article 4.2 de la Convention de Création (24 mois après la date de l'entrée en vigueur). I.26.12. Il n'y a pas de document dans le dossier qui indique que la GCM a accordé une extension de ce délai à LH. Mais il n'y a pas non plus de document dans le dossier indiquant une mise en demeure de LH par la GCM pour inexécution de son obligation dans le délai convenu.

Tandis qu'il y a des questions juridiques de fond sur la validité de la déclaration de force majeure, la GCM et l'Etat ont renoncé à leurs droits de les invoquer, en signant en septembre 2005 la CAAR et la Convention Minière Amendée et Reformulée (« CMAR »).

Le Consultant Juridique constate douloureusement que la clause de *force majeure* n'a été modifiée que très légèrement *in fine* dans la CAAR, art. 18.1. La GCM aurait dû lutter pour reformuler cette clause de force majeure conformément à celle dans le Contrat d'Association de KMT, art. 20 ou celle dans le Code Minier, art. 297. Tandis que le cas de force majeure déclarée en février 1999 a été levé par l'article 21.1 de la CAAR, la clause de *force majeure* maintenue dans l'article 18.1 de la CAAR sera vraisemblablement la source de plus de problèmes concernant ce partenariat dans l'avenir - surtout si la GCM n'est pas prêt à contester l'utilisation de cette clause par LH.

I. Contrôles

L'article 20 des statuts initiaux de TFM dispose que la situation financière de la société, ainsi que la régularité au regard des lois sur les sociétés commerciales, des lois

^{9/} La Convention Minière, selon son article 53, est entrée en vigueur après sa signature par toutes les parties intéressées et son approbation par décret du Premier Ministre (I.27.54). Le Décret N° 0052 portant approbation de la Convention Minière est signé le 20 décembre 1996 (pas de copie dans le dossier, mais référence dans l'Accord du 28 avril 1997 entre le Gouvernement de la RDC et TFM) (I.36.22). Toutefois, la Convention Minière ne contient ni l'engagement de LH de réaliser l'Etude de Faisabilité ni de dispositions pour la résiliation de la Convention.

comptable et des statuts sera confié à un ou plusieurs commissaires aux comptes. Le ou les commissaires aux comptes sont nommés par l'assemblée générale où la GCM est minoritaire, sans aucun droit spécial de la GCM à nommer au moins un des commissaires aux comptes. I.29.11.

L'article 12.3 de la Convention de Création dispose en plus que le Conseil d'Administration de TFM nommera une firme indépendante de réviseurs de réputation internationale pour contrôler les comptes de TFM. I.26.20. C'est une bonne chose, mais encore une fois, le choix du réviseur international dépendra entièrement du partenaire majoritaire.

J. Résiliation : pouvoir et conséquences

1. Convention de Création

La durée de la Convention de Création (d'après son article 7.1) est indéfinie : Jusqu'à ce que le Bien ne soit plus exploitable ou que les actionnaires de TFM décident de commun accord d'y mettre fin. I.26.13. C'est une mauvaise formule parce que la détermination que le Bien soit exploitable ou non est subjective et dépend des considérations de rentabilité qui changent avec les conditions du marché. En outre, cela veut dire que la Convention sera terminée à la fin des opérations de production mais avant l'achèvement des opérations de clôture de la mine et de réhabilitation du site. Malheureusement, cette formulation a été maintenue dans l'article 6.1 de la CAAR.

Cette durée est sous réserve des droits de résiliation anticipée de Lundin dans deux circonstances et un droit de résiliation anticipée de la GCM.

a. Résiliation Anticipée par Lundin Holdings

1. Pour convenance (art. 7.2, Convention de Création ; I.26.13)

- moyennant préavis écrit de 30 jours, et
- la cession sans contrepartie de ses actions à la GCM,
- LH provoquera la démission de ses administrateurs, etc.,
- les avances de LH et dues seront acquises par TFM,
- la dette de TFM envers LH sera annulée,
- L'Etude de Faisabilité deviendra la propriété de LH,
- LH sera libéré d'effectuer tout autre paiement, et
- aucun dommage-intérêt ne sera payable par LH à quiconque.

2. Pour inexécution non vénielle par GCM ou par l'Etat (art. 7.5, Convention de Création ; I.26.14)

- en cas d'inexécution non vénielle d'une disposition de la Convention de Création par la GCM, ou de la Convention Minière par l'Etat ;

- LH pourra suspendre l'exécution de ses obligations en vertu de la Convention de Création jusqu'à ce qu'il soit remédié à l'inexécution ;
- les délais pour l'exécution des obligations de Lundin seront allongée pour une durée égale à celle de l'inexécution ; et
- si la GCM ou l'Etat n'ont pas remédié l'inexécution dans les trente jours de la mise en demeure leur adressé par recommandée, LH pourra conformément aux dispositions sur le règlement des différends, postuler la résiliation de la Convention de Création et poursuivre ses dommages-intérêts.

Observation : Cette dernière disposition est très préjudiciable à la GCM dans la mesure où LH peut s'en servir à tout moment, même sans notification écrite, pour justifier tout retard dans l'exécution de ses propres obligations. Dans l'absence de balises, la GCM n'a aucun pouvoir d'y résister. Regrettablement, cette formule est maintenue dans la CAAR, art. 6.5.

b. Résiliation Anticipée par la GCM (art. 7.3, Convention de Création, I.26.13)

- En cas d'inexécution non vénielle d'une disposition de la Convention de Création par LH,
- Mise en demeure de 30 jours,
- en cas d'inexécution persistante et non justifiée,
- la GCM peut, conformément à la procédure de règlement des différends, postuler la résiliation et/ou poursuivre la réparation de son préjudice.

