

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 :

III - AML

En vue de la valorisation du gisement de Luiswishi

PARTENARIAT « EN LIQUIDATION »

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.

Cette collaboration a débuté en 1996 sans mise en place d'une structure particulière dans laquelle les deux partenaires devraient collaborer. Elle était régie par le protocole d'accord, moins élaboré, avec son avenant. Par le contrat du 4 avril 1997, les parties contractantes précitées ont décidé de mettre sur pied un cadre formel, malheureusement non achevé, en vue d'exploiter ou de valoriser les gisements cupro-cobaltifères précités.

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 en réalité entamée ou réalisée.

D'où l'opportunité pour la GCM de renégocier les termes de la dissolution de L'AML et l'organisation de son « passage » en une société commerciale de droit congolais en conséquence des points développés ci-dessous.

II. CONTEXTE DU PARTENARIAT

A. Origine et Evolution

Comme relevé ci-haut, la GCM, l'EGMF SPRL et l'UNION MINIERE avaient collaboré ensemble dans le cadre d'exploitation de la carrière de KASOMBO. Partant de cette expérience antérieure entre elles et désirant poursuivre l'esprit d'une telle collaboration, GCM et EGMF SPRL ont convenu, d'abord dans le cadre du protocole d'accord du 19 janvier 1996, de collaborer en vue d'exploiter le gisement de Luiswishi, uniquement sur ces trois écailles, à l'exclusion de tout autre gisement notamment celui de Kiswishi et Lukuni (III.1.1 et III.6.2).

Dans ce protocole d'accord, la GCM, titulaire des droits miniers couvrant tout le site de Luiswishi, s'associait avec l'EGMF SPRL qui apportait, au titre d'assistance financière et technique, un financement de USD 65.000.000 (Dollars américains soixante cinq millions) avec un engagement financier immédiat pouvant atteindre USD 25.000.000 (Dollars américains vingt cinq millions) (III.I.1).

Il était aussi prévu que les opérations visées par ce protocole d'accord devraient être réalisées en trois phases suivantes :

« 1^{ère} phase :

Opérations de concentration et de métallurgie dans les installations de la GCM (formule KASOMBO) ;

2^{ème} phase :

Installation d'une unité de conditionnement par broyage, décantation et filtration des minerais à Luiswishi ;

3^{ème} phase :

Construction à Luiswishi d'une unité de traitement métallurgique (Lixiviation, extraction par solvant et électrolyse) d'une capacité annuelle de 10.000 TN Cu et 25.000 TN Co (III.I.1 à 2) ».

En outre, il était noté dans les clauses de ce protocole d'accord que la GCM confiait à l'EGMF SPRL, en sous-traitance, des travaux de nature diverse concourant à l'exploitation du gisement de Luiswishi dont la nature et les tarifs y relatifs devaient être précisés dans une convention que les parties avaient convenu de conclure avant le 30 septembre 1996. Cette convention devait aussi préciser ou définir les points limitatifs suivants :

« La gestion du projet en cause ; la prise en charge des travaux d'infrastructure, des travaux miniers, de chargement et de transport des minerais ; le broyage et la concentration des minerais, considérant notamment la nécessité d'installer une unité de conditionnement par broyage, décantation et filtration des minerais extraits; le transport des concentrés; le traitement métallurgique, considérant la construction sur site à moyen terme d'un module de traitement des minerais par lixiviation, extraction par solvant organique et électrolyse; le transport à l'exportation; la rémunération des prestations réciproques; le droit de préférence de l'EGMF SPRL sur les productions métallurgiques dont les quantités minimales seront garanties contractuellement par la Gécamines; la révision des conditions d'exploitation au cas où les coûts de production des tonnages additionnels seront sensiblement plus élevés que ceux prévus initialement; le mode de calcul des frais d'exploitation qui seront remboursés à la Gécamines et à l'EGMF SPRL (III.1. 2 à 3) ».

