

**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

IV - CMSK

ACCORD PRIORITAIRE

I. SOMMAIRE

L'Association Momentanée de Luiswishi, AML en sigle, est l'expression de la volonté de collaboration entre la GCM et la société EGMF SPRL en 1997 en vue d'exploiter les gisements du cuivre et de cobalt compris dans le polygone de Luiswishi et le gisement de Kiswishi.

L'AML a fonctionné, sans acte formel séparé du contrat précité déterminant ses règles de fonctionnement, de 1997 au 30 juin 2005 date estimée de sa dissolution en vue de sa liquidation. A ce jour, cette dissolution n'est pas achevée car le comité de liquidation n'a pas clôturé sa mission.

Le 14 Mai 2004, les parties contractantes ont signées un contrat de création de société pour poursuivre leur collaboration pour le même projet au sein d'une société privée à responsabilité limitée (IV.6) la Compagnie Minière du Sud Kantanga Sprl en abrégé « CMSK » qui a été constituée le 18 Avril 2004. (IV. 7) de sorte que l'AML survivait avec le CMSK.

Un certain déséquilibre existe entre GCM et EGMF quant à la répartition des parts sociales et au pouvoir décisionnel qui leur est attaché. Alors que EGMF a contribué comme seul apport le concentrateur de Luiswishi et ses périphériques situés à Kipushi qui, selon le contrat de collaboration de l'AML devait être rétrocédée à la GCM à la fin du projet (voir III.8.14), elle détient 60% des parts sociales du projet. En revanche, la GCM qui a définitivement cédé ses droits miniers à CMSK ne dispose elle que de 40% des parts sociales de CMSK. Il serait souhaitable de renégocier les termes du contrat pour qu'ils soient un peu plus équitables pour la GCM.

II. CONTEXTE DU PARTENARIAT

A. Origine et Evolution

Le 4 avril 1997, un partenariat a été conclu entre la GCM et EGMF SPRL en vue de valoriser le gisement de Luiswishi, comprenant les écailles dites Luiswishi I, Luiswishi II, Luiswishi III, Luiswishi – Est et l'écaille de Kiswishi (III.8.3). Cette entente initialement consacrée par le protocole d'accord du 19 janvier 1996 (III.1.1), a été sanctionnée par la suite par un contrat de collaboration en vue de la valorisation du gisement signé le 4 avril 1997.

Plus tard, en exécution des termes de leur réunion du 17 mars 2004, la GCM a convoqué l'EGMF SPRL en négociation le 22 mars 2004 en vue de négocier sur le passage de l'AML en société commerciale d'exploitation minière dénommée Société Minière de Luiswishi, en abrégé SML (IV.1.1). Le compte rendu de ladite réunion renseigne que les parties avaient convenu de poursuivre les activités du projet Luiswishi par la création d'une SPRL qui, elle, poursuivra les dites activités et fonctionnera dans un premier temps suivant les conditions du projet sous l'Association Momentanée, mais sans apport des capitaux frais. En plus, elles se sont accordées à rechercher un deuxième gisement, car celui de Luiswishi ne permettait pas de couvrir la durée de vie du projet estimée à 20 ans. C'est ainsi qu'elles avaient arrêté de réaliser un inventaire des immobilisés dans l'AML et d'établir un bilan d'ouverture avant la création de la SPRL (IV.2.2).

Par la suite, le 14 mai 2004, GCM et EGMF SPRL ont conclu le contrat de création de société n° n°642/6734/SG/GC/2004 aux termes duquel ils s'accordaient de poursuivre leur collaboration dans une Société Privée à Responsabilité Limitée, qui sera alors dénommée Compagnie Minière du Sud Katanga, en abrégé CMSK, en vue de développer certains gisements et de définir les nouvelles relations entre elles (IV.6.2 à IV.6.29). Il est joint à ce contrat au titre d'annexe D, la convention de financement conclu entre GCM et EGMF SPRL le 17 mai 2004 par laquelle les deux parties conviennent d'affecter une partie des provisions de l'AML à la couverture des besoins en fonds de roulement de CMSK estimé durant les premiers mois à 4.413.000 USD (IV.6.35 à 37). Il est enfin attaché au même contrat, au titre d'annexe F, la convention de confidentialité entre GCM et EGMF SPRL de mai 2004 non datée, ni signée (IV.6.38 à 41)

En outre, le 18 mai 2004, GCM et EGMF Sprl ont constitué la société Privée à Responsabilité Limitée dénommée « *Compagnie Minière du Sud Katanga* », en abrégé CMSK SPRL, suivant l'acte notarié datant du même jour passé devant le notaire KASONGO KILEPA de l'office notarial de la Ville de Lubumbashi et y enregistré au numéro 20.433 (IV.7). Ainsi, sous cette forme juridique, les parties se sont accordées de «poursuivre» leur collaboration en vue de réaliser les activités de prospection, de développement et de l'exploitation des gisements de cuivre, cobalt et toutes autres substances minérales valorisables du polygone de Luiswishi, des remblais s'y trouvant ainsi que les gisements du polygone de Luishia (IV.6.2 et IV.6.8)

Enfin, à l'issue de leur réunion tenue à Lubumbashi du 15 au 20 octobre 2004, GCM et EGMF avaient convenu de la cessation du projet Luiswishi sous la forme d'une association momentanée à partir du 30 juin 2004. Les activités industrielles de AML ont passé le relais à CMSK SPRL préalablement constituée suivant acte authentique du 18 mai 2004 (III.20.A.2 et 3).

B. Relation avec d'autres Partenariats

Le partenariat entre CGM et EGMF sur les gisements de Luswishi tel que spécifié ci-dessus, et étendu aux gisements de Luishia, est en relation soit de continuité, soit de succession avec le partenariat entre les mêmes parties dans le cadre de l'AML.

CONFIDENTIEL

Cette relation de continuité ou de succession résulte des termes non équivoques des correspondances et des accords des partenaires à propos desquels on pourra noter de manière exemplative les expressions suivantes :

« Négociation pour le passage de l'Association momentanée à la société Minière de Luiswishi » (IV.1.1) ;

« Nous vous transmettrons, en annexe de la présente, le compte rendu de la réunion sur la création d'une société privée à responsabilité limitée chargée de continuer les activités du projet de Luiswishi, tenue en date du 22 mars 2004 » (IV.2.1) ;

« De créer une société privée à responsabilité limitée qui va poursuivre les activités du projet Luiswishi et qui fonctionnera dans un premier temps comme dans les conditions actuelles du projet Luiswishi, sans apports des capitaux frais » (IV.2.2) ;

« B. Gecamines et EGMF ont signé le contrat de collaboration n° 207/8304/97/SG/GC en avril 1997 pour la valorisation du gisement de Luiswishi ;

C. Gecamines et EGMF s'accordent de poursuivre leurs collaboration dans une société privée à responsabilité limitée » (IV.6.2) ;

« L'activité industrielle de l'Association Momentanée a cessé depuis le 30 juin 2004 pour passer le relais à CMSK » (III.20A.4)

Comme il a été antérieurement démontré lors de l'analyse des accords sur l'AML, celle-ci n'était en réalité qu'une société de fait et œuvrait comme une société commerciale. Dans la mesure où l'AML et CMSK sont une même entité économique, il s'agissait en conséquence non pas de créer une nouvelle entité économique, mais plutôt, pour cette même entité, « *de quitter absolument le régime d'une Association momentanée au profit d'une société commerciale en bonne et due forme, dans la continuité de l'exploitation actuelle* » (IV.4.2).). D'où la nécessité de conclure un accord particulier ou spécifique qui porte sur la cessation des activités de valorisation de gisement de Luiswishi par AML, société de fait, et leur continuation sous forme d'une société commerciale à constituer par les parties.