2. Convention Minière

Il n'y a pas de dispositions sur la résiliation anticipée dans la Convention Minière.

K. Récupération des droits en cas de liquidation

Il n'y a pas de disposition qui garantit à la GCM sa récupération des droits miniers, qui ont été aliéné contre paiement en espèces, en cas de liquidation de TFM. On peut s'interroger sur comment TFM a échappé à l'application de l'art. 37 des statuts qui impose la liquidation obligatoire au cas où l'actif net est réduit à un montant inférieur à la moitié du capital social, et même encore s'il est réduit à un montant inférieur à un quart du capital social. I.29.16. Cette dernière disposition aurait pu mettre la dissolution de la société sous le contrôle de la GCM si les Avances n'arrivaient pas à temps pour empêcher la réduction du capital qui décroche l'obligation de dissolution.

L. Règlement des différends et droit applicable

La Convention de Création et la Convention Minière contiennent des dispositions très précises sur le règlement des différends comme il suit :

1. Convention de Création, art. 17 (I.26.26 à 27) :

Règlement à l'amiable :

- réunion dans les 15 jours, et
- règlement, si possible, dans les 15 jours de la réunion.

Arbitrage entre les parties :

- A Genève,
- en anglais, avec traduction simultanée en français (ce qui favorise le partenaire anglophone), et
- selon les règles de la CCI. (Le choix des règles n'est pas mauvais. Toute sentence prononcé par un tribunal arbitral établi conformément aux règles de la CCI est soumise à l'approbation du conseil de la CCI comme condition de validité et peut être modifié par le conseil.)

Arbitrage avec l'Etat :

- Les mêmes dispositions qu'entre parties s'appliquent, sauf en cas de décision de connexité par le tribunal d'arbitrage, auquel cas ce sont les règles du CIRDI qui s'appliquent.

Juridiction éventuelle :

- est confié aux tribunaux de Vancouver au Canada en ce qui concerne les questions pour lesquelles les arbitres sont incompétents; et
- les procédés seront en anglais avec traduction simultanée en français.

Droit applicable : « les principes de droit commercial international et, à titre supplétif, par le droit zaïrois. » Convention de Création, art. 1.5. I.26.8. Cette disposition est plus favorable au partenaire qu'à la GCM. C'est modifié dans la CAAR (art. 1.5) à « le droit de la République Démocratique du Congo, et, si c'est nécessaire, à titre supplétif par les principes de droit commercial international applicables en l'espèce, » ce qui revient à la normalité.

2. Convention Minière, art. 37 (I.27.48) :

Arbitrage

- A Washington,
- en anglais, avec traduction simultanée en français, et
- selon les règles du CIRDI.

Juridiction éventuelle :

- tribunaux de Genève;
- en français, avec traduction simultanée en anglais.

Droit applicable : la même disposition que dans la Convention de Création s'applique. La CMAR (art. 29) adopte la même disposition que la CAAR, heureusement.

IV. EVALUATION DU STATUT JURIDIQUE DE L'ACCORD DE PARTENARIAT

A. VALIDITE DE L'ACCORD DE PARTENARIAT PAR RAPPORT A LA QUALITE ET CAPACITE DES PARTIES ET LES POUVOIRS DES SIGNATAIRES

1° Quant à la GCM

Conformité de l'accord avec l'objet social de la GCM

Conformément aux dispositions du Décret N° 0049 du 7 novembre 1995 portant création et statuts de la GCM, l'objet de l'entreprise comprend (a) la recherche et l'exploitation des gisements miniers ; (b) le traitement des substances minérales provenant de ces gisements ; et (c) la commercialisation et la vente de ces substances, tant à l'état brut qu'après traitement. L'objet de la Convention de Création ainsi que celui de la Convention Minière est conforme audit objet social de la GCM et ne contient rien contradictoire avec ledit objet social.

Pouvoir (compétence) des signataires

L'article 20 de la Loi N° 78-002 du 6 janvier 1978 portant dispositions générales applicables aux Entreprises Publiques, telle que modifiée et complétée dispose :

A moins d'un mandat spécial donné par le Conseil d'Administration, tous les actes engageant l'entreprise autres que ceux relevant de la gestion des affaires courantes, sont

signés par deux administrateurs dont le Président du Conseil ou son remplaçant, et le Délégué Général. XXXVIII.17.7.

La Convention de Création et la Convention Minière ont été signés par Monsieur Umba Kyamitala, en tant que Président Délégué Général, et Monsieur Yawili Nyi Zongia, en tant que Délégué Général Adjoint. Aucun document dans le dossier ne permet de confirmer que ces messieurs détenaient ces postes ; mais il paraît selon le titre que le Président du Conseil et le DG était la même personne. Si cela était le cas, il suffit que Monsieur Yawili Nyi Zongia soit administrateur pour que les signataires soient compétents pour engager la GCM.

Décisions du Conseil d'Administration

Le Consultant n'a pas vu la décision du Conseil d'Administration autorisant la conclusion de la Convention de Création et la Convention Minière avec LH, ni la conclusion de la CAAR et la CMAR. Toutefois, il n'y a pas de doute que ces dernières conventions ont été autorisées par le Conseil d'Administration.

