

**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

VIII - GEC

**En vue d'exploitation de la mine à ciel ouvert de KOV
et des gisements de Kananga et de Tilwezembe**

ACCORD OPERATIONNEL (NON EN PRODUCTION)

I. SOMMAIRE

En date du 05/05/2004, un accord préliminaire a été signé entre la GCM et Global Entreprises Corporate Ltd « GEC » en vue de l'exploitation et la transformation des minerais de la mine à ciel ouvert de KOV et des gisements de Kananga et Tilwezembe et ce, par le biais d'une société par actions à responsabilité limitée à constituer (VIII.1.1).

Quatre mois plus tard, soit le 09/09/2004, les deux parties ont signé un projet de la convention de joint-venture en vue de l'exploitation de la mine qui avait fait l'objet de leur accord préliminaire (VIII.8).

A la même date, la GCM et la GEC ont signé un contrat de prêt de l'ordre de 30.000.000 USD (Dollars américains trente millions) en faveur de la GCM en vue de financer le développement de ses activités minières du groupe centre (VIII.7.1).

La création de société conjointe, DRC COPPER AND COBALT PROJECT, DCP SARL en sigle, a été autorisée par décret n° 05/115 du 13 octobre 2005. Aussi, la Convention de JV conclue le 09 septembre 2004 entre la GCM et GEC a été approuvée par décret n° 05/114 du 13 octobre 2005 (J.O. n° 21, du 01/11/2005, p.8) alors que rien n'indique dans le dossier l'existence de l'autorisation préalable du Ministère des Mines.

Bien que la création de la JV ait été autorisée et que la convention ait été approuvée, le partenariat entre la GCM et GEC contient plus d'aspects négatifs que d'avantages pour la GCM.

A ce propos, on notera que la convention de JV GEC chevauche sur plusieurs autres contrats et accords des partenariats antérieurement ou concomitamment conclus par la GCM et les tiers. Il en est ainsi notamment du chevauchement avec le contrat de financement de EOLIA dont l'exploitation du gisement de Tilwezembe par la GCM constitue une sûreté pour le remboursement des fonds consentis par EOLIA. C'est aussi le cas du chevauchement avec le contrat de gestion conclu avec MADSA dans le cadre du projet FELCO dont les fours devraient être ravitaillés par les minerais riches de Tilwezembe. C'est enfin le cas du chevauchement avec la convention de JV avec KFL sur l'utilisation de l'usine de Luilu HM.

Tous ces chevauchements auraient du être efficacement et définitivement résolus avant la signature de la Convention de JV avec GEC. Maintenant que la convention est signée, si le chevauchement avec EOLIA peut être juridiquement résolu en faveur de la GCM, il n'est pas aisé ou sinon facile de résoudre les autres chevauchements sans l'accord librement consenti par l'autre ou les autres partenaires de la GCM.

La non réalisation de l'étude de faisabilité dans le délai conventionnel n'est assortie d'aucune sanction à l'encontre de GEC permettant à la GCM de se désengager. En plus, le financement du projet est hypothéqué par des conditions suspensives telles que, en particulier les arrangements entre DCP et l'autre partie sur le traitement des concentrés KZC à Luilu HM, dont la réalisation dépend de la libre volonté de l'autre partie.

La Convention de JV advenue entre la GCM et GEC contient d'autres clauses très préjudiciables à la GCM telles qu'une faible influence dans la prise de décision et la gestion du DCP ainsi qu'une absence totale du contrôle technique du projet ; des pouvoirs excessifs reconnus à GEC de résilier unilatéralement la convention ; le mauvais choix du droit applicable au contrat (les droits de l'Angleterre et du Pays de Galles).

II. CONTEXTE DU PARTENARIAT

A. Origine et Evolution

Etant à la recherche d'un partenaire capable de participer avec elle à la reprise des activités de relance de la production des métaux de cuivre, de cobalt et d'autres substances minérales dans la mine à ciel ouvert de Kov, et des gisements de Kananga et de Tilwezembe, la GCM a été approchée par Global Enterprises Corporate Ltd, en sigle « GEC ». Pour ce faire, par accord préliminaire du 05 mai 2004, la GCM et GEC se sont convenus de collaborer ensemble dans le cadre d'une SARL, dénommée « DCP SARL » en vue de réaliser le projet consistant en la réhabilitation des infrastructures et exploitation de la mine de Kov et du gisement de Tilwezembe ainsi qu'à l'exploitation et le développement du gisement de Kananga et de Tilwezembe; en la réhabilitation du concentrateur de Kolwezi (KZC) et la reconfiguration de la nouvelle usine d'électrolyse de LUILU; en la réhabilitation des installations de maintenance, de support logistique, des bureaux directement liés aux unités concentrées entre la GCM et GEC à travers la DCP SARL, société commune.

L'objectif du projet, étalé sur 5 années de production, consiste à atteindre une production de 35.000 tonnes de cuivre pour la première année de production et 200.000 tonnes la cinquième année. La description des travaux à réaliser, les besoins de financement et les analyses économiques devraient être définis dans l'étude de faisabilité à charge de GEC qui sera soumise à la GCM (VIII.1.3).

Dans ce cadre, la GCM a mis à la disposition du partenariat, c'est-à-dire de la DCP SARL : les infrastructures de la mine de Kov ; le concentrateur de Kolwezi (KZC); les installations de maintenance, de support logistique, des bureaux directement liés au projet (VIII.1.3.); les droits miniers sur tous les gisements concernés par le projet ainsi que les titres y relatifs (VIII.1.4 et VIII.8.29) ; l'amodiation de tout ou partie des droits miniers correspondant aux

sites auxiliaires et aux installations et usines de traitement (VIII.1.4 et VIII.8.29) ainsi que la nouvelle usine d'électrolyse de Luiilu (VIII.2.3).

En contre-partie, GEC est tenue de réaliser une étude de faisabilité qui définira les coûts d'investissement et les coûts opératoires ainsi que les besoins financiers pour la réalisation des travaux prévus; d'organiser le financement du projet et obtenir, en faveur de DCP SARL, les crédits nécessaires pour entreprendre les travaux décrits ci-dessus et pour satisfaire les besoins financiers du projet; et de donner en prêt à Gécamines 30.000.000 USD (trente millions de dollars américains) à rembourser pendant quatre ans dont une année de grâce, pour le développement de ses activités minières du groupe centre, incluant notamment les unités stratégiques (CCC, usine à acide...). En cas de défaut de paiement de sa créance, GEC aura la possibilité de déduire sa créance du produit de vente des métaux. Si le Groupe Centre ne produit pas assez de métaux pour couvrir ses engagements, GEC retiendra sur les dividendes ou autres revenus, la somme correspondant au montant dû (VIII.1.4).

Le 9 septembre 2004 la GCM et la GEC ont négocié et paraphé la convention de joint-venture n° 656/6755/SG/GC/2004 (VIII.8), en même temps qu'elles ont signé le contrat de prêt de 30 millions USD relatif au financement du développement des activités minières du Groupe Centre de GCM (VIII.7.1).

A ce jour, par les décrets n° 05/115 et n° 05/115 du 13 octobre 2005, la Convention de JV conclue le 09 septembre 2004 entre la GCM et GEC a été approuvée et la création de DCP SARL autorisée (J.O. n° 21, du 01/11/2005, p.8).

B. Relation avec d'autres Partenariats

1. Chevauchement de la Convention de JV GEC avec le contrat de financement EOLIA

L'analyse du dossier renseigne sur l'existence d'un chevauchement des accords GEC avec le contrat de financement advenu entre la GCM et l'entreprise EOLIA le 30 août 2003 couvrant la filière TILWEZEMBE, c'est-à-dire « *la chaîne des opérations comprenant l'exploitation minière du gisement de TILWEZEMBE suivant projet minier Gécamines, le transport des minerais extraits jusqu'au concentrateur de KOLWEZI (KZC), leur concentration à KZC, le transport des concentrés produits jusqu'aux usines de SHITURU (US) et/ou aux usines de LUILU (LUI) et leur traitement métallurgique dans les usines de SHITURU et/ou dans celle de LUILU éventuellement en TAF...* » (VIII.16).