III. EVALUATION DES CLAUSES DE L'ACCORD DE PARTENARIAT

A. Choix du cadre juridique du Partenariat

La Compagnie Minière du Sud Katanga est constituée sous forme d'une Société Privée à Responsabilité Limitée, l'une de cinq formes des sociétés commerciales régies par le décret du 23 juin 1960 modifiant et complétant celui du 27 février 1887 sur les sociétés commerciales. Celle-ci est, aux termes de l'article 36 du décret précité, une société que forment les personnes, n'engageant que leur apport, qui ne fait pas publiquement appel à l'épargne et dont les parts obligatoirement uniformes et nominatives ne sont pas librement cessibles.

Ce choix est meilleur que l'association momentanée par le seul fait que les parties au contrat de société engagent leur responsabilité de manière limitée, c'est-à-dire par rapport à leurs apports. Ayant une personnalité juridique distincte des personnes qui l'ont constituée,

la société commerciale peut s'engager valablement avec les tiers dans la limite de sa capacité.

B. Existence légale du partenariat

a) Statuts sociaux ou acte constitutif

Les statuts d'une SPRL doivent être faits en forme authentique et non sous seing privé comme l'exige l'article 43 alinéa 1 du décret du 23 juin 1960 sur les sociétés commerciales précité qui dispose : « *la société Privée à Responsabilité Limitée est, à peine de nullité, constituée par acte authentique* ».

L'examen du dossier renseigne que les statuts ont été authentifiés en ce qu'ils ont été reçus par Monsieur KASONGO KILEPA KAKONDO, Notaire de la Ville de Lubumbashi 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 (IV.7.20) suivant l'acte notarié du 18 mai 2004 dans lequel Monsieur Jean Pierre KONGOLO WADILA a comparu au nom et pour compte des associés de la CMSK SPRL, à savoir : la GCM et l'EGMF SPRL suivant la procuration spéciale lui établie à cet effet.

b) Défaut de publication des statuts au journal Officiel

La lecture combinée des articles 2 du décret du 23 juin 1960 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. La publication au Journal Officiel est utile en ce qu'elle assure la publicité et l'opposabilité des statuts sociaux et actes des sociétés aux tiers en vue de sécuriser juridiquement les transactions dans le monde des affaires et la représentation en justice en demande ou en défense.

En l'espèce, l'étude des pièces du dossier permet d'affirmer que les statuts de CMSK n'ont pas encore 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 (car il dépend du service du journal officiel), il importe que les parties au contrat de société CMSK SpRL produisent la preuve de paiement en vue de la publication et diligentent auprès du service du journal officiel l'insertion des statuts sociaux à la plus prochaine parution au journal officiel. Si la publication des statuts de la CSMK au journal officiel n'a pas eu lieu ou si encore il n'existe pas la preuve de leur envoi au journal officiel pour publication, il pourra lui être opposé les prescrits de l'article 48 du Décret 23 juin 1960 précité selon lesquels : « *Toute action intentée par une société privée à responsabilité limitée dont l'acte constitutif n'a pas été publié conformément à l'article 5 est déclarée irrecevable si le défendeur le réclame avant toutes défenses au fond* ».

En application de la disposition légale ci-avant évoquée, la Cour Suprême de Justice a arrêté dans plusieurs espèces ce qui suit : « Est irrecevable le pourvoi introduit par une

CONFIDENTIEL

personne morale qui ne produit pas ses statuts, ni ne mentionne leur publication.» (CSJ, 04/05/1971, société E. c/Sabena, RJZ, 1972, p. 37) ; « A défaut de publication ou de dépôt, les statuts modifiés sont nuls. » (CSJ, RP 27, 03/11/1971, RZD, 1972, II, p. 24) ; « une personne morale ne peut agir en justice que par son représentant qualifié. Cette qualité doit résulter des statuts ou des pièces officielles produites au débat ou publiées au Journal Officiel. » (CSJ, RP 87, 11/04/1973, Bull. 1974, p. 103).

La Cour d'appel de Kinshasa/Gombe avait décidé, quant à elle que « *Est irrecevable l'appel formé au nom d'une société par des personnes physiques qui n'ont pas prouvé leur qualité de représentant de cette société en justice, en produisant les statuts de cette société ou en mentionnant les références de leur publication au Journal Officiel.* (RCA 15.564/11521 du 23/07/1998, CA Kin/Gombe, société Auto Transport Compagnie « ATC » c/ Pool Arlindo, in Michel Nzangi Batutu, Les causes d'irrecevabilité de l'appel en matières civile, commerciale et sociale, 2^{ème} édition, Kinshasa, 1997, p. 44).

c) Absence d'un conseil de gérance institué légalement

L'article 7 du Décret du 23 juin 1960 sur les sociétés commerciales précité dispose : « *Les sociétés agissent par leurs représentants dont les pouvoirs s'établissent par l'acte constitutif ou par les actes postérieurs faits en exécution de l'acte constitutif.* »

La lecture des pièces contenues dans le dossier sous analyse indique que les actions en justice en demande et en défense, de même que les recours judiciaires (appel, opposition, requête civile, ou pourvoi en cassation) ou administratifs sont intentées, formées ou soutenues au nom de la société par le Conseil de Gérance, poursuites et diligences soit du Président, soit d'une personne porteuse d'une délégation donnée par une délibération spéciale du Conseil de Gérance (IV 7.10).

Aussi, l'article 47 des statuts de la CSMK stipule qu'une Assemblée Générale à tenir immédiatement après la Constitution de la société devait désigner le nombre primitif des membres du Conseil de Gérance et procéder à leur nomination (IV.7.18). Malheureusement, il n'existe pas au dossier la preuve de la tenue de ladite Assemblée Générale nominative du Conseil de Gérance et de son président, régulièrement déposé au greffe du registre de commerce et publié au journal officiel. Il est plutôt versé au dossier, le procès-verbal de la réunion du Conseil de Gérance tenue à Lubumbashi le 20 juin 2004 qui a été ouverte avec un président du Conseil de Gérance (Monsieur George Arthur FORREST) qui fait mention de la tenue d'une Assemblée Générale Extraordinaire consécutivement à l'adoption des statuts pendant laquelle les membres du Conseil de Gérance ont été nommés.