Autorisation de la tutelle

L'autorisation préalable pour la Convention de Création n'a pas été fournie ; mais la GCM a fourni l'Accord entre la République Démocratique du Congo et Tenke Fungurume Mining SARL, en date du 28 avril 1997.

L'Approbation des termes pour la modification des Conventions par le Conseil des Ministres le 19 juillet 2005 a été avisé à la GCM par lettre n° CAB.MIN/MINES/01/0593/05 du Ministre des Mines en date du 23 juillet 2005 à l'ADG de la GCM.

2° Quant au Partenaire

Existence légale du partenaire

Il n'y a pas de preuve de l'existence légale de LH en tant que société de droit bermudien dans le dossier.

Conformité de l'accord de partenariat avec l'objet social du partenaire

On ne peut pas dire, dans l'absence des statuts de LH.

Pouvoirs (compétence) des signataires

Les deux Conventions initiales ont été signées pour LH par Adolf H. Lundin, en qualité de Président. Il n'y a pas de preuve dans le dossier de sa compétence.

Autorisation du partenaire

Il n'y a pas de documentation sur l'autorisation du partenaire dans le dossier.

B. VALIDITE DE L'ACCORD DE PARTENARIAT PAR RAPPORT AU CODE MINIER ET AU REGLEMENT MINIER

1° L'éligibilité du partenaire ou du partenariat comme titulaire

L'article 51 de la CMAR dispose que « [l]e Code Minier et le Règlement Minier ne s'appliqueront pas à la présente Convention ni aux Droits et Titres sur le Bien (excepté les dispositions concernant la validation et la mise en conformité de ceux-ci.) » La question de la validité de l'article 51 de la CMAR est considérée ci-dessous à la section C.2° dans la partie concernant la transformation ou non des concessions.

En plus, l'article 52 de la CMAR dispose dans son deuxième alinéa comme il suit :

Conformément aux articles 340 et 343(a) du Code Minier, la présente Convention reste réglé par l'Ordonnance-Loi n° 81-013 du 2 avril 1981 portant législation générale sur les mines et les hydrocarbures.

La validité ou non de cette disposition est aussi considérée ci-dessous à la section C.2° dans la partie concernant la transformation ou non des concessions .

Selon l'article 7 de l'Ordonnance-Loi N° 81-013 du 2 avril 1981, tel que modifiée et complétée, la loi en vigueur lorsque TFM a acquis ses droits miniers, pour être éligible, une personne morale devait satisfaire aux conditions suivantes:

- être constituée conformément au droit positif zaïrois,
- avoir son siège en République du Zaïre, et
- veiller à ce que son objet social soit limité à la prospection, la recherche, à l'exploitation, aux activités connexes ainsi qu'aux activités agricoles et sociales ou à l'une de ces activités.

TFM satisfaisait à ces conditions.

Au cas où le Code Minier s'applique : Selon l'article 23(a) de la Loi N° 007/2002 du 11 juillet 2002 portant Code Minier, pour être éligible aux droits miniers, une personne morale doit remplir les conditions suivantes :

- être une personne morale de droit congolais;
- avoir son siège social et administratif dans le Territoire National; et
- dont l'objet social porte sur les activités minières.

TFM est une S.A.R.L. légalement constituée, ayant son siège à Lubumbashi et comprenant des activités minières dans son objet social. Il est donc éligible à être titulaire des droits miniers selon le Code Minier.

2° La conformité avec les dispositions du Code et du Règlement sur :

- **les cessions (CM, arts. 182-186)**

TFM a acquis ses concessions minières avant l'entrée en vigueur du nouveau Code Minier. L'Etat s'est engagé dans la Convention Minière (I.27.23) à autoriser la cession du Bien, y compris les concessions minières, à TFM. La cession des concessions Nos 198 et 199 par la GCM à TFM a été faite sous l'Ordonnance-Loi N° 81-013 du 2 avril 1981, tel que modifiée et complétée, qui disposait dans son article 26 que la concession était cessible à toute personne présentant les garanties exigées par les articles 7 (concernant les critères de l'éligibilité) et 22 b) (concernant l'obligation de démontrer l'existence d'un gisement), sous réserve de l'autorisation du Ministre ayant les mines dans ses attributions et après avis du Service des Mines.

A l'évidence, TFM devait pouvoir satisfaire aux conditions. Nous n'avons pas vu les autorisations du Ministre des Mines pour les cessions. Voyez la discussion ci-dessous sur les questions de validité.

- **les amodiations (CM, arts. 177-181)**

Ce partenariat ne concerne pas une amodiation.

- **la participation de l'Etat (CM, art. 71(d))**

Les concessions ayant été octroyés sous l'Ordonnance-Loi N° 81-013 du 2 avril 1981, l'article 71(d) du nouveau Code Minier ne s'applique pas.

- **la transformation ou non des concessions (CM, art. 340 ; RM, art. 582)**

TFM n'a pas transformé ses concessions minières. Elle s'est limitée à mettre en conformité les périmètres seulement. TFM prend la position que les dispositions du Code Minier concernant la transformation ne s'appliquent pas à elle.

Les dispositions de la CMAR appuient cette position. Comme il est mentionné ci-dessus, l'article 51 de la CMAR dispose que « [l]e Code Minier et le Règlement Minier ne s'appliqueront pas à la présente Convention ni aux Droits et Titres sur le Bien (excepté les dispositions concernant la validation et la mise en conformité de ceux-ci) » ; et l'article 52 de la CMAR dispose qu'elle (la Convention Minière Amendée et Reformulée) reste régie par l'Ordonnance-Loi N° 81-013 du 2 avril 1981, « conformément aux articles 340 et 343(a) du Code Minier. » Donc, d'après la CMAR, l'obligation de transformation dans l'article 339 du Code Minier ne s'applique pas au partenariat TFM.