Aux termes du contrat de financement qui le liait à la GCM, EOLIA s'était engagée à mettre à la disposition de la GCM, pendant 9 mois, un financement de 2.000.000 USD en vue de garantir l'exploitation optimale de la filière de Tilwezembe. Le remboursement du financement obtenu auprès de EOLIA se fera à partir du Compte Produit (compte spécialement ouvert auprès d'une Banque ou non par la GCM pour les besoins de la filière TILWEZEMBE) et qui est alimenté par les recettes provenant de la vente des métaux de cette filière. Ce remboursement devra se faire suivant les modèles économiques convenus par les parties et annexé au contrat.

Ainsi, pour garantir le remboursement de ce financement, la GCM s'était engagée, entre autres, à consacrer le contenu des réserves minières du projet, c'est-à-dire le gisement de Tilwezembe, à l'exploitation exclusive en vue du remboursement du financement. C'est encore ce gisement qui a fait, par la suite, l'objet de l'accord GEC, sous critique. Cette situation est déjà à l'origine d'un conflit pendant devant le Ministère des Mines entre GEC et EOLIA (VIII.16.11).

Usant des dispositions de l'alinéa 2 de l'article 24 du contrat de financement conclu entre elle et EOLIA, la GCM a résilié le contrat en date du 26 janvier 2005 suivant sa lettre de notification à EOLIA n° 125/ADG/04. Cet alinéa 2 de l'article 24 du contrat de financement dispose :

« Dans le cas où l'une des parties se montre incapable de réaliser l'objet du contrat et ne ferait pas preuve de sa capacité à remédier cette déficience dans le délai de quinze (15) jour lui accordé par une mise en demeure, l'autre partie se réserve le droit de résilier le contrat au moment qu'elle jugera opportun. En cas de résiliation, seules les prestations finalisées en faveur de GCM seront payées. Aucune autre indemnité ne pourra être réclamée par une partie » (VIII.16.20).

Ce même article offre, en son alinéa 2, la possibilité à chacune des parties de résilier le contrat sans préavis dans le cas suivant :

« Si le début de libération du financement n'intervient pas dans 20 (vingt) jours après satisfaction des conditions n°6 prévues à l'article 21 ci-dessus¹ ;

Si le financement n'est pas intégralement libéré dans un délai de 45 jours après satisfaction des conditions prévues à l'article 2-1. Dans ce dernier cas, un calendrier de remboursement de la partie du financement effectivement libérée sera négocié entre parties. »

A ce jour, bien que la GCM ait, à beaucoup d'égards, raison sur la résiliation d'office du contrat, on notera néanmoins que EOLIA utilise encore des recours non contractuels auprès des autorités de Tutelle en vue de maintenir son contrat. Il importe dès lors que le Ministre des Mines, saisi par EOLIA, constate et notifie à EOLIA que la résiliation d'office du contrat par la GCM est conforme aux dispositions contractuelles précitées et qu'il n'y a plus, à ce sujet, de recours d'aucune nature.

¹ L'article 21 du contrat de financement conclu entre GCM et EOLIA du 30 août 2003 dispose : « Le début de libération du financement initial, fourni intégralement par EOLIA au premier mois de l'entrée en vigueur du présent contrat, interviendra dans un délai maximum de 15 (quinze) jours après signature du présent contrat et réception par EOLIA des documents suivants : a) la liste reprise en annexe 1 des besoins de la filière retenus dans le cadre de ce financement (Shopping list) ; b) les contrats commerciaux dûment signés .

2. Chevauchement de la Convention de JV GEC avec le contrat FELCO

Un autre chevauchement constaté dans l'étude du dossier GEC sur le gisement de Tilwezembe est celui concernant l'existence de l'accord conclu en date du 28 mars 2002 sur la gestion du projet FELCO. Aux termes de l'article 4 dudit contrat, la GCM mettait à la disposition de MAD. SA les minerais riches du site minier de Tilwezembe réputés ainsi libres de tout engagement, tandis que MAD. SA s'engageait, en contre-partie, à exécuter, dans les règles de l'art, les travaux miniers sur les sites.

Ce chevauchement risque d'être très préjudiciable à la GCM vis-à-vis de GEC dans la mesure où elle avait déclaré et garanti à GEC qu'en signant le contrat qui les liait, elle ne violait pas d'autres contrats et ce, sous peine d'indemniser GEC pour tous dommages, pertes ou retard préjudiciable résultant de la violation des déclarations et garanties (VIII.8.17). Dès lors, il était plus qu'important que ce chevauchement soit immédiatement résolu avant la signature par les parties de la Convention de JV. Et comme la convention de JV avec GEC est désormais signée, la GCM a intérêt à trouver d'autres minerais riches, en remplacement de ceux provenant du gisement de Tilwezembe, en vue de ravitailler le projet Felco au moyen de la signature d'un avenant à leur contrat de base.

3. Chevauchement de la Convention de JV GEC avec le Convention de KINROSS FORREST

Par ailleurs, en ce qui concerne la nouvelle usine d'électrolyse de Luilu (VIII.2.3), pour des raisons économiques, GEC préfère traiter les concentrés de KZC (Kolwezi) aux usines de Luilu HM (VIII.8.3). Pour ce faire, elle s'est engagée à fournir toute assistance raisonnable à GEC dans le cadre de ses négociations avec l'autre partenaire (KFL) dans l'utilisation de Luilu HM par DCP SARL et, dans l'hypothèse où les négociations en vue de son utilisation n'aboutissaient pas, GCM s'est engagée à assurer que DCP SARL sera en mesure de traiter les concentrés de KZC à Shituru et à Luilu ER (VIII.8.16). Et si DCP SARL n'est pas autorisé par l'autre partenaire traiter les concentrés KZC à Luilu HM, GEC sera autorisée à mettre fin à la Convention de JV, à tout moment et de son propre chef, sous réserve d'en notifier à la GCM et DCP avec un préavis de 30 jours (VIII.8.55).

Comme on peut le remarquer, l'existence ainsi que la disponibilité des usines des traitements des concentrés de Luilu HM semblent être un point très déterminant pour GEC dans la poursuite du partenariat. C'est pourquoi, il s'avère important que GCM apporte plus de lumière sur le partenariat qui la lie à l'autre société relativement aux usines de Luilu. Ceci est très important en vue de lui épargner un éventuel conflit avec ledit partenaire.

Cela est encore plus important dans la mesure où la lettre G du point 3.1 de l'article 3 de la J.V qui se rapporte aux garanties et engagements de la GCM fait état de ce que celle-ci est propriétaire exclusive des installations des traitements, en l'occurrence l'usine de Luilu HM, dont elle garantit le caractère libre de toutes charges grévantes et de toutes obligations à l'égard des tiers, et est habilitée à les amodier. (VIII.14).

Or, il s'est dégagé de l'atelier tenu à Lubumbashi en octobre 2005 que les négociations entre GEC et l'autre partenaire en vue de l'utilisation de l'usine Luilu HM ne sont pas possibles.

Donc, GEC sera en droit, contractuellement, de résilier la convention de JV avec la GCM en raison de l'indisponibilité avérée de l'usine de Luilu HM avec pour conséquence tous les prêts souscrit par GEC ou par ses sociétés apparentées au bénéfice de DCP SARL ainsi que le contrat de prêt GCM (30.000.000 USD) qui demeurent impayés à la date de la résiliation deviendront immédiatement dus et remboursable par la GCM (y inclus tout intérêt encouru demeurant impayé à cette date) par GCM à GEC d'une part. D'autre part, GEC sera libérée de ses obligations financières envers DCP SARL.