Il y a donc lieu de considérer que la CSMK ne sera pas recevable à introduire une action en justice ou à s'y défendre, vu l'irrégularité procédurale qui a entouré la mise en place du Conseil de Gérance ainsi que la nomination de son président. A ce propos, il a été rendu, à titre illustratif, les décisions judiciaires ci-après : « *Est irrecevable la déclaration de pourvoi faite au nom d'une société par des personnes physiques qui n'ont pas établi la preuve de leur qualité de représentant de cette société.* (CSJ, RP 188, 20/03/1975, Bulletin des arrêts de la Cour Suprême de Justice, 1976, p. 113) » ; « *Une personne morale ne peut*

agir en justice que par son représentant qualifié. Cette qualité doit résulter des statuts ou des pièces officielles produites au débat ou publiés au Journal Officiel. (CSJ, RP 87, 11/04/1973, Bull. 1974, p. 103) » ; « Doit être déclaré irrecevable le pourvoi introduit au nom de l'UNTZA par un avocat porteur d'une procuration spéciale délivrée par le Secrétaire Général de l'UNTZA qui n'a pas fait la preuve de sa qualité de représentant de la demanderesse, en produisant les statuts de celle-ci et son acte de désignation ou en mentionnant les références de leur publication au Journal Officiel. (CSJ, RC 228, 19/08/1981, inédit. In Dibunda Kabuinji, op. cit., p. 191) ; « En cas de contestation de la qualité du représentant d'une personne morale en justice, avant de se prononcer sur le fond du litige, la Cour Suprême de Justice demande à cette personne morale de déposer au greffe de la cour les documents par lesquels ledit représentant a reçu mandat d'agir en justice. (CSJ, RC 92, 28/01/1976, Bull. 1977, p. 52) » ; « Est irrecevable pour défaut de qualité, l'appel interjeté par une société lorsque celle-ci est en défaut de produire l'acte de dépôt au greffe du registre de commerce du procès-verbal du Conseil d'Administration ayant désigné la personne physique en qualité de son représentant en justice. (RCA du 10/11/1994, 17.045, CA Kin/Gombe, La société Financière de développement (SOFIDE) sarl, c/Tshilombo Mwamba Vule, in Nzangi Batutu, op. cit., p. 67) ».

Par ailleurs, aux termes de l'article 3 des textes coordonnés sur les sociétés commerciales, toute modification aux actes de société doit, à peine de nullité, être déposée sous la même forme que les actes eux-mêmes. Ainsi, les actes postérieurs faits en exécution de l'acte constitutif, en l'occurrence les procès-verbaux des Assemblées Générales postérieures (IV.9.1) et le procès-verbal de la réunion du Conseil de Gérance (IV.8.1.1) devaient être authentifiés chez le Notaire, être déposés au greffe du Tribunal de Grande Instance compétent territorialement, et être envoyés au Journal Officiel pour publication.

Dans le cas sous examen, la preuve des éléments ayant suivi cette procédure fait défaut. A ce sujet, les cours et tribunaux sont très stricts. C'est ainsi que, à titre d'exemple, les décisions suivantes ont été rendues en la matière : « Sont nuls les procès verbaux de l'Assemblée donnant pouvoir à des personnes, lorsqu'ils n'ont pas été déposés dans la forme authentique. Dans ce cas ils ne peuvent être invoqués contre les tiers. (CSJ, RC 938, 11/03/1987, inédit. In Kalongo Mbikayi, op. cit., p. 495) ; « La validité des actes de société est régie non pas par l'article 210 du Code civil livre III, mais par les dispositions du décret du 27/02/1887 organisant les sociétés commerciales dont l'article 3 dispose que toute modification aux actes de société doit, à peine de nullité, être déposée comme les actes eux-mêmes. Ainsi, l'acte de fusion même authentifié, non soumis à la formalité prévue à l'article 3 précité devient nul et partant, inopposable aux tiers. (CSJ, 14/08/1979, RP 259, inédit, In Kalongo Mbikayi, op. cit., p. 495) ; « Toute modification d'acte de société de même que les actes de procuration donnant la gestion et la signature sociale ou retirant ces pouvoirs doivent, à peine de nullité, être déposés comme les actes eux-mêmes, sous forme authentique. (CSJ, RC 938, 11/03/1987. Inédit, in Kalongo Mbikayi, op. cit., p. 495) ».

d) objet social conforme

L'article 41 du décret du 23 juin 1960 précité dispose que « l'objet social doit être précis et limité. Il ne peut concerner l'assurance, la capitalisation et l'épargne ». En plus,

s'agissant des Sprl qui se livrent aux activités minières, même en vertu de cession des droits miniers, elles doivent se conformer à l'article 23 alinéa 1^{er} de la loi n°007/2002 du 11 juillet 2002 portant code minier qui précise que l'objet social d'une société minière doit porter sur les activités minières, c'est-à-dire « *tous services, fournitures ou travaux de l'art de mines directement liés à la prospection, à la recherche, à l'exploitation minières et aux substances minérales, y compris les travaux de développement, de construction et d'infrastructure* ».

En l'espèce, la lecture minutieuse permet d'affirmer que l'objet social de CMSK, tel que précisé à l'article 3 de ses statuts (IV.7.2) est conforme en ce qu'il vise *l'exploitation des mines et des carrières, la concentration des minerais, la production d'alliage ou des métaux, la commercialisation et la vente des produits issus des activités minières, de concentration ou de production métallurgique.*

C. Apports des partenaires

a) Quant à la GCM

En sa qualité de partie au contrat de création de société n°642/6734/SG/GC/2004 du 14 mai 2004, la GCM s'est engagée à céder à CMSK Sprl les PE n° 526, 527 et 532 et les PR n° 1054, 1058, 1065 et 1066. En plus, elle s'est engagée à apporter, contre paiement d'une rémunération perçue au titre de redevance, durant la vie de la société CMSK Sprl, le Broyage humide de Kipushi et installations y environnant attaché actuellement au Nouveau Concentrateur de Kipushi, en abrégé 'NCK' ainsi que les sites nécessaires aux usines, au stockage des rejets et à l'accès aux gisements (IV.6.9).

On peut déjà le relever, les droits miniers apportés par la GCM à CMSK au titre de cession en faveur de cette dernière l'ont été de manière définitive. En d'autres termes, la dépossession des droits miniers de l'actif de la GCM vers l'actif du partenariat, à savoir CMSK, est définitive (Articles 51, 65 et 182 du code minier). De ce fait, ces droits ne rentreront plus dans le patrimoine de la GCM, sauf nouvelles cessions valablement faites à GCM par CMSK Sprl. C'est nettement différent des mêmes apports faits dans le cadre de l'AML qui consistaient en la simple jouissance des droits miniers. Par contre, dans la mesure où GCM apporte, contre paiement d'une rémunération et durant la vie de la société CMSK Sprl, le Broyage humide de Kipushi et installations y environnant attachés actuellement au Nouveau Concentrateur de Kipushi (qui est en fait la section de flottation de Kipushi) ainsi que les sites nécessaires aux usines, au stockage des rejets et à l'accès aux gisements feront retour dans son patrimoine à la fin du projet CMSK, car il s'agit bien des apports en jouissance.

b) Quant à EGMF SPRL

L'EGMF SPRL a l'obligation unique de céder à CMSK SPRL, sans restriction, le Nouveau Concentrateur de Luiswishi et ses périphériques présentement à Kipushi. Il s'agit là d'une obligation unique. Il ne ressort pas dans le contrat de création de la société que EGMF Sprl a l'obligation particulière de financer la réalisation du projet. Les fonds de roulement de CMSK Sprl estimés à $4,413 \times 10^6$ USD (C'est-à-dire 4.413.000 USD) pour les premiers mois de fonctionnement. La constitution de ces fonds de roulement provient de l'affectation, par

EGMF SPRL et GCM, d'une partie des provisions de l'Association Momentanée de Luiswishi (IV.6.36). Cet apport ne pourra plus faire retour à l'associé EGMF SPRL qui l'a cédé sans restriction et qui est devenu un bien appartenant exclusivement à la personne morale, nouvellement créée.