Toutefois, il y a plusieurs questions concernant la validité des dispositions sur lesquelles TFM s'appuie. **Premièrement**: la CMAR peut-elle avoir une application rétroactive ?

Selon ce que les représentants de la GCM ont dit, la CMAR a été signée en septembre 2005. Selon son article 40, elle devait entrer en vigueur « à la date de son approbation par décret présidentiel. » Selon une annonce de presse au site web de la maison mère de Lundin Holdings (Tenke Mining Corporation), le décret présidentiel a été signé au plus tard le 2 novembre 2005. Donc, la CAMR est entré en vigueur en début de novembre 2005.

Or, selon l'article 339 du Code Minier, tous les titulaires des droits miniers validés devaient les transformer en droits miniers selon le nouveau Code dans les trois mois de l'entrée en vigueur du Règlement Minier. Le Règlement Minier, conformément à son article 597, est entré en vigueur à la date de sa signature, soit le **26 mars 2003**. La période de trois mois pour la transformation des droits miniers s'est terminée donc le 26 juin 2003, soit plus de deux années avant l'entrée en vigueur de la CMAR. Donc, la CMAR n'était pas en vigueur (d'ailleurs, ses termes n'étaient même pas encore négociés) pendant la période de la transformation exigée par l'article 339 du Code Minier. Son effet juridique concernant l'applicabilité de l'obligation de transformation aux concessions de TFM selon l'article 339 du Code Minier est donc **nul**, sous réserve que la CMAR lie le Gouvernement actuel par rapport à la GCM, LH et TFM en ce qui concerne sa politique d'application de la loi.

Deuxièmement, est-ce que l'article 52 de la CMAR est une interprétation correcte du Code Minier ?

L'article 340 dispose comme il suit :

Article 340 : Des droits miniers découlant des conventions minières

Sans préjudice des dispositions de l'article 336 ci-dessus, les Titulaires des droits miniers découlant des conventions minières dûment signées et approuvées par Décret du Président de la République, conformément à l'Ordonnance-Loi n° 81-013 du 2 avril 1981 portant législation sur les mines et les hydrocarbures et en vigueur à la date de la promulgation du présent Code, sont régis par les termes de leurs conventions respectives.

Leurs titulaires peuvent néanmoins opter pour l'application des dispositions du présent Code dans leur intégralité en lieu et place de leurs conventions dans les neuf mois qui suivent l'entrée en vigueur de celui-ci.

Ils doivent, en tout cas, se conformer, dans les trois mois de l'entrée en vigueur du Règlement Minier, aux

dispositions du présent Code régissant les formes, l'orientation et la localisation des Périmètres miniers.

L'article 343(a) du Code Minier dispose comme il suit :

Article 343 : Des dispositions abrogatoires

Sont abrogées à la date, selon le cas, de la promulgation ou de l'entrée en vigueur de la présente loi :

- a) Ordonnance-Loi n° 81-013 du 2 avril 1981 portant législation générale sur les mines et les hydrocarbures telle que modifiée et complétée à ce jour, à l'exception des dispositions applicables aux hydrocarbures, et sauf en ce qui concerne les conventions minières dûment signées et approuvées à la promulgation du présent Code :

D'emblée, la CMAR n'était pas en vigueur à la date de la promulgation du Code Minier, le 11 juillet 2002. Donc, la CMAR ne peut pas être une des conventions minières dont l'article 340 du Code Minier parle. C'est la Convention Minière du 30 novembre 1996 qui était en vigueur à la date de l'entrée en vigueur du Code Minier.

Est-ce que les concessions Nos 198 et 199 sur Tenke et Fungurume sont « des droits miniers qui découlent des conventions minières dûment signées et approuvées par Décret du Président de la République » au sens de l'article 340 du nouveau Code Minier ? Le Consultant Juridique estime que non pour les raisons suivantes.

Les uniques droits qui découlent du régime conventionnel sont les ZERs accordées en application des dispositions du Titre III de l'Ordonnance-Loi N° 81-013 du 2 avril 1981. Les droits miniers cédés par la GCM à TFM sont des concessions. Les concessions obtenues par transformation d'une partie d'une ZER sont octroyés selon les dispositions du régime de droit commun sous l'O-L N° 81-013, comme il est précisé dans son article 40(b). Les concessions relèvent du régime de droit commun et non du régime conventionnel. Donc, même si la Convention Minière du 30 novembre 1996 était une des « conventions minières dûment signées et approuvées par Décret du Président de la République, conformément à l'Ordonnance-Loi n° 81-013 du 2 avril 1981 portant législation sur les mines et les hydrocarbures », les concessions ne sont pas des droits qui découlent du régime conventionnel.

En outre, la Convention Minière du 30 novembre 1996 n'est pas conforme à l'Ordonnance-Loi n° 81-013. L'unique convention minière autorisée par ladite O-L est la convention qui accorde une ou plusieurs Zones Exclusives de Recherches (ZERs), selon l'article 38 de l'O-L. La Convention Minière du 30 novembre 1996 sur TFM ne parle même pas de ZERs et n'est pas conforme aux dispositions de l'article 39 de l'Ordonnance-Loi n° 81-013. Donc, la Convention Minière du 30 novembre 1996 concernant le partenariat TFM n'est pas une convention autorisée par l'Ordonnance-Loi n° 81-013.