III. EVALUATION DES CLAUSES DE L'ACCORD DU PARTENARIAT

A. Choix du cadre juridique du Partenariat

Dans l'accord préliminaire, il avait été prévu initialement que le partenariat entre la GCM et GEC devait se faire au sein d'une société par actions à responsabilité limitée (SARL) dénommée « DCP. SARL » (VIII.1.3). Cependant, dans la Convention de joint-venture, les parties ont opté pour la création d'une Société Privée à Responsabilité Limitée, SPRL, dénommée « DRC COPPER AND COBALT PROJET SPRL », en abrégé « DCP SPRL », avec possibilité de transformation en SARL (VIII.8., 24). Plus tard, en fonction des observations et recommandations de l'ECOFIN (Commission économique financière du Gouvernement congolais), parvenues au comité de gestion de la GCM, une réunion s'est tenue entre les deux partenaires à l'issue de laquelle elles sont revenues à la forme initiale d'une SARL (VIII.11.2.).

Il importe de noter que la DCP SARL ne pourra être constituée que lorsque l'étude de faisabilité sera concluante (VIII. 8.21).

B. Existence légale du partenariat

Comme relevé ci-haut et au regard de la publication du décret n° 05/115 du 13 octobre 2005, la DCP est constituée sous la forme d'une SARL. En tant que telle, elle est régie par les dispositions impératives du décret du 23 juin 1960 modifiant et complétant le décret du 27 février 1887 et de l'arrêté royal du 22/06/1926.

En effet, l'article 6 du décret du 27 février 1887 sur les sociétés commerciales dispose : « *nulle société par actions à responsabilité limitée ne pourra se fonder au Congo qu'après avoir été autorisée par décret* ». Les conditions de l'obtention de cette autorisation sont prévues à l'article 1^{er} de l'arrêté royal du 22/06/1926 qui dispose que :

« **Notre autorisation, requise pour fonder au Congo, une société par action à responsabilité limitée, est subordonnée notamment aux conditions ci-après :**

- 1° Que l'acte constitutif soit reçu dans la forme authentique ;
- 2°. Qu'il y ait sept associés au moins ;

CONFIDENTIEL

- 3°. Que le capital social soit intégralement souscrit ;
- 4°. Que chaque action soit libérée d'un cinquième au moins par un versement en numéraire ou par un apport effectif.

L'accomplissement de trois dernières conditions ci-dessus doit être constaté dans l'acte constitutif.... »

La lecture du décret n° 05/115 du 13 octobre 2005 renseigne que l'autorisation de fondation de la DCP SARL a été donnée par l'autorité compétente.

Cependant, le mutisme dudit décret sur l'existence de l'acte constitutif empêche le Consultant d'opiner si celui-ci a été réellement reçu en forme authentique, comme l'exige la loi d'une part. D'autre part, il est mal aisé de déterminer si le décret susmentionné a été pris antérieurement ou postérieurement à l'authentification des statuts sociaux de la DCP SARL.

Dans la malheureuse hypothèse de l'antériorité du décret précité à l'authentification des statuts sociaux de la DCP SARL, il se posera dès lors la question de l'existence juridique même de cette dernière dans la mesure où l'autorisation de fondation d'une SARL est conditionnée, selon les termes simples, clairs et nets de l'article 1^{er} de l'arrêté royal du 22/06/1926 reproduit ci-dessous. En d'autres termes, et comme le confirme par ailleurs la jurisprudence, l'existence de l'acte authentique fait dépendre l'octroi de l'autorisation ou, mieux du décret portant autorisation de fonder au Congo une SARL. Cette dépendance entraîne que ce décret ne peut juridiquement être pris sans qu'au préalable le chef de l'Etat ne soit en possession de l'acte sous forme authentique. Dans ce sens, la Cour de cassation belge, faisant à l'époque office de l'actuelle Cour Suprême de Justice- Section judiciaire, avait arrêté dans une espèce que :

« Si aux termes de l'article 6 du décret du Roi Souverain du 27 février 1887, une SARL n'existe sous le régime de la législation en vigueur dans la Colonie qu'après avoir été autorisée par le Gouvernement, l'acte authentique de sa constitution, de l'existence duquel l'arrêté royal du 22 juin 1926 fait dépendre l'octroi de l'autorisation, a la force probante de tout acte authentique. (Cass., 30 juin 1936, Rev. Jur. 1936, p. 216 ; pas belge 1936, I, p.326, cité par Michel NZANGI BATUTU, Les causes d'irrecevabilité de l'appel en matières civile, commerciale et sociale, 2^{ème} édition, Kinshasa, 1997) »

Enfin, l'examen des éléments contenus dans le dossier du partenariat renseigne que les statuts de la Sarl DCP n'ont pas encore été déposés au Greffe du commerce. Tout comme il n'y a pas de preuve de leur envoi au Journal Officiel pour publication. Il n'est pas non plus renseigné que la DCP Sarl a obtenu l'immatriculation au Nouveau Registre du Commerce.

De ce qui précède, tous ces manquements constituent des obstacles majeurs à l'effectivité et l'opérationnalité du partenariat entre GCM et GEC.

Partant de l'hypothèse que la DCP est déjà constituée, il conviendrait de relever que selon la clause 4.3.ii et la clause 5.1. de la Convention de JV, GEC et la GCM ne pourront constituer

la DCP SPRL qu'après la communication de l'étude de faisabilité jugé positive. Or, ils ont constituée DCP SARL avant terme. GCM et GEC n'ont donc pas respecté les dispositions conventionnelles précitées.

C. Apports des partenaires

1. Quant à la GCM

Comme il a été dit haut, la GCM a mis à la disposition du partenariat, c'est-à-dire de la DCP SARL : les infrastructures de la mine de Kov ; le concentrateur de Kolwezi (KZC) ; les installations de maintenance, de support logistique, des bureaux directement liés au projet (VIII.1.3.); la cession des droits miniers sur tous les gisements concernés par le projet (VIII.1.4 et VIII.8.29) ; tout ou partie des droits miniers correspondant aux sites auxiliaires et aux installations et usines de traitement par leur amodiation (VIII.1.4 et VIII.8.29) ainsi que la nouvelle usine d'électrolyse de Luilu (VIII.2.3).

2. Quant à GEC

1°. Réalisation de l'étude de faisabilité

En revanche, GEC est tenue de réaliser une étude de faisabilité qui définira les coûts d'investissement et les coûts opératoires ainsi que les besoins financiers pour la réalisation des travaux prévus. A ce sujet, il est noté que l'étude de faisabilité sera terminée dans les 6 mois suivant la dernière des dates comprise entre la date de l'entrée en vigueur de la Convention de JV et la date de réception des données par GEC. Si dans ce délai de six mois, l'étude de faisabilité n'est pas réalisée, les parties examineront, de commun accord, des causes qui ont empêché la réalisation de cette étude et proposer des voies et moyens pour y remédier. Un délai supplémentaire de 4 mois maximum (ou toute autre période) pourra être accordé à GEC pour produire ladite étude de faisabilité.

La réalisation d'une étude de faisabilité positive ou concluante conditionne la constitution de la Joint Venture, DCP SARL ; la recherche de financement pour le projet par GEC ainsi que le démarrage du projet six mois après (VIII. 8.21).

Jusqu'au moment où la présente analyse s'effectue, il n'a pas été mis à la disposition du consultant les éléments sur la réalisation effective de cette étude de faisabilité ainsi que de son caractère positif. Si entre-temps, la DCP SARL est créée, elle l'est prématurément, c'est-à-dire, en violation des règles conventionnelles.