Cet apport unique est controversé dans la mesure où il a antérieurement fait l'objet du contrat de collaboration deAML. Dans ce cadre, les parties à l'AML avaient nettement convenu de la rétrocession en faveur de la GCM des installations du concentrateur incluant tous les actifs périphériques, notamment la distribution des forces motrices, selon les modalités à définir à sa valeur résiduelle calculée sur base d'une durée d'amortissement fixée à 10 ans (III.8.14). Il conviendrait donc que la GCM discute de ce point avec EGMF car l'apport du concentrateur de Luiswishi à CMSK est définitif alors que EGMF n'en avait pas la propriété définitive puisqu'elle avait l'obligation de céder ce concentrateur à la GCM à la fin du projet selon le contrat de collaboration qui est toujours valide.

c) Quant aux deux partenaires

Elles ont conjointement les obligations de céder à CMSK les données, informations, registres et rapports qu'elles possèdent sur le gisement en vue de lui permettre d'effectuer l'exploitation desdits gisements (IV.6.9). Une convention de confidentialité a été conclue entre GCM et EGMF SPRL au mois de mai 2004 qui constitue l'annexe F au contrat de création de société n°642/6734/SG/GC/2004 du 14 mai 2004. Elles ont également convenu d'affecter le personnel nécessaire au bon fonctionnement de CMSK en donnant priorité au personnel œuvrant dans l'association momentanée de Luiswishi (IV.6.9).

Par ailleurs, GCM et EGMF SPRL s'étaient réciproquement engagés à exécuter, contre paiement, les contrats de fourniture et de prestation des services conclus avec CMSK Sprl (IV.6.9). Pour la GCM, ces contrats couvrent la supervision des travaux miniers, le minage en carrière, le forage des puits filtrants et suivi du rabattement des nappes, les mesures des volumes excavés, le mesurage des stocks de Kipushi et la fourniture d'eau brute de la mine à CMSK. Pour l'EGMF, ces contrats de fourniture et de prestation concernent les travaux d'infrastructures nécessaires à l'exploitation des gisements; les travaux de découverte, de forage, d'extraction de minerais, d'évacuation de stériles, d'exhaure de surface et par puits filtrants, de mise de remblais; le chargement de wagon SNCC et la supervision d'acheminement par rails à Kipushi; le chargement éventuel de camion et le transport vers Kipushi; le déchargement de wagon et éventuels camions et la mise en remblai intermédiaire à Kipushi ainsi que le transfert des minerais vers le stock pile de Cascade-Mill (IV.6.10 et IV.6.11).

En définitive, les apports des parties au contrat de société CMSK Sprl sont dans le commerce juridique et ne heurtent aucune disposition légale. Cela est conforme à l'article 275 du code civil congolais livre III qui dispose : « *Tout ce qui est dans le commerce peut être vendu, lorsque les lois particulières n'en ont pas prohibé l'aliénation* ».

D. Participation dans le capital social du partenariat

CONFIDENTIEL

Le capital social est fixé à 18.750.000 Francs congolais, équivalents à 50.000 USD, à concurrence de 40 % pour la GCM et 60 % pour EGMF. Ce capital social est constitué des numéraires et des apports en nature (IV.7.3). Ce capital social a été réajusté suivant la valeur économique des apports des associés à 26.274.455 USD, soit 15.764.673 USD pour EGMF et 10.509.782 USD pour GCM de suite de l'avis réalisé par PRICE WATERHOUSE COOPERS¹ (IV.8A.5 et IV.9.3).

Sous réserve de la motivation de l'avis précité, il apparaît de noter que la répartition du capital à concurrence de 40% et 60% paraît disproportionnel au regard des apports des parties. En effet, hormis le fait que l'EGMF apporte, en cession, sans restriction, le concentrateur de Luiswishi (IV.6.9) dont la propriété, dans son chef, devra être établie ou confirmée, il n'a pas fait un autre apport positif surtout que le financement du projet est, à ses débuts, l'œuvre de toutes les parties et par la suite de CMSK elle-même. La GCM, par contre, apporte en cession définitif non seulement les PE n° 526, 527 et 532 et les PR n° 1054, 1058, 1065 et 1066, mais aussi, en jouissance, le Broyage humide et ses périphériques (sans lequel le concentrateur de Luiswishi ne tournerait pas à fond à l'état actuel des installations à Kipushi) ainsi que des sites nécessaires aux usines, stockage des rejets également et la mise à la disposition du CMSK du gisement cupro-cobaltifère (IV.6.9). Dès lors, il y a donc lieu qu'une réévaluation de la répartition du capital social soit faite par les parties contractantes.

Comme amplement relevé aux paragraphes 10 et 11 ci-haut, la CMSK étant une continuation de l'AML, entité économique au moyen de laquelle les partenaires exploitaient ou valorisaient le gisement de Luiswishi, il est indiqué que la participation au capital demeure au prorata de 50% pour chacun des partenaires d'autant plus que la mise sur pied de CMSK est faite sans nouveaux apports des parties d'une part, et d'autre part les fonds de roulement pour son fonctionnement est constituée des recettes de l'AML que les partenaires devraient contribuer à concurrence de la moitié.

E. Participation dans les décisions et dans la gestion

La CMSK Sprl est administrée par un Conseil de Gérance constituée par 8 membres, en raison de 5 membres pour l'EGMF Sprl et 3 pour la GCM. La Présidence du Conseil de Gérance est exercée par EGMF, tandis que la Vice-Présidence à la GCM (IV.6.19 et IV.7.7). A ce niveau, la gestion de CMSK Sprl est contrôlée par EGMF Sprl.

L'on se souviendra que sous l'AML, la faible participation de la GCM dans la gestion de cette entité avait favorisé l'inexécution ou le détournement par l'EGMF SPRL de ses obligations contractuelles. C'est pourquoi, il est important que le rôle de la Gécamines dans la gestion du partenariat soit renforcé.

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

¹ Le Consultant n'est pas en possession de cette étude de PRICE WATERHOUSE COOPERS.

Dans la mesure où la possession des parts sociales par les associés emporte le partage proportionnel des bénéfices, la GCM perçoit mensuellement des dividendes au titre d'avance sur les distributions annuelles des bénéfices, un montant égal à sa part dans les bénéfices estimés, sous déduction d'une réserve adéquate pour le service de la dette, pour le fond de roulement et la fiscalité sur les dividendes (IV.6.23).