En conséquence de ce qui précède, le Consultant conclut que l'article 340 du Code Minier ne s'applique pas au cas de TFM, qui était obligé de transformer ses concessions minières en Permis d'Exploitation selon l'article 339 du Code Minier.

Mais quoi sur la clause de stabilité à l'article 42 de la Convention Minière du 30 novembre 1996 ? Elle était en effet pendant la période de l'obligation de la transformation et dispose comme il suit :

Article 42: Stabilité de la législation

L'Etat garantit, pendant toute la durée de la présente Convention à T.F.M., à ses actionnaires, à son ou ses consultants, à ses mandataires sociaux, à ses agents salariés expatriés et à ses bailleurs de fonds, la stabilité de la législation et de la réglementation en vigueur à la Date de la présente Convention, et notamment dans les domaines judiciaires, foncier, fiscal et douanier, commercial, monétaire, social et du travail, des conditions de séjour et de travail des étrangers, de la santé et de la réglementaire minière.

Aucune disposition légale ou réglementaire prenant effet à une date postérieure à la Date de la présente Convention ne peut avoir pour conséquence de restreindre ou de diminuer les avantages particuliers de la présente Convention ou d'entraver l'exercice des droits en résultant.

D'abord, on note que le premier alinéa parle « de la réglementaire minière ». Or, en ce qui concerne l'article 339 du Code Minier, il s'agit d'une loi. Selon l'Acte Constitutionnel de Transition de 1994 en vigueur au moment de la signature de la Convention Minière : « la réglementation » ne concerne que « les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi » (art. 61) ; les principes fondamentaux du « régime foncier et minier » sont fixés par la loi (art. 59) ; et le pouvoir réglementaire est exercé par le Premier Ministre par voie de décrets délibérés en Conseil des Ministres (art. 80). Donc, *a priori*, l'article 42 de la Convention Minière n'envisageait que de restreindre le pouvoir réglementaire du Gouvernement en matière minière.

D'ailleurs, la Convention Minière n'est pas une loi. Elle n'a pas été ratifiée comme telle par le Haut Conseil de la République - Parlement de Transition. Elle n'a pas été adoptée par le Gouvernement sous un pouvoir législatif quelconque délégué par la législature. Donc, selon le principe fondamental de l'hierarchie des lois, la Convention Minière ne peut pas garantir la non application à TFM des lois votées ultérieurement. D'ailleurs, la Convention Minière ne mentionne dans sa Préambule aucune autorisation du Gouvernement de conclure une telle Convention ; et le Consultant n'en connaît aucune ni dans la loi ni dans l'Acte Constitutionnel de Transition de 1994 en vigueur au moment de la signature de la Convention Minière. Au contraire, l'article 107 dudit Acte Constitutionnel dispose que : « il ne peut être établi d'exemption ou d'allègement fiscal qu'en vertu de la loi. » La Convention

Minière contredit cette disposition et serait trouvée, en ce qui concerne les exonérations fiscales, non Constitutionnelle en cas de litige devant la Cour Suprême. (L'Etat devrait en tenir compte dans ses entretiens avec le partenaire.) Toutefois, la Convention Minière lie le Gouvernement actuelle qui l'a négociée et l'a signée. Mais elle n'est probablement pas juridiquement contraignante aux gouvernements futurs, et certainement pas au Parlement.

Donc, le Consultant conclut que les concessions de Tenke et Fungurume sont assujettis à l'obligation de transformation en Permis d'Exploitation conformément aux dispositions de l'article 339 du Code Minier en vigueur.

Est-ce que cela a été fait ? Si non, les concessions sont considérés renoncées selon l'article 586 du Règlement Minier, sous réserve que cette conséquence relève du pouvoir réglementaire du Gouvernement, qui a convenu dans la CMAR que les dispositions du Règlement Minier ne s'appliquent pas aux concessions de TFM. Cfr. Convention Minière, Art. 44 ; I.27.50. Selon le rapport de TFM aux actionnaires sur le 1^{er} trimestre de 2005 (transmis à la GCM par lettre N° DVH/05187 en date du 15 juin 2005 de l'Administrateur Délégué de TFM à l'ADG et l'ADGA de la GCM), TFM a déposé le 16 et le 23 juin 2003 la demande officielle pour la mise en conformité des concessions de Tenke et de Fungurume. Selon le rapport trimestriel :

- a) TFM a reçu la confirmation affirmative du CAMI de la mise en conformité des concessions C198 et C199 le 11 juillet 2003 ;
- b) TFM a reçu les nouveaux titres miniers n° 123 (Tenke) et n° 159 (Fungurume) datés le 3 novembre 2004 ; et
- c) TFM a déposé le 10 mars 2005 la demande de renouvellement de la concession n° 123 pour Tenke.

D'après l'examen du Certificat du Permis d'Exploitation N° 123 (l'ancienne concession de Tenke n° 198) et du Certificat du Permis d'Exploitation N° 159 (l'ancienne concession de Fungurume n° 199) fournis par la GCM, le Consultant constate qu'il s'agit d'une mise en conformité des anciennes concessions « d'office » ; et, tandis que les certificats ne parlent pas de transformation, ils remplacent les anciennes concessions par des Permis d'Exploitation portant des nouveaux numéros. Donc, en effet, il paraît que le CAMI a peut-être transformé les anciennes concessions de TFM en Permis d'Exploitation - même si TFM ne l'a pas demandé - mais cette situation est ambiguë.