Au sujet du commencement de la réalisation de l'étude de faisabilité qui est conditionnée à l'entrée en vigueur au sujet duquel l'article 22 de la Convention de la JV note qu'elle « *entre en vigueur à la date de son approbation ou ratification par le Conseil d'administration de la Gécamines et par les Autorités compétentes* ». L'approbation ou la ratification par le Conseil d'administration de la GCM et par les Autorités compétentes devra être précédé de l'autorisation préalable de l'autorité de tutelle. Mais, des quelles autorités compétentes s'agit-il à l'article 22 de la JV? L'article 1 de la Convention de JV cite sous la définition des

termes « Autorité Compétente » plusieurs institutions qui, à notre avis, ne peuvent intervenir comme autorités compétentes pour autoriser la signature de la Convention de JV. Ainsi, sauf autre interprétation de l'article 22 par GEC, la date du commencement de l'étude de faisabilité doit, en principe, être celle de la signature de la convention, après que celle-ci ait été autorisée préalablement par le Ministère des mines (Il n'existe pas encore dans le dossier l'autorisation préalable du Ministère des mines). Comme le Conseil d'administration et les autorités compétentes doivent intervenir par approbation ou ratification, la date du commencement de l'étude de faisabilité doit correspondre après le cinquième jour utile après la communication de la décision du Conseil d'Administration auprès de l'autorité de tutelle, période permise pour son opposition conformément à l'article 42 de la loi n° 78-002 du 6 janvier 1978 sur les entreprises publiques.

Enfin, contrairement à d'autres partenariats, la Convention de JV advenue entre la GCM et GEC ne prévoit aucune sanction sur la non réalisation de l'étude de faisabilité dans le délai par GEC, telle que la résiliation d'office de la convention.

2°. Financement du projet

En outre, GEC est également tenu d'organiser le financement du projet et obtenir en faveur de DCP SARL les crédits nécessaires pour entreprendre les travaux décrits ci-dessus et pour satisfaire les besoins financiers du projet ; et de donner, en prêt, à Gécamines 30.000.000 USD (trente millions de dollars américains) à rembourser pendant quatre ans dont une année de grâce, pour le développement de ses activités minières du groupe centre, incluant notamment les unités stratégiques (CCC, usine à acide...). En cas de défaut de remboursement de la dette, GEC aura la possibilité de la déduire du produit de vente de métaux. Si le Groupe centre ne produit pas assez de métaux pour couvrir ses engagements, GEC retiendra sur les dividendes ou autres revenus la somme correspondant au montant dû (VIII.1.4).

En rapport avec le financement du projet, il est prévu dans l'article 4.3 de la Convention de JV que GEC n'aura pas d'obligation de procurer le financement ou d'encourir des dépenses en relation avec la réhabilitation et l'amélioration des équipements existants ainsi que la construction de nouveaux équipements tant que les conditions suivantes ne sont pas réalisées, notamment que la convention de JV elle-même soit entrée en vigueur et que les arrangements contractuels entre la DCP et l'autre partenaire relatifs au traitement des concentrés KZC à Luilu HM soient en place.

Comme on peut bien s'en rendre compte, tant que ces conditions ne sont pas remplies, en particulier les arrangements entre DCP et l'autre partie sur le traitement des concentrés KZC à Luilu HM, la GEC retardera assurément l'exécution de son obligation de financement du projet.

D. Participation dans le capital social du partenariat

Le capital social de la DCP SARL à constituer n'est prévu ni dans l'accord préliminaire, ni dans la convention de joint-venture.

Toutefois, ces instruments contractuels prévoient d'une part que les contributions des parties dans DCP SARL pourront être en numéraire et nature, et d'autre part, que la participation des parties dans DCP SARL sera de 75 % des parts pour GEC et 25% des parts pour la GCM (VIII.1.6. et VIII.8.24).

Dans la note 19498/2004/TRG/DIR du 23/08/2004 la direction financière et la trésorerie générale font part de leurs observations à l'ADFI de la GCM en stigmatisant le fait que le partage des actions à concurrence de 75% pour GEC et 25% pour la GCM n'est pas objectivement justifié dans la mesure où les financements reçus de la GCM sont remboursés et rémunérés et en conséquence, ne peuvent constituer un apport dans l'appréciation du capital social de la Sarl à créer (VIII.6.2).

Aussi, dans la structure du capital social retenue par l'accord préliminaire (25% pour la GCM et 75% pour GEC), la direction financière fait observer à l'ADFI que rien ne justifie une telle répartition dans la mesure où d'une part, en contre partie du financement de GEC, la GCM accepte d'apporter ses droits et titres miniers et que le financement sera rétribué et remboursé, d'autre part (VIII.3.3).

- Plus tard, la lecture du projet des statuts de la DCP SARL indique que le capital social est de 490.000.000 de Francs congolais (1.000.000 USD) représenté par 10.000 actions de 40.000 FC et repartit comme suit :

GEC : 365.050.000 FC, constitués de 7.450 actions de catégorie B et représentant 74,5 % du capital social.

-GCM : 122.500.000 FC, constitués de 2500 actions de catégorie A et représentant 25 % du capital social.

- Monsieur PIETER DEBOUTTE : 490.000 FC, constitués de 10 actions de catégorie B et représentant 0,1 % du capital social.

- Monsieur YOSEF SHULDINER : 490.000 FC, constitués de 10 actions de catégorie B et représentant 0,1 % du capital social.

- Madame SANDRA HOREMANS : 410.000 FC, constitués de 10 actions de catégorie B et représentant 0,1 % du capital social.

- Monsieur CAREL SWART : 490.000 FC, constitués de 10 actions de catégorie A et représentant 0,1 % du capital social (VIII.15.4).

- Monsieur SIMON TUMAWAKU : 490.000 FC, constitués de 10 actions de catégorie A et représentant 0,1 % du capital social (VIII.15.4).

Il importe de noter que les parties à la convention de JV avaient arrêté que l'étude de faisabilité positive ou concluante devrait conditionner la constitution de la Joint Venture, DCP SARL. Or la répartition des parts sociales de la DCP SARL a été prématurément déterminée de sorte que la répartition des parts sociales ne correspond à aucune réalité. Cela est d'autant plus évident que l'étude de faisabilité devait évaluer les investissements existant de la GCM et les besoins en investissements nouveaux en vue de la réalisation du projet.

E. Participation dans les décisions et dans la gestion

CONFIDENTIEL

Il est prévu dans l'accord préliminaire et la convention de joint-venture que les relations entre parties seront régies par le contrat de création de la société DCP SARL et certains principes de gérance selon lesquels DCP sera administrée par un Conseil d'Administration composé de huit membres au maximum, suivant la règle imposée dans la clause 5.3 litera b. de la convention de joint-venture. Les membres du Conseil d'Administration de DCP seront nommés par les parties au prorata de leurs actions dans la SARL. Il ressort de cette disposition que c'est bien GEC qui aura le contrôle du Conseil d'Administration (VIII.1.7 et VIII.8.25, 26) et donc le contrôle du partenariat.

Aussi, la lecture des statuts de DCP SARL laisse voir que celle-ci est administrée par un Conseil d'Administration composé de huit (8) membres élus par l'Assemblée Générale, dont six (6) administrateurs sont élus parmi les candidats présentés par les titulaires de la catégorie « B » dont font partie G.E.C et les autres personnes physiques et deux (2) administrateurs sont élus par les candidats présentés par les titulaires des actions de la catégorie « A » dont fait partie la GCM. Le président du Conseil d'Administration est élu parmi les membres du conseil d'Administration. Ledit président est proposé par les actionnaires de la catégorie « A ».

Il importe à ce niveau de se poser la question sur l'utilité et l'impact de la catégorisation des actionnaires. On peut aisément remarquer que l'un des partenaires, en l'occurrence, la GCM est classé dans la catégorie « B » des actionnaires, (Art. 15). Cette situation met la GCM et partant, l'Etat congolais dans une situation inégale par rapport à son partenaire principal qu'est GEC en ce que cette position l'empêche d'influer sur le choix (élection) du Président du Conseil d'Administration et ne pèse pas dans le choix des Administrateurs, tout comme dans le vote lors des assemblées. Il convient de corriger ce déséquilibre numérique lorsqu'on voit que toute décision du Conseil d'Administration est prise à la majorité des membres présents ou représentés (Art. 19. d.VIII.15.9).