En plus des dividendes, la GCM reçoit une rémunération sur les apports en jouissance qu'elle a apportés, en l'occurrence: le Broyage humide de Kipushi et installations y environnant attaché actuellement au NCK ainsi que les sites nécessaires aux usines, au stockage des rejets et à l'accès aux gisements. Cette rémunération est une redevance variable en fonction du cours de réalisation du cobalt LMB 9,93 law et s'établissant entre 0,75% et 2% du chiffre d'affaire net qui résulte de la différence entre les recettes brutes et les déductions permises. Parmi les déductions permises, on retient toutes les taxes sur le produit, à l'exclusion des impôts sur le revenu ; tous les coûts relatifs au transport ; les coûts de vente, d'assurance, de stockage, des frais d'agence et d'intermédiaire ; et tous les débours, incluant les frais financiers, réalisés pour le remboursement du financement obtenu (IV.6.22).

Enfin, la GCM, autant que EGMF SPRL, devra se faire rémunérer par CMSK Sprl pour les contrats de fourniture et des prestations des services énumérés au 3° du littera C du point II.1.2 ci haut. Malheureusement, l'absence du contrat ou des contrats des fournitures et des prestations des services conclus entre GCM et CMSK ne permet pas de déterminer si la GCM fournit ou exécute des prestations des services devant lui permettre de tirer des avantages d'ordre pécuniaire.

G. Obligations et responsabilités des partenaires

GCM s'était engagée à apporter dans le partenariat, en faveur de CMSK SPRL, les PE n° 526, 527 et 532 et les PR n° 1054, 1058, 1065 et 1066. En plus, elle s'est engagée d'apporter, contre paiement d'une rémunération perçue au titre de redevance, durant la vie de la société CMSK Sprl, le Broyage humide de Kipushi et installations y environnant attaché actuellement au Nouveau Concentrateur de Kipushi, en abrégé 'NCK' ainsi que les sites nécessaires aux usines, au stockage des rejets et à l'accès aux gisements (IV.6.9). Il est aujourd'hui incontestable que la GCM a exécuté ses obligations.

L'EGMF SPRL a effectivement exécuté son unique obligation telle que stipulée dans le contrat de création de société n°642/6734/SG/GC/2004 du 14 mai 2004, à savoir l'apport du concentrateur de Luiswishi (en fait la section de flottation de Kipushi attachée au broyage humide de Kipushi). Malheureusement, cette exécution est elle-même discutable quand à la nature des droits de EGMF de disposition sur le concentrateur de sorte que l'on ne sait confirmer que son exécution profite à la GCM et partant à l'Etat congolais.

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

Les parties contractantes ont convenu dans l'article 15 du contrat de création de la société n°642/6734/SG/GC/2004 du 14 mai 2004 que l'une d'entre elles peut demander ou notifier à l'autre la suspension de ses obligations contractuelles. Il est prévu que les cas de force majeure seront appréciés par rapport au droit commun, à savoir les articles 45 et 46 du code civil congolais livre III tel que complété par l'article 297 du code minier.

La rédaction de la clause du cas de force majeure a ce mérite que les parties ont clairement noté que « l'impossibilité pour l'une des parties de respecter ses engagements financiers, notamment la levée des fonds ou des financements nécessaires au projet, ne sera pas considérée comme cas de force majeure », sauf si cette impossibilité est la résultante directe d'un cas considéré de force majeure qui empêcherait la partie d'engager les fonds en vue de respecter ses engagements financiers.

Cette clause permet à la GCM d'avoir le contrôle du partenaire en ce qui concerne son obligation d'apporter le financement nécessaire au projet. Il semble vraisemblable que cette clause ne joue à l'égard de l'EGMF SPRL dans la mesure où elle n'a pas une obligation positive de rechercher le financement ou de financer directement le projet. Cet engagement étant réservé à CMSK elle-même tel que cela ressort de l'article 5 littera b du contrat qui stipule que « *CMSK s'organisera pour obtenir le financement nécessaire pour un développement futur* ».

I. Contrôle du partenariat

L'article 10.6 du contrat de création de la société n°642/6734/SG/GC/2004 du 14 mai 2004 précise que le contrôle des comptes de CMSK et la nomination du Commissaire aux comptes se réaliseront conformément aux dispositions statutaires. L'article 22 des statuts sociaux de la CMSK renseigne que la surveillance de la société est assurée par deux commissaires aux comptes nommés par l'Assemblée Générale Ordinaire des associés pour un mandat de 2ans renouvelable. Ces commissaires aux comptes ont, soit collectivement, soit individuellement, un droit illimité de contrôle. Ils peuvent se faire assister par un cabinet d'audit indépendant pour la vérification des comptes.

Par la deuxième résolution de l'Assemblée Générale Extraordinaire des associés n° 2, Messieurs SANGAMAYI et MOUNGU ont été nommés commissaires aux comptes. En définitif, ce mécanisme assure à la GCM de suivre le fonctionnement et la gestion du partenariat.

J. Résiliation : pouvoir et conséquences

a) Mécanisme de résiliation du contrat

Le Contrat de création de la société n°642/6734/SG/GC/2004 du 14 mai 2004 est conclu pour une durée indéterminée jusqu'à ce que les parties décident, de commun accord, d'y mettre fin. Hormis la résiliation de commun accord, il peut être mis fin au contrat de création de société par résiliation anticipée à l'initiative de l'une des parties contractantes. Cette résiliation avant terme peut se faire de deux manières :

CONFIDENTIEL

1°. Résiliation pour inexécution non justifiée d'une disposition du contrat

Le Contrat de création de la société n°642/6734/SG/GC/2004 du 14 mai 2004 peut être résilié anticipativement par l'une des parties pour *inexécution non justifiée d'une disposition du contrat* par l'une des parties, dans un délai de 30 jours, *d'une disposition du contrat*. Cette résiliation anticipative par l'une des parties est précédée d'une mise en demeure adressée à la partie défaillante par la partie diligente si cette dernière ne remédie pas à l' *inexécution non justifiée* dans le 30 jours qui suivent. Dans ce cas, la partie diligente peut résilier le contrat sans qu'il ne lui soit réclamé une quelconque indemnité par la partie défaillante (IV.6.12).

Il appert de relever la particularité pour EGMF selon laquelle qu'elle peut résilier anticipativement le contrat pour *l'inexécution non justifiée* non seulement des dispositions du contrat, mais aussi pour celle concernant tout engagement, déclaration ou garantie. On comprend dès lors que la rédaction des termes de résiliation reflète un certain déséquilibre en ce que toutes les parties ont, à l'article 8 du contrat de création des sociétés, fait des stipulations, des déclarations et des garanties personnelles, mutuelles et réciproques (IV.6.13 à IV.6.18). Il est dès lors injuste contractuellement que la GCM subisse seule la résiliation de EGMF Sprl pour inexécution non justifiée de ses stipulations, déclarations et garanties et non inversement.

En plus, les termes ci-haut mis en italique paraissent vagues et susceptibles d'interprétations diverses à l'effet de bloquer le fonctionnement du partenariat. Il sied donc qu'un contour objectif soit assigné à ces termes relatifs à cette première condition de résiliation anticipée.