Comme l'indiquait son article 8, ce protocole d'accord, signé le 19 janvier 1996 et conclu pour une durée de 20 ans, est entré en vigueur le 03 février 1996 suivant la lettre d'approbation du Ministre des mines n° 088/CAB.MINES/1/DMK/96 dont les termes étaient : « *J'approuve les termes de ce protocole d'accord dans la mesure où l'Entreprise Générale MALTA FORREST Sprl s'engage à mettre à la disposition de la Gécamines un financement d'environ USD 65.000.000 (Soixante cinq millions des dollars américains) dont USD 25.000.000 (Vingt cinq millions) dans un premier temps sans constitution d'un gage*

préalable à charge de la Gécamines, seul titulaire des droits miniers sur le site » (III.1.3 et III.2.1).

Par la suite, désirant exploiter le gisement nickelo-cobaltifère du bassin minier de Shinkolobwe en vue de réaliser une diversification opportune des métaux produits (Nickel et Cobalt) et garantir ainsi une meilleure régulation des recettes qui devraient globalement être moins sensibles aux fluctuations des cours des matières premières, la GCM a convenu avec l'EGMF SPRL d'étendre, par voie d'avenant n°1 du 27 février 1996, leur collaboration pour la valorisation et l'exploitation du gisement de Shinkolobwe (III.3.1.).

Compte tenu du degré de saturation des usines métallurgiques de la GCM en particulier celle de Shituru et du risque de pollution du cobalt métal produit à Shituru par un apport éventuel nickélifère, l'EGMF SPRL s'était engagé à financer l'acquisition d'unités de broyage- concentration, afin que la production du projet, sous forme des cakes ou des concentrés Ni-Co, puisse venir en supplément des productions métalliques actuelles et conventionnelles (III.3.2).

Comme pour l'accord de base, dans l'avenant n° 1, la GCM confiait également à l'EGMF SPRL, en sous-traitance, des travaux de nature diverse concourant à l'exploitation du gisement de Shinkolobwe, qui devait être en parallèle, et dont la nature et les tarifs y relatifs devaient être précisés dans une convention que les parties avaient convenu de conclure avant le 30 septembre 1996. Cette convention devait porter des précisions exhaustives suivantes:

«L'identification du potentiel minier du bassin minier de Shinkolobwe; la durée de l'exploitation; la gestion du projet en cause; la prise en charge des travaux d'infrastructures, des travaux miniers, du broyage et de la concentration des minerais, considérant la nécessité d'installer sur le site une unité de conditionnement par broyage, décantation et filtration des minerais extraits; le transport des cakes ou concentrés; la rémunération des prestations réciproques; le droit de préférence de l'EGMF SPRL sur les productions métallurgiques dont les quantités minimales seront garanties contractuellement par la Gécamines ; la révision des conditions d'exploitation au cas où les coûts de production des tonnages additionnels seront sensiblement plus élevés que ceux prévus initialement ; le mode de calcul des frais d'exploitation qui seront remboursés à la Gécamines et à l'EGMF SPRL (III.1.3) ».

Plus tard, après négociations entamées depuis le 30 décembre 1996, GCM et EGMF SPRL ont conclu le contrat de collaboration en vue de la valorisation du gisement de Luiswishi n° 207/8304/97/SG/GC, signé en date du 4 avril 1997 (III.8), et aux termes duquel elles avaient redéfini le cadre de leur collaboration en vue de l'exploitation du gisement de Luiswishi comprenant les écaillés intitulés : Luiswishi I, Luiswishi II, Luiswishi III auxquelles étaient ajoutées l'écaillé de Luiswishi – Est et l'écaillé de Kiswishi (III.8.3 et III.6.2.)¹.