Toutefois, il est évident que dans l'esprit du partenaire LH et de TFM, les concessions de Tenke et de Fungurume sont en cours de validité selon les dispositions de l'Ordonnance-Loi n° 81-013 et n'ont pas été transformées selon l'article 339 du Code Minier.

- **la mise en conformité avec les obligations environnementales (RM, art. 466).**

L'article 580 du Règlement Minier exige que « les requérants des droits transformés sont tenus de s'engager, et les titulaires des droits transformés seront engagés, à respecter les dispositions du Chapitre VI du Titre XVIII du présent Décret visant la mise en conformité environnementale des opérations en vertu des droits existants validés et transformés. »

L'article 408 du Règlement Minier exige que chaque titulaire d'un droit minier valide et transformé dépose, dans les douze mois suivant la délivrance du titre qui représente son droit transformé, un Plan d'Ajustement Environnemental (PAE) élaboré et approuvé conformément aux dispositions du Chapitre VI du Règlement Minier.

L'article 466, qui fait partie dudit Chapitre VI, impose un délai plus court pour le dépôt du Plan d'Ajustement Environnemental : dans les douze mois suivant l'entrée en vigueur du Règlement Minier pour les droits miniers transformés dont la durée non échue est supérieure à cinq ans (le cas de la concession N° 199 de Fungurume mais pas de celle N° 198 de Tenke), soit le 26 mars 2004. Les deux articles du Règlement Minier sont en conflit quant au délai pour le dépôt du PAE. Toutefois, le délai précisé à l'article 408 devrait prévaloir. Un titulaire ne saurait pas élaborer et déposer un PAE sans avoir obtenu son droit minier valide et transformé, et les procédures de la transformation n'étaient connues qu'après la publication du Règlement. Donc, on estime que le délai applicable est de douze mois à compter de la date de délivrance du droit transformé remplaçant la Concession N° 199 par le CAMI à TFM (c'est à dire le PE n° 159).

Toutefois, TFM semble échapper à cette obligation d'après les dispositions des articles 22 (« Protection de l'Environnement ») et 30 (« Stabilité de la Législation ») de la Convention Minière selon lesquelles TFM n'est tenu que de respecter les « normes et usages internationalement reconnus dans l'industrie Minière, autant qu'ils peuvent être appliqués en République Démocratique du Congo, et aux lois en vigueur à la date de la Convention Originale » (c'est à dire le 30 novembre 1996). Pour des raisons évoquées ci-dessus, cette disposition peut être valable dans la mesure où elle déroge d'une disposition réglementaire et non pas d'une loi.

3° Questions sur l'existence ou la validité des droits miniers sur les gisements concernés au nom de la GCM ou du partenariat

La Convention de Création de TFM (I.26) et la Convention Minière (I.27), prévoient et autorisent la cession de deux concessions suivantes au partenariat TFM :

La Concession N° 198 de Tenke : attribuée par Arrêté Ministériel N° 0156/DPT-MINIER/85 du 17 septembre 1985, modifié et complété par l'Arrêté Ministériel N° 333/CAB-VPM/MINES/96 du 13 septembre 1996. Située dans le District de Kolwezi au bord de la route nationale n° __ (côté nord) entre les villes de Likasi et Kolwezi, cette concession couvre une superficie de 751,94 km². Elle est valable pour le cuivre, le cobalt et toutes autres substances minérales concessibles. Convention de Création (I.26.32). La période de validité de vingt ans devait expirer le 16 septembre 2005, selon l'Annexe A de la Convention de Création.^{2/} Elle est

^{2/} Dans l'Arrêté Ministériel N° 001/CAB.MINES-HYDRO/01/2003 du 25 janvier 2003 portant publication des listes des droits miniers et de carrières en vigueur, confirmés, renoncés et réclamés, publié au Numéro Spécial du J.O. du 15 avril 2003, la Concession N° 198 de Tenke
(continued)

renouvelable deux fois pour dix ans chaque fois, conformément aux dispositions de l'art. 24 de l'Ordonnance-Loi 81-013, du 2 avril 1981, sous laquelle elle a été attribuée, donc jusqu'au 16 septembre 2025.^{8/}

Concession de N° 199 Fungurume : attribué par l'Arrêté Ministériel N° 0081/MINIS-MIN/91 du 14 août 1991, modifié et complété par l'Arrêté Ministériel N° 334/CAB-VPM/MINES/96 du 13 septembre 1996.
Convention de Création (I.26.33).

L'Etat a garanti à Lundin Holdings et à TFM la validité et l'exclusivité de ces concessions dans la Convention Minière. I.27.21.

Conformément aux dispositions de l'article 337 de la Loi N° 007/2002 du 11 juillet 2002 portant Code Minier, tous les droits miniers en RDC étaient soumis à la procédure de validation précisée dans ledit article. Dans l'Arrêté Ministériel N° 195/CAB.MINES-HYDRO/01/2002 du 26 août 2002, la Concession N° 198 de Tenke apparaît (p. 38) comme droit minier en cours de validité au nom de la GCM et non pas au nom de TFM. Toutefois, ladite concession apparaît au nom de TFM dans l'Arrêté Ministériel N° 001/CAB.MINES-HYDRO/01/2003 du 25 janvier 2003, comme « titre réclamé » à raison de « petites erreurs » dans les informations sur la liste officielle parue au JO. L'article 337 du Code Minier réservait à l'autorité compétente le pouvoir d'accepter ce genre de corrections. Toutefois, étant donné que la Concession N° 198 paraît comme titre réclamé au lieu de titre confirmé, il n'est pas clair si son cas doit être déféré à la Commission de Validité selon l'article 337 du Code Minier. Les membres de la Commission de Validation viennent d'être nommés par Décret N° 05/092 du 14 septembre 2005.