2°. Résiliation pour convenance personnelle

Le contrat de création de la société n°642/6734/SG/GC/2004 du 14 mai 2004 sus référencé peut être résilié anticipativement par l'une des parties pour *convenance personnelle* de l'une des parties moyennant un préavis de 90 jours. Dans ce cas, pour donner effet à cette résiliation, la partie la plus diligente cède l'intégralité de ses parts sociales dans CMSK Sprl à l'autre et provoque de ce fait la démission des personnes qui, sur sa présentation, ont été nommées au Conseil de Gérance et au Comité de gestion (IV.6.12).

A ce niveau, il importe de noter que ce procédé a ceci de particulier que, pour une SPRL, la cession de l'intégralité des parts sociales d'un associé à un autre entraîne d'office la dissolution de la société dans la mesure où la législation congolaise en vigueur sur le droit des sociétés n'organise pas à ce jour des sociétés commerciales unipersonnelles. Cela est d'autant important que la sortie d'un associé de CMSK Sprl paralysera la continuation du projet avec un nouvel associé.

3°. Résiliation pour cas de force majeure

Le dernier alinéa de l'article 15 du contrat de création de la société n°642/6734/SG/GC/2004 du 14 mai 2004 stipule qu'en cas de force majeure, les parties devront se retrouver pour tenter de limiter les dommages causés par le cas de force majeure. Si ce cas de force majeure persiste pour plus de 180 jours, chaque partie peut résilier le contrat.

b) Conséquences de la résiliation

En ce qui concerne la résiliation du contrat par EGMF Sprl pour *inexécution non justifiée d'une disposition du contrat* par la GCM, dans un délai de 30 jours, le concentrateur de Kipushi « NCK » reviendra de plein droit à EGMF. Cette conséquence mérite un examen plus particulier d'autant plus qu'en raison de la liquidation de l'AML, le même bien apporté par EGMF dans l'AML, aurait dû être rétrocedé à la GCM. Elle pose également un problème touchant à la liquidation de la CMSK Sprl en ce que si le retrait de l'EGMF entraîne la dissolution du contrat de société pour défaut d'un autre associé en ce que le concentrateur de Kipushi, cédé sans restriction à CMSK Sprl et rentrant dans son patrimoine (IV.6.9), devra servir aux paiements des créances ou faire partie du boni de liquidation à partager par les associés.

S'agissant de la résiliation anticipée par l'une des parties contractantes pour *convenance personnelle*, toutes les avances quelconques consenties par l'associé sortant et qui lui sont dues seront acquises par CMSK Sprl d'une part, et d'autre part, la dette de cette dernière vis-à-vis de l'associée sortant pour convenance personnelle sera annulée ou éteinte.

Quant à la résiliation pour cas de force majeure, le contrat est muet en ce qui concerne l'indemnisation de l'autre partie par la partie affectée par les cas de force majeure. Nous estimons qu'aucune indemnisation ne sera admise dans la mesure où la partie affectée par le cas de force majeure l'a été en l'absence de toute faute lui imputable et est déjà excusée par ce cas. Cette excuse ne la dispensera pas de l'exécution de ses obligations antérieures non exécutées et non concernées par le cas de la force majeure à la date de la résiliation du contrat.

K. Récupération des droits en cas de liquidation

La dissolution de la société suivie d'une liquidation entraîne, sauf volonté contraire expresse de la GCM et pour autant que les créanciers publics ou privés soient tous désintéressés, que les apports en jouissance apportés par GCM au sein de CMSK tels qu'énumérés au point II.1.2 ci-dessus lui soient restitués. Il n'en sera pas ainsi pour les droits miniers qui ont été cédés à CMSK Sprl et qui sont devenus sa propriété.

Quant à l'associé EGMF, il ne peut, à la dissolution et liquidation de CMSK Sprl, réclamer la restitution de son concentrateur cédé sans restriction, sauf volonté commune des parties contractantes et pour autant que tous les créanciers de CMSK SPRL soient intégralement désintéressés.

L. Règlement des litiges et droit applicable

Les parties au contrat de création de la société n°642/6734/SG/GC/2004 du 14 mai 2004 ont convenu de résoudre tout litige pouvant survenir en ce qui concerne l'exécution ou l'inexécution du contrat à une solution à l'amiable dont les négociations interviennent dans les quinze jours de la date de la notification écrite de la partie la plus diligente à l'autre partie ; si aucune solution n'est trouvée dans le délai de 30 jours, elles soumettent leur litige aux tribunaux de Bruxelles, section francophone, à la requête de la partie la plus diligente. Le droit applicable au contrat, et partant au litige, est le droit congolais.

Les tribunaux belges agissant ici ne sont pas comme arbitre ou amiable conciliateur, mais bien comme une institution judiciaire de la Belgique. Il n'est pas concevable et cohérent que les tribunaux belges, sous réserve de l'existence des accords de réciprocité en matières judiciaires entre l'Etat congolais et le Royaume de Belgique et de l'autorisation de la loi belge, que le juge belge connaisse du fond d'un litige entre deux entreprises de droit congolais sur l'exploitation ou la valorisation des gisements miniers situés en RDC. Il y a donc absence d'un élément d'extranéité qui pourrait rendre les tribunaux belges compétents.

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

A. Validité de l'accord de partenariat par rapport à la qualité et capacité des parties

a) Quant à la GCM

1°. Conformité avec l'objet social

Dans le contrat de création de la société n°642/6734/SG/GC/2004 du 14 mai 2004, GCM et l'EGMF ont convenu de définir de nouvelles relations en vue de réaliser, dans le cadre d'une Société Privée à Responsabilité Limitée, les activités de prospection, développement et exploitation des gisements de cuivre, cobalt et toutes autres substances minérales valorisables du polygone de Luiswishi, des remblais s'y trouvant ainsi que les gisements du polygone de Luishia (IV.6.2 et IV.6.8)

La GCM, Entreprise Publique de droit congolais créée par décret n° 0049 du 7 novembre 1995 précité *a pour objet la recherche et l'exploitation des gisements miniers, le traitement des substances minérales provenant de ces gisements, la commercialisation, la vente de ces substances tant à l'état brut qu'après traitement et les activités de développement dans le secteur de l'élevage et de l'agriculture dans l'intérêt de la Gécamines et des ses environs ainsi que toutes autres activités connexes*. En tant que telle, la GCM peut exercer, seule ou en association avec d'autres personnes, les activités minières reprises dans son objet social. Elle était donc en droit de conclure un tel accord dans la mesure où elle était Titulaire des PE n° 526, 527 et 532 et les PR n° 1054, 1058, 1065 et 1066. De part son objet social, du reste conforme à la loi, la GCM pouvait valablement négocier et conclure le contrat de création de la société précité.

2°. Pouvoir et compétences des signataires

CONFIDENTIEL

La GCM a été créée par le décret n° 0049 du 7 novembre 1995, lequel régit également ses statuts. Il découle de ce décret qu'elle est une entreprise publique créée par le pouvoir public et actuellement régie par la loi n°78-002 du 6 janvier 1978 portant dispositions générales applicables aux entreprises publiques et dont l'objet social est repris ci-haut. A ce titre, la GCM est dotée de la personnalité civile et a la capacité de s'engager dans la conclusion d'un contrat comme celui advenu entre elle et l'EGMF.