¹ Il est à signaler que ce contrat comprend 10 annexes dont le Protocole d'accord initialement conclu en date du 19 janvier 1996 pour l'exploitation du gisement de Luiswishi (III.1.) et son
(continued)

Dans le cadre de cet accord, la GCM a mis à la disposition de l'AML le remblais et les minerais à extraire dans le gisement de Luiswishi; le broyage humide du concentrateur de Kipushi et installations y environnant pour la production des concentrés cupro-cobaltifères (III.8.7.9); ainsi que les apports en jouissance des droits miniers sur les gisements en cause (III.8).

La partie EGMF SPRL s'était engagée principalement à apporter le financement initial, sur une période de 3 ans, de 32.000.000 USD, sans constitution de gage préalable, dont 15.000.000 USD par voie bancaire et le solde, soit 17.000.000 USD, sur fonds propres de EGMF Sprl. (III.8.6); à construire à Luiswishi un concentrateur et à assurer son alimentation en énergie électrique dans un délai minimum de 3 ans et maximum de 6 ans après la mise en vigueur du contrat (III.8.8).

Il était prévu dans ledit accord que les opérations de valorisation ou d'exploitation des gisements y mentionné devront être réalisées en trois phases suivantes:

« 1^{ère} phase :

Reprise des minerais des remblais et expédition vers le concentrateur de Kipushi aménagé; Concentration des minerais suivant disponibilité de ce concentrateur; Vente de concentrés et la prospection des écailles II et III.

2^{ème} phase :

Exploitation minière et transport des minerais vers le Concentrateur; concentration des minerais en provenance des remblais ou des gisements à Kipushi suivant disponibilité ou sur le site de Luiswishi; traitement métallurgique par GCM à l'usine de Shituru ou ailleurs en traitement à façon (TAF) et vente des métaux produits ou vente des concentrés; et prospection du polygone;

3^{ème} phase :

Exploitation minière et transport des minerais vers le Concentrateur de Luiswishi; Concentration des minerais sur site de Luiswishi; Traitement métallurgique des minerais ou des concentrés dans une nouvelle usine et vente des métaux produits (III.8. 3) »;

Comme on le démontre aux paragraphes 38 à 40 ci-dessous, à chaque phase des opérations les deux parties contractantes s'étaient réservées, contre paiement, des prestations des services ou la fourniture des travaux bien déterminés.

Par ailleurs, elles s'étaient assignées un calendrier qui permettait lequel dès la mise en vigueur du contrat jusqu'au seizième mois, de mettre en activité le concentrateur de Luiswishi. Mais, il a été plus tard noté que tout le programme de production n'a pas été atteint du fait notamment du coût du fonctionnement élevé suite essentiellement à des consommations des réactifs très importantes, outre la chute des prix du cobalt sur le marché.

Avenant n°1 portant sur l'exploitation du gisement nickelo - Cobaltifère du bassin minier de Shinkolobwe (III.3).

C'est ce qui a conduit à la suspension de la notion de la marge opératoire du concentrateur prévu à l'article 11 du contrat par voie d'avenant n° 1 du 2 août 2000 (III.12.2).

Plus tard, un avenant n°2 a été conclu le 21 mai 2003. En effet, profitant de l'autorisation d'acheter les minerais de cobalt accordés au Groupe Forrest International Afrique, GFIA en sigle, et en vue d'augmenter la rentabilité du projet de Luiswishi, les parties à l'accord du 4 avril 1997 sur l'association momentanée avait convenu de l'achat et du traitement des minerais riches à forte teneur de cobalt, non issus du gisement de Luiswishi. Les coûts inhérents à l'achat et au traitement de ces minerais devaient être supportés par le projet. Ces coûts devaient au préalable être approuvés par la GCM et l'EGMF au travers du Comité de Gestion de Luiswishi. Les recettes provenant de la commercialisation des concentrés issus du traitement de ces minerais devaient être intégralement versées au projet et réparties selon les normes de répartition, soit 50% à chacun des partenaires (III.17.2).