Donc, une question qui se pose est : de savoir si la Concession N° 198 de Tenke est considérée confirmée avec des petites corrections, ou en réclamation devant la Commission de Validation ? Une autre question est de savoir si elle est déjà renouvelée ou en cours de renouvellement au Cadastre Minier ?

Quant à la Concession N° 199 de Fungurume, elle apparaît déjà au nom de TFM sur la liste de l'Arrêté Ministériel N° 195/CAB.MINES-HYDRO/01/2002 du 26 août 2002, et

apparaît comme un droit minier "réclamé" dont la date d'expiration est du **16 novembre 2005** avec la notation « Informations sur la liste officielle au JO comportant de petites erreurs. » La date d'expiration a été changée par rapport à la date indiquée sur la liste officielle établie par l'Arrêté Ministériel N° 195/CAB.MINES-HYDRO/01/2002 du 26 août 2002 portant établissement et publication de la liste des droits miniers et de carrières en cours de validité, expirés ou annulés depuis 1995, publié au Numéro Spécial du J.O. d'août 2002.

^{8/}

« A la fin de cette période, le titulaire peut demander et obtenir de nouveaux permis d'exploitation sur la même surface ou une nouvelle concession. » l'Ordonnance-Loi 81-013, du 2 avril 1981, art. 24.

elle est confirmée tout simplement par l'Arrêté Ministériel N° 001/CAB.MINES-HYDRO/01/2003 du 25 janvier 2003.

C. VALIDITE DE L'ACCORD DE PARTENARIAT PAR RAPPORT A SON OBJET

1° Conflits évidents ou éventuels avec d'autres obligations d'ordre légal ou contractuel de la GCM

Lors de la liquidation de la Société Minière de Tenke et Fungurume (en abrégé « SMTF ») en 1984, la Société des Traverses à Béton du Katanga s.p.r.l. (en abrégé « TRABEKA ») a acheté de la SMTF certains biens meubles et immeubles sur le site de Fungurume pour le prix de 3.2 millions USD (I.92A.2). Suite à l'acquisition des droits miniers sur Tenke et Fungurume par TFM conformément aux dispositions de la Convention de Création de Société et la Convention Minière du 30 novembre 1996, et après autorisation du Ministre des Mines par lettre du 31 mars 1998, la GCM et TRABEKA ont créé une commission mixte pour déterminer la compensation que la GCM paierait à TRABEKA pour le transfert des actifs sur le site à la GCM qui devait les contribuer à TFM. Au cours des séances de négociation en 1998, la commission mixte a déterminé une valeur théorique des biens en question. Une demande de TFM à GCM en septembre 1998 de purger le bien des droits des tiers a porté la valeur théorique du bien de 12.219.980 à 16.250.947 USD. La GCM, qui évaluait le coût d'acquisition des biens concernés à 9.830.000 USD, comptait sur le prochain échéancier de la Prime de Cession que Lundin devait payer selon la Convention de Création pour conclure l'acquisition.

Evidemment, l'acquisition n'a pas été réalisée. Le 16 février 1999, TRABEKA dépose une plainte au Tribunal de Grande Instance de Kolwezi visant l'annulation des titres fonciers de TFM sur les immeubles du site et l'établissement des titres fonciers à son nom, et la réclamation contre la GCM d'une compensation de 3 millions FC pour l'occupation de ses immeubles et un dédommagement de 2 millions de FC (I.67.4.) Lundin et TFM déclare la force majeure le 23 février 1999 (I.48). Au cours du litige, TRABEKA a augmenté le montant de la compensation demandée à 4.5 millions FC et a ajouté une demande de 63.388.152 FC à titre de prix d'achat pour ses immeubles. Comme résultat de ce litige, TRABEKA a obtenu un jugement contre la GCM qui a été modifié par la Cour d'Appel de Lubumbashi, dont la sentence est devenue finale suite à la réjection de la demande de cassation par La Cour Suprême de Justice de la RDC. Le 3 mai 2004, la GCM a reçu Itératif-Commandement du huissier judiciaire de la Greffe d'Exécution de Lubumbashi portant obligation de payer dans les 48 heures le montant de **14.712.311 USD** en raison du jugement rendu par le Tribunal de Grande Instance de Lubumbashi le 8 octobre 2002 **plus le montant de 331.078.877,5 FC** en raison de dépens, coûts et droits afférents (I.84A.). Ce montant reste toujours non payé par la GCM.

La GCM n'a plus aucun recours en contre de ce jugement, qui est exécutoire. Il ne reste qu'à payer le montant du jugement à TRABEKA ou arriver à un accord et satisfaction avec TRABEKA sur une autre base.

L'article 3.2(b)(ii) de la CAAR dispose que le règlement du cas de TRABEKA est une condition préalable au paiement de la deuxième tranche de la prime de cession. Tandis que la première tranche de USD 15 millions sera juste suffisant pour payer le jugement de TRABEKA, il est disposé à la note 1 de l'article 3.2(b) de la CAAR que ce montant sera réduit à USD 10 millions si la CAAR, la CMAR et les Statuts Amendés et Coordinés n'entrent pas en vigueur avant la fin de septembre 2005. Or, il paraît que l'entrée en vigueur est environ le 1^{er} novembre 2005. La réduction de la deuxième tranche de la prime de cession laissera la GCM avec un déficit de USD 5 millions pour régler sa dette à TRABEKA, qui est une condition de la prochaine tranche du paiement de la prime de cession.