Aux termes de l'article 20 de la loi n°78 du 06 janvier 1978 portant dispositions générales applicables aux entreprises publiques, il y est stipulé qu' « à 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 ».

En l'espèce, la GCM a été engagée dans le contrat de création de la société n°642/6734/SG/GC/2004 du 14 mai 2004 par Monsieur TUIE KABAMBA et ZENGA KONGOLO, respectivement Président du Conseil d'administration et Administrateur Délégué Générale. On peut donc affirmer que la GCM a été valablement engagée.

3°. Décisions du Conseil d'Administration

La conclusion du contrat de création de la société n°642/6734/SG/GC/2004 entre la GCM et l'EGMF a été autorisée par le Conseil d'Administration de la GCM. La décision n° VII du Conseil d'Administration de la GCM, réunion extraordinaire du 5 juin 2001, « Le Conseil d'Administration autorise le Comité de Gestion de conclure un contrat de partenariat avec EGMF sur le développement du projet LUISWISHI » XXXVIII « 30.3).

Par la suite, le même Conseil d'Administration a pris acte de l'annonce du Comité de Gestion de GCM quant à la création de « CMSK » suivant sa décision n°I du Conseil d'Administration, en session ordinaire du 11 novembre 2004. (XXXVIII. 45).

Il en demeure que le Conseil d'administration a non seulement autorisé la création de CMSK, mais l'a aussi approuvé.

4°. Autorisation de la tutelle

Les pouvoirs reconnus au Conseil d'Administration des entreprises publiques par l'article 10 de la loi 78-002 du 06 janvier 1978, s'exercent, sous réserve notamment des autorisations ou approbations de la tutelle. A cet effet, l'article 28 du décret n°0049 du 7 novembre 95 précitée portant création et statuts de la GCM place celle-ci sous la tutelle du Ministère des Mines pour les matières touchant notamment aux acquisitions et aliénations immobilières et aux prises et cessions de participations financières. Le Ministère des Mines exerce son autorité tutélaire par voie d'autorisation préalable, conformément à l'article 41 de la loi n°78-002 du 6 janvier 1978 précitée.

De l'examen du dossier, et sous réserve de la production d'un document contraire, le

CONFIDENTIEL

Consultant relève que le contrat de création de la société n°642/6734/SG/GC/2004 du 14 mai 2004 n'a pas fait l'objet d'une autorisation préalable de l'autorité de tutelle. Il n'en reste pas moins que cette absence matérielle de cession des droits miniers au bénéfice de la CMSK est imputable à la GCM selon l'article 8.2(a) du contrat de création de société qui impose à GCM l'obligation de garantir qu'elle est «titulaire exclusif de l'intégralité des droits, titres et participations dans et sur le bien [...]» et « qu'elle a le droit de céder ses droits sur le bien à la CMSK [...] (IV.6.14) ; Cependant, au regard de la loi n° 78-002 du 06 janvier 1978, cette clause du contrat est subordonnée à l'autorisation préalable de la tutelle puisque la GCM ne peut céder et par conséquent garantir la cession de ses droits miniers à un tiers sans l'autorisation préalable et discrétionnaire du Ministère des Mines.

b). Quant à l'EGMF SPRL

1°. Existence légale du partenaire

Il n'est pas produit dans le dossier les preuves d'existence de l'EGMF SPRL, à savoir son acte constitutif ou statuts sociaux afin d'analyser sa conformité par rapport à la législation congolaise sur le droit des sociétés, en particulier les SPRL, forme de société commerciale qu'elle a adoptée. L'appréciation de la conformité de l'acte constitutif du partenaire remontera à la date de sa création. Il devra, en outre, être produit les actes modificatifs des statuts qui ont été pris ultérieurement, de manière à vérifier les pouvoirs et compétences des signataires du partenaire.

2°. Conformité de l'accord de partenariat avec l'objet social du partenaire

La conformité du contrat de création de société n°642/6734/SG/GC/2004 du 14 mai 2004 par rapport à l'objet social du partenaire ne saurait être appréciée qu'au regard de l'objet social du partenaire tel que libellé dans ses statuts sociaux ou acte constitutif. En l'absence desdits statuts, il semble impossible d'analyser cet aspect.

3°. Pouvoirs (compétence) des signataires

Les observations faites au point 2° ci-dessus valent également pour ce point.

4°. Autorisation du partenaire

Les observations faites au point 3° ci-dessus valent également pour ce point.

B. Validité de l'accord de partenariat par rapport au code minier et au règlement minier

a) L'éligibilité du partenaire ou du partenariat comme titulaire

Pour réaliser les objectifs de la valorisation ou de l'exploitation du gisement de Luiswishi, les parties ont convenu, dans le cadre du contrat de création de société n°642/6734/SG/GC/2004 du 14 mai 2004, de constituer CMSK en faveur de laquelle la

GCM devrait céder les Permis de Recherches n°s 1054 ; 1058 ; 1065 ; n°1066. La même société devrait obtenir, en cession de la GCM, les Permis d'Exploitation n°s 526, 527 et 532.

En effet aux termes de l'article 182 alinéa 4 du code minier, préalablement à la cession, le cessionnaire doit être éligible aux droits miniers en cause. Particulièrement, l'éligibilité du cessionnaire aux Permis d'Exploitation implique, aux termes de l'article 23 du code minier et 26, a contrario, du règlement minier, qu'il soit une personne morale de droit congolais qui a son siège social et administratif dans le territoire national et dont l'objet social porte sur les activités minières.

En l'espèce, en date du 18 mai 2004, la CMSK a été valablement constituée comme Société Privée à Responsabilité Limitée tandis que son objet social porte sur les activités minières. En tant que telle, elle est éligible au droit minier en cause.

b) La conformité avec les dispositions du Code et du Règlement

Bien qu'il existe dans le contrat de création n°642/6734/SG/GC/2004 du 14 mai 2004 des engagements clairs et nets de la GCM en ce qui concerne la cession de ses droits miniers concernés par l'accord, il n'existe point dans le dossier un acte de cession contenant, conformément aux termes de l'article 182 dernier alinéa du code minier, l'engagement du cessionnaire à assumer toutes les obligations du titulaire vis-à-vis de l'Etat découlant du droit minier. D'après le Code et le Règlement Miniers Congolais, la cession de droits miniers doit faire l'objet d'une instruction cadastrale par le Cadastre et d'une instruction technique par la Direction des Mines, à la suite desquelles, si il y a avis cadastrale et technique favorables, le Cadastre Minier inscrit la cession dans le registre des droits octroyés et sur le dos du titre minier. (articles 182 à 190 du Code Minier et articles 369 à 376 du Règlement Minier). Or, en l'espèce, on constate qu'il n'existe pas de copie des titres miniers dans le dossier sur le dos desquels le Cadastre Minier aurait inscrit le transfert des droits miniers au profit de la CMSK.

L'absence de ces éléments ne permet pas, par ailleurs, d'examiner la conformité des clauses de la cession par rapport aux dispositions impératives des articles 28 et 29 du code minier relatives à l'éligibilité préalable du titulaire et à d'autres règles impératives sur le droit de contrat.