Enfin, consécutivement à la conclusion le 14 mai 2004 du contrat de création de société n° n°642/6734/SG/GC/2004 aux termes duquel les parties contractantes s'accordaient de poursuivre leur collaboration dans une Société Privée à Responsabilité Limitée en vue de développer certains gisements et de définir les nouvelles relations entre elles (IV.6.2 à IV.6.29) et de constituer subséquemment 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). GCM et EGMF avaient, à l'issue de leur réunion tenue à Lubumbashi du 15 au 20 octobre 2004, convenu de la cessation de l'activité de l'AML du 30 juin 2004 en vue de passer le relais des activités industrielles à CMSK SPRL (III.20.A.2 et 3), sans que l'AML soit préalablement dissoute et liquidée.

B. Relation avec d'autres Partenariats

Puisqu'elle n'était pas encore juridiquement dissoute ni liquidée aux dates des conclusions du contrat de création de société n°642/6734/SG/GC/2004 du 14 mai 2004 et de l'acte constitutif ou statuts de la CMSK SPRL le 18 mai 2004, l'AML coexistait juridiquement avec CMSK SPRL bien après le 30 juin 2004 date estimée de sa liquidation, soit jusqu'à la cessation de toute son activité commerciale et après dépôt de bilan au fisc (III.20.A.). En effet comme relevé ci haut, l'AML est une entité mise sur pied par la GCM et EGMF SPRL en vue de valoriser ou d'exploiter le gisement de Luiswishi comprenant Luiswishi I, Luiswishi II, Luiswishi III, Luiswishi - Est et l'écaille de Kiswishi (III.8.3). CMSK SPRL est une société constituée par les mêmes parties dans le cadre de la mise en œuvre du contrat de création de société n°642/6734/SG/GC/2004 du 14 mai 2004 en vue d'assurer la *continuation* ou le relais des 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 (Doss. CMSK IV.6.2 et IV.6.8).

La coexistence de ces entités ou structures est d'autant plus évidente que lors de la réunion des 15 et 20 octobre 2004, il était noté par la GCM et l'EGMF SPRL que « *l'activité industrielle de l'association momentanée a cessé d'exister le 30 juin 2004 pour passer le relais à CMSK. La liquidation de l'Association momentanée n'aura cependant lieu que lorsque toute l'activité commerciale aura été finalisée (Fin 2004) et après présentation du bilan* » (III.20.A)

Ce chevauchement des accords AML et CMSK *in illo tempore non suspecto* a un impact certain sur la propriété et la nature des apports des parties dans l'une ou l'autre entité, sur les passifs générés ou engagés par la structure commune, sur la nature du passage de l'AML en CMSK et même sur la liquidation attendue ou promise de l'AML comme nous l'analysons plus bas.

III. EVALUATION DES CLAUSES DE L'ACCORD DE PARTENARIAT

A. Choix du cadre juridique du Partenariat

Pour entreprendre les activités de valorisation et d'exploitation du gisement de Luiswishi, la GCM et l'EGMF Sprl avaient choisi d'établir une association momentanée. Cette association momentanée n'a pas d'acte juridique la constituant ou portant ses statuts, distinct et séparé du contrat du 4 juillet 1997, déterminant ainsi l'étendue de responsabilité des parties, les règles de sa gestion, de son fonctionnement et de sa liquidation. La lecture de quelques clauses contractuelles du contrat de collaboration en vue de la valorisation du gisement de Luiswishi renseigne que l'Association momentanée est pourvue des organes suivants: Le Comité de Surveillance de Luiswishi (CSL) et le Comité de Gestion de Luiswishi (CGL). Ce dernier, supervisé par le premier, assure la gestion administrative, financière et technique du projet (III.8.5).