Cette correction est d'autant plus importante lorsque l'on remarque qu'aux termes des statuts, le Conseil d'Administration possède, seul, le pouvoir de disposition qui intéresse la société (art. 21. VIII.15.9), tout comme le pouvoir d'aliéner ou céder tous les biens meubles et immeubles.

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

A titre de rémunération, outre les dividendes à distribuer par rapport aux actions souscrites par chaque actionnaire, la GCM recevra, au titre d'amodiation de son droit minier et de ses installations, 2% des revenus nets des ventes de 4 premières années et 1,5% des revenus nets de vente des années suivantes (VIII.1.6). Il paraît important que la GCM explique les raisons qui ont poussé à retenir ce taux de 2%, de 1% de revenus et la ventilation des paiements sur plusieurs années.

En outre, il est prévu que la GCM accordera à GEC les droits de commercialiser 60% de la production de cuivre et de cobalt du groupe centre selon les modalités et durée à définir dans l'accord définitif (VIII.1.4). Cette clause appelle les observations suivantes :

D'abord, alors que dans l'accord préliminaire les parties avaient prévu de définir les modalités et durée de ces privilèges accordés à la GEC de commercialiser 60% de la production, la lecture de l'accord définitif (J.V) renvoie, à son tour, à une autre convention de commercialisation qui règlera les modalités et durée de cette vente. (art. 3.1. VIII.8.17). Cette façon de présenter les choses avec beaucoup d'aspects inachevés n'est pas à conseiller, car la GCM a le droit de savoir, dès le départ, à quoi elle s'engage et ce, pour quelle durée.

Ensuite, alors que dans l'accord préliminaire la vente ne concernait que la production du groupe centre, dans l'accord définitif (J.V), il y est inclus aussi le droit de vendre 60% de production de cuivre et cobalt issu de Shituru au bénéfice de GEC.

La GCM a intérêt à justifier les raisons d'un tel privilège d'ordre monétaire.

Enfin, GEC exige, en plus du remboursement du prêt, le droit de commercialiser 60% de la production du cuivre et de cobalt du groupe centre, cela apparaît injuste et inacceptable, encore qu'il n'est pas dit que les produits de la vente serviront à éteindre le prêt consenti.

G. Obligations et responsabilités des partenaires

Les obligations et responsabilités des partenaires ont déjà été exposées sous le point C ci-dessus relatif aux apports des parties.

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

L'article 15 de l'accord préliminaire prévoit que les modalités de force majeure seront définies dans l'accord définitif (VIII.1.7). Quant à l'accord définitif, il prévoit que l'exécution des obligations de chaque partie est suspendue lorsque ladite exécution est empêchée ou retardée par la force majeure. Cette suspension n'a lieu que pour la durée de la force majeure (Art 16.1. VII. 8.57)

Les parties ont également prévu qu'une partie qui invoque la force majeure, selon leur convention, doit être en mesure de démontrer que le cas de force majeure est irrésistible, imprévisible, irrévocable et indépendant de la volonté raisonnable de la partie qui l'invoque (Art 16.1. VIII.8.57).

I. Contrôle du partenariat (droit de regard de la GCM)

Comme exposé sous le point d. relatif à la participation dans les décisions et dans la gestion, le contrôle du partenariat est assuré principalement par GEC, vue la minorité numérique des représentants de la GCM dans le Conseil d'Administration, organe de décision de la DCP SARL, Il y a donc lieu d'imaginer la restauration de l'équilibre au travers des mécanismes d'élection des administrateurs en vue de rendre équitable la participation de la GCM dans le contrôle du partenariat.

Aussi, l'article 5.4. de la JV dit que le contrôle opérationnel de DCP sera exercé par GEC suivant les directives du Conseil d'Administration (VII.8.26). Pourquoi le droit de contrôle n'est reconnu qu'à la GEC ? Alors qu'elle est un partenaire au même titre que la GCM. Il y a donc lieu de corriger cet état des choses en prévoyant que le contrôle opérationnel sera conjoint entre GEC et GCM.

Aussi, d'après le même article 5.4. de la JV, toutes les décisions et résolutions à prendre par le C.A. devront être prises à la majorité des droits de vote des administrateurs et moyennant respect des dispositions légales applicables (VII.8.26). Comme relevé plus haut, la manière d'élire les administrateurs et leur Président selon la catégorie d'actionnaires (A et B qui fait que la GCM soit numériquement moins influente) et le monopole du contrôle opérationnel laissé à GEC suivant les directives du C.A. montre clairement que la GCM n'a pas un droit de regard substantiel sur le partenariat.

J. Résiliation : pouvoir et conséquences

1° Pouvoirs de résiliation reconnus aux parties

Il est prévu dans le contrat de Joint Venture que la GCM a le droit de résilier le contrat dans l'hypothèse où les chantiers miniers n'ont pas démarré dans le délai. A ce sujet, on notera que lorsqu'en particulier la cession du Permis d'Exploitation et l'amodiation des Biens amodiés sont opérées, GEC a l'obligation de démarrer le chantier dans les six mois suivants. A défaut de le faire, la GCM peut aisément résilier le contrat pour défaillance suivant la procédure indiquée dans la clause 14 de Convention de Joint Venture.

GEC peut, *de son propre chef*, mettre fin à la convention de JV à tout moment, moyennant un préavis de 30 jours calendrier communiqué à la GCM et DCP et ce, suite à la « *modification du Droit qui réduit la rentabilité économique du projet* » selon son appréciation (Art 15.1.a, VIII.8.55). Cette possibilité offerte uniquement à GEC de faire résilier la convention lorsqu'elle ne trouve pas sa rentabilité économique dans le projet semble ne pas se justifier quant on sait que de par la définition légale du contrat, les parties actionnaires ou associées acceptent de partager les bénéfices et pertes. Aussi, qu'est ce qui explique que cette possibilité en cas de non rentabilité économique ne soit laissée qu'à GEC et non à la GCM, qui est un partenaire au même titre que GEC et qui poursuit également une rentabilité économique dans le partenariat ?

GEC est également autorisée à mettre fin à la convention de JV à tout moment, de son propre chef, si la DCP SARL n'arrive pas à traiter les concentrés KZC dans les installations de Luilu moyennant un préavis notifié à GCM et DCP. Cette latitude laissée à GEC pourra fragiliser le maintien ou la survie de la JV dès sa naissance lorsque l'on sait que d'après la GCM, les usines de traitements de Luilu qui ont été cédées à la GEC, font l'objet des prétentions des tiers (VIII.8.3. et VIII.8.4). Il importe donc de bien étudier tous les obstacles juridiques et de les aplanir avant tout engagement.

Par ailleurs, si l'événement de la force majeure dure plus de 6 mois, chacune des parties peut décider de résilier le partenariat (Art 16.4. VIII. 8.57). GEC et GCM peuvent, de commun accord, résilier la JV et ce, à tout moment (VIII. 8.51).

Comme on peut le remarquer, la GCM n'a que très peu de manœuvres ou des hypothèses de prise d'initiative de la résiliation de la JV, sauf en cas de force majeure où la GCM doit résilier avec le consentement de son partenaire GEC, alors que ce dernier peut, de son propre chef, initier la résiliation de la JV, notamment lorsqu'elle sent que le projet n'est plus rentable économiquement. Une telle attitude ne se justifie aucunement dans la mesure où, sans l'existence des titres miniers de la GCM et de ses installations de traitement, la jointe venture ne sera jamais opérationnelle.