En plus, le consultant ne saura émettre son opinion sur la validité de la cession par rapport à la validité des droits miniers en cause (leur transformation et la mise en conformité du périmètre), ni relativement à la régularité de l'enregistrement de la cession au CAMI et de la délivrance des titres, n'ayant reçu aucun mandat pour ce faire.

C. Validité de l'accord de partenariat par rapport à son objet

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

Apport controversé de EGMF : Il a été amplement précisé que l'EGMF a apporté en propriété, le concentrateur de LWISWISI, faisant actuellement objet d'un contentieux quant à sa propriété ou sa reprise par la GCM. Il ne semble pas que EGMF était en droit de transférer la propriété du concentrateur à la CMSK alors que celui ci devait revenir à la GCM à la fin du projet selon l'accord de collaboration de l'AMC. Mais, si l'on considère que la CMSK Sprl est une continuation de la même entité économique, la société de fait, AML, le comité de liquidation de l'AML n'aura pas son utilité. Dans ce cas, la question de l'apport par l'EGMF du concentrateur ne se poserait plus en ces termes. D'où la nécessité de clarifier le passage de l'AML à CMSK.

Réévaluation des apports : En raison du fait que la GCM a apporté de nouveaux droits miniers en cession définitive en plus de ce qu'il avait mis en jouissance, et aussi longtemps que la propriété de l'unique apport de EGM n'est pas clarifié, il importe de réaliser une réévaluation des apports constitutifs du capital social, à moins que ce nouvel apport, consenti par la GCM, trouve une justification économique de la part de cette dernière.

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

Excepté les questions développées ci-haut, le consultant n'a pas connaissance à ce jour d'un conflit évident qui soit en rapport avec les lois autres que le Code Minier

V. CONCLUSIONS

1. Besoins de Clarification ou d'Amélioration des Clauses de l'Accord de Partenariat (ou des Statuts)

1°. La recherche des relations entre l'AML et d'autres partenariats existants a mis en évidence la coexistence de AML et CMSK à la date de la création de celle-ci. CMSK est en relation de continuité ou de succession avec l'AML, en tant qu'entité économique chargée par les partenaires pour la valorisation ou l'exploitation du polygone de Luiswishi, en faveur de laquelle elle a pris le relais. Cela est d'autant plus évident qu'il n'y a pas eu d'apports nouveaux de la part de l'EGMF, excepté les apports en droits miniers de la GCM ;

2° A la différence de ses apports dans le cadre de l'AML, la GCM a apporté, en cession définitive tous ses droits miniers cités ci-haut concernés par le projet de valorisation de Luiswishi auquel elle a ajouté le droit minier sur le gisement de Luisha. En retour, l'EGMF SPRL n'a rien apporté de nouveau, en dehors du Nouveau Concentrateur de Luiswishi (en réalité la section de flottation de Luiswishi), controversée quant à sa propriété au regard de ses engagements antérieurs vis-à-vis de la GCM dans le cadre de l'AML .

3° Dès lors, on comprend nettement que la répartition du capital social à concurrence de 60% pour EGMF et 40% pour la GCM soit une rupture de l'équilibre entre les parties dans le même projet, surtout qu'il n'y a pas eu de nouveaux apports de la part de l'EGMF SPRL face aux nouveaux apports faits par la GCM en l'occurrence trois nouveaux Permis de Recherches et un nouveau permis d'exploitation au titre de cession définitive.

CONFIDENTIEL

4°. Les biens apportés dans CMSK Sprl par les associés sont dans le commerce. Néanmoins, étant considérés comme des apports en nature, ils doivent faire l'objet d'une réévaluation financière objective et indépendante susceptible de dégager les meilleures répartitions du capital social, en dépit de l'existence d'une réévaluation financière faite par PriceWaterCoopers.

5° L'étude analytique du contrat de création de la société n°642/6734/SG/GC/2004 du 14 mai 2004 a révélé que celui-ci n'a pas fait l'objet d'autorisation préalable de l'autorité de tutelle comme l'exige la loi. L'autorisation du Ministre des Mines en date du 3 février 1996 suivant sa lettre n° 0038/CAB.MINES/1/DMK/96 (III.2.1) à l'AML ne pourra être étendue ici. Au demeurant, sauf production d'une autorisation de tutelle, l'accord ne semble jamais avoir été juridiquement connu de l'autorité de tutelle. Cette absence d'autorisation préalable de la tutelle semble mettre la GCM en défaillance contractuelle selon l'article 8.2(a) du contrat de création de société. Cependant, cette clause de garantie de la GCM est illégale au regard de la loi n° 78-002 du 06 janvier 1978 qui requiert l'autorisation préalable de l'autorité de tutelle de la GCM.

6° Le contrat a cet aspect favorable qu'il y est prévu une participation active dans la gestion du projet et dans son contrôle. Aussi, la GCM bénéficie du partage des opérations minières avec l'EGMF en faveur de CMSK, moyennant paiement ou rémunération des services rendus et travaux effectués. Cela vient en plus de la répartition des dividendes.

7°. Les mécanismes de résiliation du contrat reflètent un déséquilibre de force manifeste entre parties contractantes et méritent d'être révisés. Quant à la clause de force majeure, elle n'est pas efficace à l'égard de la GCM.

2. Opportunité d'une renégociation

A l'heure actuelle, une négociation générale de l'accord de partenariat n'est pas recommandée dans la mesure où le contrat contient aussi des mécanismes favorables pour la GCM. A ce jour, il est établi que GCM tire réellement profit financier des activités réalisées avec son partenaire. Toutefois, de l'avis du consultant, il est nécessaire que la GCM clarifie avec son partenaire la question de la propriété de l'unique apport de l'EGMF et la réévaluation de ses rapports dans ces structures en vue de déterminer, avec exactitude, la participation des parties au capital social et partant aux bénéfices.

Mais, la contrainte majeure à l'encontre de la GCM pour la renégociation du contrat de création de la société CMSK est qu'il lui sera certainement opposé l'adage « *Nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude* » en acceptant les termes de ces contrats, annihilant de ce fait des engagements de l'EGMF sous l'AML.

VI. RECOMMANDATIONS

A. Proposition de stratégie de négociation ou de renégociation

CONFIDENTIEL

Il est proposé que la GCM tente de renégocier les termes du contrat de création de société et modifie les statuts de la CMSK afin de rétablir l'équilibre qui a été rompu. Pour pousser son partenaire à renégocier les dispositions du contrat, elle devra lui faire valoir que l'apport du concentrateur est nul puisqu'il devait lui être rétrocéder à la fin du projet selon l'AML, sauf si la GCM elle-même a consenti formellement à cet apport. Au cours de ces négociations les parties pourront discuter des points suivants :

1°. La définition de la nature juridique du passage de l'AML en CMSK et le règlement des effets juridiques y attachés, en particulier sur l'utilité ou la nécessité du comité de liquidation.

2°. La réévaluation éventuelle des apports et la répartition conséquence du capital social;

3°. La stratégie de la mise en œuvre des différents contrats de fourniture et des prestations des services;

4°. Les mécanismes et les effets de la résiliation des contrats.