B. Existence légale du partenariat

On notera que l'association momentanée n'est pas organisée par le législateur congolais. Elle est une association éphémère n'ayant aucune personnalité morale. Elle a pour objet de réaliser, sans raison commerciale, une ou plusieurs opérations de commerce déterminées. Les doctrinaires admettent qu'elle est fréquemment utilisée en matière de construction où plusieurs entrepreneurs conviennent d'effectuer ensemble un grand travail dépassant les possibilités de chacun d'eux pris individuellement (NGUYEN CHANH TAM, DARTOIS (Ph.) et SIMON (Ch.), *Lexique du droit des affaires zaïrois*, Faculté de Droit, Kinshasa, 1972, p.34.)

S'il peut être admis que l'association momentanée entreprenne les pures activités de prospection ou de recherche minière, il n'est pas concevable qu'elle se livre, pendant une période de 8 ans, à l'activité d'exploitation minière, telle qu'entendue par le code minier (article 1.20), qui est une activité commerciale au sens de l'article du décret du 2 août 1913 sur les commerçants et les engagements commerciaux en tant qu'une *entreprise d'usine* effectuant le traitement et la transformation des minerais.

En réalité, l'AML n'est pas une association momentanée, mais bien une société de fait. En effet, la société est définie par l'article 446 du code civil congolais, livre III, Titre V bis, comme étant «un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun en vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter», la contribution aux pertes étant le corollaire du partage de bénéfice. En plus, il est unanimement admis par la doctrine l'existence entre les associés que l'«*affectio societatis*», qui est la volonté d'union et d'acceptation d'aléas communs, revêt une importance capitale dans la constitution de toute société commerciale.

En l'espèce, l'examen des pièces du dossier indique incontestablement une mise en commun des apports en numéraire, en nature ou en industrie tel qu'il est décrit au point B ci-dessous. Le partage des bénéfices, la contribution aux pertes et l'acceptation des aléas communs entre la GCM et l'EGMF sont clairement démontrés dans les extraits du procès verbal de la réunion des 15 et 20 octobre 2004, lequel document valait avenant au contrat de collaboration en vue de la valorisation du gisement de Luiswishi n° 207/8304/97/SG/GC du 04 avril 1997 (III.20.A) entre elles reproduits ci-dessous comme suit :

« le solde de trésorerie provenant des exercices antérieurs sera distribué au prorata des parts des chaque partenaire, une provision étant cependant constituée jusqu'à la clôture définitive des comptes de l'Association momentanée, soit après la présentation du bilan 2004 au fisc et paiement de toutes les taxes et redevances dues. A l'issue de cette conclusion, le solde sera distribué aux parties selon les mêmes critères » ;

« Le solde de la dette du projet Luiswishi envers OMG, suite aux problèmes de qualité des produits, s'élève à 6.850.000 US. Ce montant sera pris en charge sous forme de note de crédit à établir en faveur de OMG. Cette dette est à charge de chacun des partenaires à raison de 50%. La différence, soit 4.200 millions de USD sera payée à OMG au travers des revenus de chacun des partenaires dans le projet CMSK » ;

« Au cas où la provision (10%) excéderait la fiscalité réellement due, la différence reviendrait de droit à la Gécamines ; dans le cas contraire, le superflu serait à la charge des partenaires au prorata de leur participation..... » ;

« Dans la conciliation des comptes en cours, le partenaire admettent le principe du paiement de cette dette d'ici fin 2005 au travers des revenus de la GCM sur l'Association Momentanée de Luiswishi et sur CMSK. Le principe est acquis d'un paiement mensuel minimum équivalent à la quote part de remboursement de EGMF dans le cadre du point 2 ci-avant, et à concurrence de la créance EGMF certifiée » ;

« Considérant que le projet Luiswishi a été à l'arrêt du mois de décembre 2002 au mois s'Avril 2003 suite à la déconfiture du marché du cobalt et aux graves problèmes rencontrés par OMG ;

« Considérant la perte de la rentabilité du projet qui en a découlé,... »