En outre, les parties ont prévu qu'en cas d'une inexécution importante d'une des dispositions de la JV de la part de l'une d'elles, la partie non défaillante a la possibilité d'acquérir toutes les actions de la partie défaillante. Pour définir l'expression « l'inexécution importante », les parties se sont accordées sur le fait qu'il s'agit d'une inexécution qui met en danger, à un degré significatif, une réalisation avec succès des opérations et la jouissance des droits et avantages généraux contenus dans leur convention (art. 14.5. a.VIII.8.53). Excepté la défaillance pour défaut de démarrage du chantier dans le délai de 6 mois ci-haut relevé, cette clause appelle les remarques suivantes :

- Lorsque les parties précisent que c'est une inexécution qui met en danger la réalisation des opérations et la jouissance, cela veut dire que la dite réalisation ne devient pas impossible, mais est seulement mise en danger. Ce qui ne constitue pas contractuellement et normalement une inexécution pouvant entraîner la résiliation de la convention de J.V.

- Les parties créent un flou lorsqu'elles conditionnent la mise en danger de l'exécution à un « degré significatif » sans avoir à préciser les éléments caractéristiques dudit degré significatif.

Il y a donc lieu soit, d'élarguer une telle disposition de la J.V, soit de la rendre plus complète et très compréhensive.

2° Conséquences de la résiliation

Comme relevé ci-haut, en prévoyant l'achat des actions de la partie défaillante par la partie non défaillante en cas d'inexécution, cela conduira à faire disparaître la partie défaillante du nombre des actionnaires, avec la conséquence que le nombre desdits actionnaires sera réduit à six. Avec un tel nombre, la DCP Sarl cessera d'exister en tant que entité devant mettre en œuvre le partenariat, car aux termes de la loi régissant les Sarl, il faut obligatoirement un minimum de sept actionnaires pour qu'une SARL existe légalement.

Il est également prévu dans l'accord de Joint venture qu'en cas de résiliation de la convention, GEC cédera et transférera à GCM ou à toute autre entité qu'elle désignera, tous les actifs de DCP, contre paiement à GEC, des montants représentant « le montant non

amorti de son investissement à la date de résiliation, comprenant les contributions effectuées par voie de prêts d'actionnaires ou de financement d'étude de faisabilité ».

Cette disposition est non seulement en contradiction avec l'article 7.6 de la convention de joint-venture, mais paraît injuste en ce qu'on ne sait pas expliquer la raison pour laquelle la GCM paie à GEC le montant non amorti de son investissement et même le montant de préfinancement d'Etude de faisabilité alors que les mises (financement) de GEC constituent un apport (mise) qu'il doit normalement récupérer en cas de liquidation de DCP. Il ne peut donc appartenir à la GCM de lui rembourser la contre valeur de son apport. Il en est de même des contributions relatives à l'étude de faisabilité qui, en cas d'insuccès des études réalisées ou de la liquidation, doivent être considérées comme des fonds perdus. Il est injuste d'en imputer le remboursement à la GCM alors qu'elles constituent de par leur nature des frais à risque.

Il est enfin relevé qu'en cas de résiliation, tous les prêts souscrits par GEC ou par ses sociétés apparentées au bénéfice de DCP ainsi que le contrat prêt GCM (30.000.000 USD) qui demeurent impayés à la date de résiliation deviendront immédiatement dus et remboursables par GCM à GEC (Art 15.2.ii et VIII.8.55).

Cette disposition paraît également injuste et trop contraignante pour la GCM. D'abord, nulle part il n'est stipulé que les prêts souscrits par GEC ou ses sociétés apparentées au bénéfice de DCP en vue de financer la jointe venture seront remboursés par la GCM. Même si cela était prévu, il paraît injuste que la GCM rembourse des prêts qu'elle n'a pas contractés personnellement ou pour lesquels elle n'est pas portée fort pour payer en cas d'insolvabilité de GEC. Ensuite, même s'il était juste que la GCM rembourse, il fallait lui laisser un temps pour travailler et se préparer au remboursement. C'est donc trop contraignant de lui demander de rembourser directement après la résiliation.

K. Récupération des droits en cas de liquidation

Les parties ont prévu qu'en cas de liquidation (dissolution), il sera cédé et transféré à la GCM ou à toute autre entreprise de la DCP, contre paiement à GEC, des montants représentant le montant non amorti de son investissement à la date de résiliation, comprenant les contributions effectuées par voie de prêts d'actionnaires ou de préfinancement d'Etudes de faisabilité (Art 15.2 et VIII.8.55).

Les remarques faites à propos des conséquences découlant de la résiliation valent, mutatis mutadis, pour le point présent.

Les parties ont également prévu qu'après apurement de toutes les dettes et charges et frais de liquidation ou consignation faits pour ces règlements, l'actif net est réparti, en espèces ou en titres, entre toutes les actions.

Les parties ont enfin prévu que si les actions ne se trouvent libérées toutes dans une égale proportion, les liquidateurs, avant de procéder à la répartition prévue après apurement de toutes les dettes et charges et frais de liquidation, doivent tenir compte de cette diversité de

situation et rétablir l'équilibre en mettant toutes les actions sur un pied d'égalité absolue, soit par des appels des fonds complémentaires à charge des tiers insuffisamment libérés, soit par des remboursements préalables, en espèces ou en titres, au profit des titres libérés dans une proposition supérieure (art.36, point c des statuts de la DCP Sarl. VIII.15.14).

L. Règlement des différends et droit applicable

Dans l'accord préliminaire, les parties ont prévu qu'il sera régi et interprété selon les lois anglaises et que les litiges s'y rapportant seront résolus par la Chambre de Commerce International de Paris à défaut d'un règlement amiable (Art 19, VIII.1.7).

Les parties ont prévu dans la J.V deux natures des normes de règlements des conflits en cas de son interprétation ou de son exécution (les règles de la chambre du commerce international de Paris en langue française (VIII. 8.49) et les normes des droits de l'Angleterre et du Pays de Galles (VIII.8.65).

Pourquoi prévoir le règlement des litiges selon les droits de l'Angleterre et du Pays de Galles au moment où la convention de J.V et ses annexes sont rédigées en français et conformément au droit congolais ? Il y a donc risque que s'en suive un conflit des systèmes juridiques (common law = précédents judiciaires) et système romano germanique (recours à la législation écrite). Il est dès lors important de savoir si l'Angleterre et le Pays de Galles peuvent être compétents pour interpréter et appliquer les conventions écrites en français et ce, en dehors de leurs territoires.

Il aurait été mieux d'amorcer le règlement des conflits par des mécanismes internes de droit congolais et qu'en cas d'insuccès, recourir à la chambre du commerce internationale de Paris pour départager les parties, ou carrément, recourir à cette dernière, au lieu de prévoir les règles des Pays de Galles et de l'Angleterre. Aussi, il est indiqué d'harmoniser les vues, c'est-à-dire de choisir une seule nature des règles de règlement des conflits afin d'éviter des éventuelles impasses au cas où les deux sortent des normes règlementent une même question dans le sens opposé.

Quant à la convention de JV, il y est prévu qu'elle sera interprétée et exécutée conformément au droit de l'Angleterre et du Pays de Galles. Chacune des parties se soumet également et de façon irrévocable, à la juridiction arbitrale de Paris, qui doit les départager en langue française (avec traduction simultanée en langue anglaise (art 11.2. VIII.8.49 et art 21. VIII.8.65).

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 et les pouvoirs des signataires

1°) Quant a la GCM

- **Conformité de l'accord de partenariat avec l'objet social de la GCM**

L'accord de partenariat prévoit qu'il porte sur l'exploitation et la transformation des minerais produits à partir de la mine à ciel ouvert de Kov, les gisements de Kananga et de Tilwezembe (art. I de l'accord préliminaire, VIII.13). Ensuite, les produits traités seront commercialisés (VIII.8.6).

La GCM, Entreprise Publique de droit congolais créée par décret n°0049 du 7 novembre 1995, 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 GCM et de ses environs et 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 est Titulaire du Permis d'Exploitation n°525, découlant de la concession n°23, appelée autrefois « concession Musonoi ».