2° Conflits évidents ou éventuels avec des lois autres que le Code Minier

La Convention Minière du 30 novembre 1996 contient dans son article 42 la clause de stabilité suivante :

Article 42: Stabilité de la législation

L'Etat garantit, pendant toute la durée de la présente Convention à T.F.M., à ses actionnaires, à son ou ses consultants, à ses mandataires sociaux, à ses agents salariés expatriés et à ses bailleurs de fonds, la stabilité de la législation et de la réglementation en vigueur à la Date de la présente Convention, et notamment dans les domaines judiciaires, foncier, fiscal et douanier, commercial, monétaire, social et du travail, des conditions de séjour et de travail des étrangers, de la santé et de la réglementaire minière.

Aucune disposition légale ou réglementaire prenant effet à une date postérieure à la Date de la présente Convention ne peut avoir pour conséquence de restreindre ou de diminuer les avantages particuliers de la présente Convention ou d'entraver l'exercice des droits en résultant.

Ce libellé est repris dans l'article 30 de la CMAR. Cette clause prétend geler en faveur à TFM et ses actionnaires, etc. **la législation et la réglementation.**

En outre, l'article 51 de la CMAR dispose que « [l]e Code Minier et le Règlement Minier ne s'appliqueront pas à la présente Convention ni aux Droits et Titres sur le Bien (excepté les dispositions concernant la validation et la mise en conformité de ceux-ci.) » Enfin, l'article 52 de la CMAR dispose dans son deuxième alinéa comme il suit :

Conformément aux articles 340 et 343(a) du Code Minier, la présente Convention reste réglé par l'Ordonnance-Loi n° 81-013 du 2 avril 1981 portant législation générale sur les mines et les hydrocarbures.

Pour les raisons évoqués ci-dessus concernant l'obligation de transformer les concessions en Permis d'Exploitation sous le Code Minier, ni la Convention Minière ni la CMAR ne peut déroger à la loi actuelle ou future. Nous n'avons trouvé aucune autorisation ni dans la loi (y compris l'Ordonnance-Loi N° 81-013 du 2 avril 1981) ni dans L'Acte Constitutionnel de Transition de 1994 ni dans la Constitution de Transition de 2003 actuellement en vigueur pour la conclusion de la Convention Minière ou la CMAR, qui ne peuvent pas, par conséquent, déroger à la loi.

La Convention Minière et la CMAR peuvent, néanmoins, déroger des dispositions des règlements pris en application de la loi, pourvu qu'elles ne dérogent pas des dispositions de la loi au sens strict, parce que les dispositions réglementaires qui ne sont pas en contradiction avec la loi relèvent de l'autorité Constitutionnel du Gouvernement.

Par conséquent, à notre avis, les dispositions de la Convention Minière et de la CMAR en dérogation de la loi ne sont pas valables, et ne lient pas l'Etat, tandis que les dispositions de la Convention Minière et de la CMAR en dérogation des règlements sont valables et contraignant contre le Gouvernement.

V. CONCLUSIONS

A. Besoins de clarification ou d'amélioration des clauses de l'accord de partenariat (ou des statuts)

Voir ci-dessus concernant la clause de force majeure, la clause de résiliation par LH, le Contrat de Consultant et, généralement, la clause de stabilité et de non applicabilité du Code Minier.

B. L'opportunité ou non d'une renégociation

Etant donné que la GCM et le Gouvernement viennent de signer la CAAR et la CMAR avec LH et TFM, une renégociation n'est pas opportun en ce moment.

VI. RECOMMANDATIONS

A. Proposition de stratégie de négociation ou de renégociation

Lorsqu'il y aura un nouveau Gouvernement de la RDC, celui-là pourra ouvrir une renégociation fondée sur le principe juridique que la Convention Minière et la CMAR ne sont pas autorisées par la loi et ne peuvent pas par conséquent en déroger. C'est à dire que les Gouvernements qui ont signé la Convention Minière et la CMAR ne pouvaient pas lier l'Etat dans des matières pour lesquelles le Gouvernement n'était pas compétent.

La renégociation en ce moment viserait soit (a) l'élimination de toute disposition en dérogation de la loi sans contrepartie, soit (b) le maintien de ces dispositions dans un projet de loi approuvant la Convention Minière et la CMAR qui serait soumis au Parlement si les

partenaires acceptent certaines révisions des termes - notamment en ce qui concerne la force majeure, la résiliation anticipée, le remboursement prioritaire avec intérêt des avances de LH, et la taille des droits miniers transférés à TFM.

B. Recommandations pour améliorer la gestion du partenariat

En général :

- Etablir avec précision la date de l'entrée en vigueur de la CAAR et la CMAR ;
- Préciser toutes les dates limites pour la satisfaction des obligations de LH dans la CAAR ;
- Suivre de prêt les obligations du partenaire et envoyer des mises en demeure chaque fois qu'il y a un délai non véniel ;
- Suivre de prêt les budgets de TFM et les avances effectués par LH ;
- intégrer dans l'esprit de la GCM et du Gouvernement dans les relations avec le partenaire que les dispositions de la Convention Minière et de la CAAR en dérogation de la loi ne sont pas valables et ne devraient pas être respectées par la GCM et le Gouvernement ; toutefois, les dispositions en dérogation des règlements devraient être respectées.

FIN