Revêtant tous les critères légaux d'identification d'une société, l'AML est une société de fait simplement parce qu'elle n'a pas adopté une des cinq formes des sociétés commerciales telles qu'organisées par le décret du 23 juin 1960 sur les sociétés commerciales. En tant que société de fait exerçant un acte de commerce, elle est commerçante par relation avec les actes de commerce qu'elle pose. De ce fait, les tiers (l'Etat, le fisc et les créanciers) peuvent la considérer comme une société commerciale et

exiger qu'il lui soit appliqué les règles sur le commerçant et les sociétés commerciales, notamment en matière de liquidation. C'est ce qui ressort *a fortiori* de l'article 4 du décret du 6 mars 1951 instituant le registre de commerce qui dispose : « les tiers peuvent toujours se prévaloir du caractère commercial des actes qualifiés commerciaux par la loi, accomplis par une personne non immatriculée au registre du commerce. Ils peuvent également se prévaloir de la qualité de commerçant de toute personne non immatriculée faisant profession d'actes qualifiés commerciaux par la loi, ou constituée comme dit l'article 3 du décret du 2 aout 1913 »

Qu'il s'agisse d'une association momentanée ou d'une société de fait, la portée sur l'AML a cette faiblesse que la GCM, comme aussi l'EGMF SPRL, s'étaient engagées vis-à-vis d'elles-mêmes que vis-à-vis des tiers de manière illimitée de sorte qu'elles pouvaient engager leur responsabilité au delà de leurs mises ou participations dans l'entité mise sur pied jusqu'aux actifs réservés pour ses activités et faisant l'objet d'autres partenariats au prorata de la participation de la GCM dans ceux-ci. Comme l'AML s'était engagée vis à vis de ses cofondateurs et des tiers comme une entité autonome, les activités minières qu'elle entreprenait étaient devenues illicites à partir du 11 juillet 2004 en vertu des dispositions des articles 5 et 299 du code minier. En plus, à l'entrée en vigueur du code minier, l'Association momentanée devenait illégale en ce que seule la GCM était titulaire de ces droits miniers, en l'absence de tout contrat de cession, d'amodiation, d'option en recherche minière ou de sous-traitance en faveur de l'AML.

C. Apports des partenaires

Comme relevé au paragraphe 14 ci-dessus, la GCM apportait dans l'AML le remblais et minerais à extraire dans le gisement de Luiswishi; le broyage humide du concentrateur de Kipushi et les installations y environnant pour la production des concentrés cupro-cobaltifères (III.8.7.9). En réalité, par le simple fait que les remblais et les minerais contenus dans les gisements concernés par le contrat ne sont pas dans le commerce, c'étaient plutôt les droits miniers couvrant ces gisements qui auraient du faire l'objet des apports. Les droits miniers ainsi apportés en jouissance correspondent aux P.E. n°527 (ex-concession n°3) valable du 4 avril 1999 au 3 avril 2009; P.E. n°528 (ex-concession n°5) valable du 4 avril 1999 au 3 avril 2009 et au PE n°532 (ex-concession n°12) valable du 4 avril 1999 au 3 avril 2009. Le broyage humide du concentrateur de Kipushi et les installations y environnant étaient également apportés en jouissance et non en propriété en faveur de l'AML.

L'EGMF SPRL s'était engagée à réaliser le financement initial global du projet de 32.000.000 USD, sur une période de 3 ans, sans constitution de gage préalable, dont 15.000.000 USD par voie bancaire et le solde, soit 17.000.000 USD, sur fonds propres de EGMF SPRL. (III.8.6). En plus de son engagement à financer le projet, l'EGMF SPRL s'était engagée à construire à Luiswishi un concentrateur et à assurer son alimentation en énergie électrique dans un délai minimum de 3 ans et maximum de 6 ans après la mise en vigueur du contrat (III.8.8). Il est à signaler à ce stade que la construction du concentrateur était un apport fait par EGMF sous la condition qu'à la fin de leur utilisation par le projet, les installations du concentrateur incluant tous les actifs périphériques seront rétrocédées à la

GCM suivant les modalités à sa valeur résiduelle calculée sur base d'une durée d'amortissement fixée à 10 ans (III.8.14).