Comme on peut le constater, l'objet social du partenariat est conforme à celui de la GCM.

- **Pouvoir (compétence) des signataires**

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 ».

La lecture des éléments du dossier montre que la convention de JV a été signée par Messieurs TWITE KABAMBA et NZENGA NKONGOLO, respectivement Président du Conseil d'Administration et Administrateur Délégué Général. Au regard de l'article 20 ci-dessus évoqué, la GCM a été bien engagée, c'est-à-dire conformément à la loi.

- **Décisions du Conseil d'Administration**

Pour s'engager dans le partenariat avec GEC, la GCM a été autorisée par les décisions n° III du Conseil d'Administration prise lors de sa réunion extraordinaire du 10 mai 2004 et n° II du Conseil d'Administration prise lors de sa réunion extraordinaire du 2 octobre 2004 (XXXVIII.41.3 et XXXVIII.44.2).

L'approbation, par décision du Conseil d'Administration, est l'une des conditions de l'entrée en vigueur de la Convention de Joint Venture.

- **Autorisation de la tutelle**

Aux termes de l'article 40 de la loi n° 78-002 du 06 janvier 1978, les organes de tutelle de chaque entreprise publique sont déterminés par ses propres statuts. Dans le cas de la GCM, l'article du 28 du décret n° 0049 du 7 novembre 1995 portant sa création et ses statuts

dispose qu'elle placée sous la tutelle du ministère ayant les mines dans ses attributions. Ce dernier est compétent pour donner son autorisation préalable, en vertu de l'article 41 alinéa 2 de la loi n° 78-002 du 06 janvier 1978 précitée, pour la conclusion des contrats portant notamment sur l'emprunt et prêts ainsi que sur les prises et cessions de participations financières. Le Ministère du Portefeuille et la Présidence de la République, n'étant pas des autorités compétentes citées dans les statuts de la GCM, leur autorisation n'est pas requise en cette matière.

In specie, le Consultant n'a pas retrouvé d'autorisation préalable du Ministère des Mines versée au dossier. Néanmoins, il existe une certaine approbation de la Convention de la JV sous critique découlant du décret n° 05/114 du 13 octobre 2005 (J.O. n° 21, du 01/11/2005, p.8). Ce décret ne vaut en l'espèce dans la mesure où il n'est pas et ne remplace aucunement l'autorisation préalable du Ministère des Mines en ce qu'il n'est prévu ni dans la Constitution, ni dans la loi n° 78-002 du 06 janvier 1978 sur les entreprises publiques, encore moins dans le décret n° 0049 du 7 novembre 1995 portant création et statuts de la GCM en vigueur au moment de la signature de la Convention de JV. Ce décret semble donc être dépourvu de tout fondement juridique.

Au demeurant, la convention de JV advenue entre la GCM et GEC n'a pas reçu à ce jour l'autorisation préalable de l'autorité tutélaire légale.

Toutefois, s'il s'avère que les éléments cités ci-haut, qui rendent la convention de JV illégale, existent, mais qu'ils n'ont pas été mis à la disposition du Consultant, l'opinion émise ci-dessus sera modifiée dans le sens de considérer que tout a été fait conformément à la loi.

2°) Quant au Partenaire

- **Existence légale du partenaire.**

Il n'y a pas lieu d'analyser les éléments qui le concerne, car non fournis par la documentation mise à la disposition du consultant. La GCM avait intérêt à exiger la preuve de la régularité de la constitution de son partenaire, GEC, société de droit britannique, ainsi que la compétence de ses représentants avant toute signature matérialisant son engagement dans le partenariat.

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

Il n'y a pas d'éléments dans le dossier qui puissent permettre de procéder à un tel examen.

- **Pouvoirs (compétences) des signataires**

Il est établi dans le contrat que GEC a été engagé par Monsieur Dan GERTLER. Mais rien dans le dossier ne permet d'examiner le pouvoir du prénommé.

- **Autorisation du partenaire**

Rien au dossier n'indique que Mr Dan GERTLER a été autorisé statutairement pour engager GEC dans le partenariat avec la GCM.

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

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

Le point a de l'alinéa 1er de l'article 23 du Code minier précise que sont éligibles aux droits miniers et de carrières, entres autres, toute 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.

Les statuts de la DCP montrent qu'elle est une personne morale de droit congolais qui s'occupe des activités minières. DCP Sarl serait donc éligible à condition qu'elle réunisse toutes les conditions légales de son existence en tant que société commerciale pour réellement se livrer aux activités minières en République Démocratique du Congo, en particulier obtenir son autorisation de fondation par voie de Décret postérieurement à l'authentification de ses statuts.

2°) La conformité avec les dispositions du Code et du Règlement minier

- **Par rapport aux cessions (CM, arts. 182-186)**

La lecture de l'article 6.2 du contrat de JV montre que la GCM a pris l'engagement de transférer irrévocablement et inconditionnellement à DCP Sarl et ce, en pleine propriété, les parties de son titre minier qui permettront à DCP de devenir titulaire exclusif desdits droits (VIII 8.29).

Les parties ont convenu que la convention de J.V constitue en même temps l'acte de cession au sens de l'article 182 du CM (art 6.2.VIII.8.29). Cependant, les dispositions du Code Minier concernant la cession des droits miniers ne sont pas d'ordre supplétif mais d'ordre impératif, donc les parties ne peuvent convenir d'autres règles en dérogation des dispositions du Code Miniers en ce qui concerne la cession des droits miniers.

Aussi, cette manière de présenter l'acte de cession dans la convention n'est pas souhaitable dans la mesure où l'article 184 du CM prévoit l'enregistrement et l'opposabilité de l'acte de cession. Les parties auraient mieux fait, en rédigeant un acte de cession séparé du corps de la convention de J.V. Autrement dit, pourquoi les parties ne veulent pas conclure un contrat autonome afin de mieux en définir des règles de fond et respecter certaines formalités substantielles pour la validité ou l'existence dudit contrat, surtout qu'à la date de la signature du contrat et de son approbation, DCP ne serait pas encore éligible.

- **Par rapport aux amodiations (CM art .177-181)**

En ce qui concerne l'amodiation, il importe de noter que l'intitulé ainsi que le contenu de l'article 6.3 de la J.V renseignent que l'amodiation porte aussi sur les installations des traitements ou « Biens amodiés » (art.6.3. VIII.8 .30 et .VIII.8.5).

Cette disposition n'est pas conforme à la loi. En effet, aux termes de l'article 71 du CM, l'amodiation porte sur les droits attachés à un droit minier ou autorisation de carrière. Légalement, l'amodiation ne peut donc pas porter sur les installations de traitement pris isolément. Il y a donc lieu que les parties à la convention de J.V révisent cet aspect pour se conformer à la loi.

Aussi, on notera que la remarque faite relativement à la nécessité d'avoir un acte séparé de cession par rapport à la convention de J.V demeure également valable pour le contrat d'amodiation.

Enfin, si la cession des droits miniers porte sur le Permis 525, il importe de préciser dès lors que le Permis d'Exploitation portant sur les « Biens amodiés ».

- **La transformation ou non des concessions (CM .art 339 et RM .art 582)**

Après la promulgation du nouveau code minier, les droits miniers détenus par la GCM sur les gisements des kov, Kananga et Tilwezembe découlent de la concession n° 23, dite « MUSONOI »

Concernant les détails de la transformation effectuée, la mise en conformité de l'ancienne concession C23 a donné naissance au PE 525, dont la période de validité court du 04 avril 1999 au 03 avril 2009. Il concerne le cuivre, le cobalt et les autres substances associées (VIII.8.11, VIII.14.1 et XXIX.49). L'ex concession Musonoi, devenue, après transformation, PE 525, concerne 18 gisements inclus et couvre 383 carrés dont Mupine, Tilwezembe, Kananga, Dima, kov, Kabulungu etc.