D. Participation dans le capital social du partenariat

L'absence d'un acte juridique constituant l'AML ou portant ses statuts n'a pas permis de dégager le capital de celle-ci. Il est seulement mentionné dans le contrat de collaboration en vue de la valorisation du gisement de Luiswishi que la marge globale du profit est répartie à concurrence de 50% au profit de la GCM et de 50 % au profit de EGMF Sprl. Cette répartition correspond, compte tenu des paramètres en présence, à un rendement financier global de 66,5% pour la GCM et 33,5% pour EGMF (III.8.13). D'autres éléments du dossier permettent également de confirmer que l'AML avait un capital social, que les partenaires n'ont pas voulu déterminer, en vertu duquel GCM et EGM S.P.R.L. s'engageraient à contribuer aux pertes, comme démontré au paragraphe 28 ci haut. Il s'agit des citations ci-après tirées du Procès-verbal de la réunion entre GCM et EGMF des 15 et 20 octobre 2004 précitée:

« Le solde de la dette du projet Luiswishi envers OMG, suite aux problèmes de qualité des produits, s'élève à 6.850.000 US. Ce montant sera pris en charge sous forme de note de crédit à établir en faveur de OMG.

Cette dette est à charge de chacun des partenaires à raison de 50%.

La différence, soit 4,200 millions de USD sera payée à OMG au travers *des revenus de chacun des partenaires dans le projet CMSK* » ;

« Dans la conciliation des comptes en cours, les partenaires admettent le principe du paiement de cette dette d'ici fin 2005 *au travers des revenus de la GCM sur l'Association Momentanée de Luiswishi et sur CMSK*. Le principe est acquis d'un paiement mensuel minimum équivalent à la quote part de remboursement de EGMF dans le cadre du point 2 ci-avant, et à concurrence de la créance EGMF certifiée » ;

E. Participation dans les décisions et dans la gestion

La gestion administrative, financière et technique de l'AML était assurée par le Comité de Gestion de Luiswishi, en sigle CGL, qui rendrait compte au Comité de Surveillance de Luiswishi sous forme des rapports mensuels écrits et des réunions de concertation trimestrielles ou chaque fois que cela devrait être jugé nécessaire par un des partenaires. Le CGL avait également la responsabilité de gérer le concentrateur de Luiswishi. Il était prévu que les mandats des CGL et CSL ainsi que les modalités de leur fonctionnement devraient être définis par les partenaires au plus tard 3 mois après la mise en vigueur du contrat du 04 avril 1997(III.8.5)

Les éléments du dossier ne renseignent pas suffisamment de la tenue régulière des ces réunions trimestrielles et des rapports écrits de CGL à CSL. En plus, au 1^{er} décembre 1998, le CGL ne s'était pas encore réuni de sorte que la Gestion du projet était longtemps assurée par une seule partie contractante. C'est bien là une grande faiblesse de la GCM dans le contrôle du projet. Cette gestion unique et unilatérale des recettes par EGMF SPRL a eu pour conséquence que les paiements au profit de la GCM à travers les recettes générées par la

vente des métaux ont été minces (III.10.2). L'absence de contrôle par la GCM dans la réalisation du projet a été à la base de la non exécution par l'EGMF de certaines de ses obligations majeures. Il en est ainsi du changement unilatérale de l'obligation initiale de l'EGMF SPRL de construire un concentrateur à Luiswishi par la réhabilitation de la section de flottation du concentrateur de Kipushi, sans que ce changement ne soit constaté préalablement par un avenant négocié et signé par les parties, comme rappelé au paragraphe 44 ci-dessous.