Le Consultant n'a pas examiné les conditions de maintien en validité du P.E. 525 parce qu'il n'en a pas reçu le mandat.

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

Conformément aux dispositions de l'article 466 du RM, tout titulaire d'un droit transformé s'engage à élaborer et à déposer son Plan d'Ajustement Environnemental auprès du Cadastre minier du ressort où se trouvent ses opérations. La lecture des éléments versés au dossier ne permet pas d'affirmer que la GCM a procédé à l'accomplissement de ces devoirs légaux.

Il est prévu dans la clause 6.4 de la convention de J.V que la GCM accepte irrévocablement de rendre disponible à la DCP Sarl, « sans aucune formalité », certains droits, notamment celui d'utiliser les voies d'eau (cours d'eau), alors qu'aux termes de l'art.283 du code minier, pour s'y livrer, certaines formalités sont requises, telles que l'obtention des autorisations du Gouverneur de province. En s'engageant ainsi, la GCM est-elle sûre de pouvoir réaliser

toutes les promesses pour l'entrée en jouissance, par DCP SARL, des droits cités dans la dite clause contractuelle ?

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

La GCM a mis à la disposition du partenariat le Permis d'Exploitation (PE) N° 525 ex concession C.23 Musonoi. La période de validité dudit Permis va du 04 avril 1999 au 04 avril 2009 et concerne l'exploitation du cuivre, du cobalt et des substances associées (VIII.8.11 et XXXIX.49). Pour l'heure, faute de la documentation sur ce droit minier, le consultant ne saura confirmer ou infirmer le maintien en validité de ce droit minier, ni évaluer le respect d'autres obligations majeures découlant du titre. Une due diligence devra être effectuée au niveau du CAMI.

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 de la GCM

La GCM a fait la déclaration selon laquelle elle n'a octroyé aucun droit de prospecter, de rechercher ou d'extraire (ni sur une base artisanale, ni autrement), aucune option ou aucune amodiation concernant les permis d'exploitation DCP ou la zone minière du projet. Or il s'avère, selon certaines correspondances internes de la GCM et avec l'autorité de tutelle (ministère des mines), qu'il existerait un accord avec la société EOLIA et MADSA pour l'exploitation de la filière TILWEZEMBE et des minerais contenus dans le gisement de Tilwezembe (VIII.16.1, VIII.16.2 et VIII.16.3) au moment où le même gisement de TILWEZEMBE est concerné par la convention de J.V entre GCM et GEC.

La GCM a donc intérêt à créer, en son sein, un système permettant la circulation complète de l'information entre les différentes directions ou services s'occupant de la conclusion et de l'exécution des contrats avec des tiers en vue d'empêcher l'existence de plusieurs contrats, avec plusieurs partenaires au sujet d'un même et seul droit ou installation de traitement.

Comment expliquer que les parties ont prévu que la durée de la convention de J.V sera de 20 ans (VIII.1.5) alors que si l'on se réfère à son terme prévu en l'an 2039 (VIII.8.51), ledit projet aura duré 34 ans si il est mis en application en l'an 2005 en cours ? Les parties au contrat sont donc invitées à harmoniser les choses quant à ce point.

2°) Conflits évidents ou éventuels avec les autres lois autres que le code minier

Aucun conflit à signaler.

V. CONCLUSION

A. Besoin de clarification ou d'amélioration des clauses de l'Accord de partenariat (ou des statuts)

1°) **Authenticité de l'acte constitutif** : Les statuts de la société Joint Venture constituée sous la dénomination de la DCP SARL et dont l'autorisation de sa fondation a été accordé par le décret n° 05/115 du 13 octobre 2005 ne sont pas versé dans le dossier de sorte que le Consultant ne sait pas confirmer leur conformité à la loi en vigueur. En plus, la DCP SARL serait constituée en violation de la convention des parties en ce qu'elle n'est pas la forme conventionnellement arrêté par les parties tandis qu'elle est constitué avant terme, c'est-à-dire avant la communication de l'étude de faisabilité jugée positive.

2°) **Existence légale de Global Entreprise Corporate LTD « GEC »** n'est pas prouvée, de sorte qu'il y a crainte de conclure avec une personne juridique non existante ou mal constituée ou encore incapable de par ses statuts à conclure une telle convention de JV. En plus, les éléments du dossier ne permettent pas d'établir les pouvoirs de Monsieur Dan GERTLER qui a engagé GEC dans la conclusion avec la GCM de la Convention de Joint Venture.

3°). **Nécessité de clarifier la date d'entrée en vigueur de la Convention de Joint Venture** pour déterminer le point de départ de l'étude de faisabilité et d'autres obligations y consécutives.

4°) **Nécessité de clarifier l'existence séparée des contrats d'amodiation et de cession** par rapport à l'éligibilité de la DCP SARL et de leur dépôt pour enregistrement au Cadastre Minier (CAMI) afin de déterminer le six mois pour le démarrage du chantier à la diligence de GEC. Ceci est très important et permet à la GCM de réaliser le suivi de la résiliation de contrat pour manquement aux obligations de GEC.

5°) **Nécessité de préciser le droit minier** portant sur les « Biens amodiés », de manière à le distinguer nettement du P.E. 525.

6°) **Nécessité de vérifier l'existence, la validité et le maintien en validité du P.E. 525** et éventuellement de celui portant sur les « Biens amodiés ».

7°) **Nécessité de produire l'autorisation préalable de l'autorité de tutelle**, à savoir le Ministère des Mines, en vue de la conclusion de la Convention de JV entre la GCM et GEC.

B. L'opportunité ou non d'une renégociation

A l'heure actuelle où la Convention de Joint Venture n° 658/6755/SG/GC/2004 conclue le 09 septembre 2004 est signée suivant les décisions du Conseil d'Administration du 02 octobre 2004, il n'est pas recommandé de renégocier le contrat quand bien même il contient beaucoup de clauses défavorables pour la GCM, en particulier une mauvaise évaluation des apports en nature de GCM par rapport aux actions qu'elle détient dans la DCP SARL quant bien même GEC prend le risque de financer le projet, l'existence des conditions impossibles à réaliser conditionnant le financement du projet, etc....

Il importe toutefois que les parties se retrouvent pour évaluer l'opportunité et la conformité de la constitution de DCP SARL à la loi, la clarification sur la validité des droits miniers concernés par le projet afin de ne pas bloquer ou retarder le financement du projet par les bailleurs des fonds au cas où DCP SARL n'existerait pas juridiquement d'une part, et que d'autre part, les droits miniers sur lequel porte le projet ne sont pas valides et conséquemment, les contrats de cession et d'amodiation qui s'y rapportent.

VI. RECOMMANDATIONS

A. Proposition de stratégie de négociation ou renégociation

Bien que la renégociation globale des termes du contrat ne soit pas recommandée, il est plus qu'important que les parties se concertent confidentiellement pour assainir ou remédier aux questions relatives à l'existence légale de DCP SARL, de la validité des droits miniers et de contrat de cession et d'amodiation qui s'y rapportent. C'est après avoir remédié à ces questions qu'elles pourront apporter des amendements par voie d'avenant au contrat.

B. Recommandation

Dans la mesure où le contrat est en sa première phase d'exécution, le Consultant recommande qu'un suivi minutieux du contrat, du point de vue technique et juridique, soit effectué, en particulier, la réalisation des conditions et des délais pour la levée de financement et de la mise en démarrage du chantier, à défaut desquels la GCM est fondée de mettre fin à l'accord.

Dans la mesure où GCM n'a pas encore formellement et légalement cédé le PE 525, il est indiqué qu'il obtienne de son partenariat la substitution de la cession par une amodiation. D'où la nécessité de conclure et de signer le contrat d'amodiation séparé de la Convention de JV advenue entre la GCM et GEC.