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

Comme déjà amplement développé ci-haut, il était prévu que la GCM et l'EGMF se répartissent la marge globale des profits à concurrence de 50% pour chacune des parties en rémunération de leurs apports.

Concernant les avantages pécuniaires, il faudra relever le paiement par EGMF SPRL à la GCM, au titre de royalties pour consommations du gisement, 15% des recettes brutes de la valeur du gisement de Luiswishi, après déduction des frais de financement avec cette précision que le premier décaissement devait intervenir le 4^{ième} mois à dater du premier mois de production, tandis que le retard de « paiement du gisement » est rattrapé du 15^{ième} mois au 20^{ième} mois (III.8.12). Plus tard, le taux de royalties de 15% a été réduit à partir de janvier 2004 de 15% à 5% au profit de GCM de sorte que les 10% soient provisionnés pour la couverture des charges fiscales du projet étant entendu que pour le Ministère des Finances et du Budget, l'AML était fiscalement responsable des impôts et taxes résultant des activités concernées par l'association momentanée et non la GCM seule. Néanmoins, au cas où cette provision est excédentaire, le surplus devrait être rétrocédé à la GCM.(III.10.2)].

Un autre type d'avantages pécuniaires que les partenaires s'étaient accordés consistait pour eux de réaliser une série des travaux ou de fournir des services à l'AML.

En effet, ces prestations de services et réalisations des travaux consistaient pour la GCM, pendant la première phase, au traitement des minerais acheminés par EGMF SPRL dans une unité de concentration appropriée de Kipushi et la vente des concentrés obtenus. Pour la deuxième phase, la GCM devrait entreprendre la supervision de l'extraction des minerais des gisements de Luiswishi par l'EGMF SPRL; l'acheminement des concentrés de Kipushi à Shituru ou ailleurs pour traitement à façon en vue de produire les métaux ou alliages de cobalt et du cuivre; la vente des métaux à Shituru ou ailleurs; la prise en charge du traitement métallurgique éventuel à Shituru ou ailleurs en particulier sur les intrants et les résultats; l'organisation du transport vers un port africain du cobalt et du cuivre qui seront produits à Shituru (III.8.8).

En revanche, les prestations de l'EGMF consistaient, pendant la première phase, au chargement des minerais sur remblais et acheminement par rail à Kipushi; le déchargement des remblais intermédiaires avant l'alimentation au concentrateur; le transfert des minerais vers le stock-pile du cascade mille. Dans la deuxième phase, l'EGMF SPRL devait effectuer l'extraction des minerais du gisement de Luiswishi sous la supervision de la GCM; contrôler le traitement de ces minerais par la GCM en vue de produire des concentrés; le transport du

solde éventuel de minerais des remblais ; superviser l'acheminement des concentrés par la GCM de Kipushi ou ailleurs pour le traitement à Façon en vue de produire les métaux ou les alliages de cobalt et du cuivre ; assurer le contrôle de la prise en charge du traitement métallurgique éventuel à Shituru ou ailleurs en particulier sur les intrants et les résultats ; l'organisation du transport des concentrés non vendus ex Works Kipushi et de Luiswishi vers une usine située en dehors de la République Démocratique du Congo.

A ce jour, il n'existe pas au dossier les éléments quantifiables devant permettre de noter avec précision les avantages pécuniaires récoltés par la GCM et l'EGMF SPRL. Ce qui est fait dans le cadre de l'évaluation financière.

G. Obligations et responsabilités des partenaires

Les deux partenaires avaient des obligations et la responsabilité de réaliser les apports définis aux paragraphes 31 et 32 ci-dessus.

En ce qui concerne la GCM, la mise à la disposition de l'AML ou des apports en jouissance des remblais et minerais à extraire dans le gisement de Luiswishi, du broyage humide du concentrateur de Kipushi ainsi que des installations y environnant pour la production des concentrés cupro-cobaltifères a été effectuée.

Quant à l'EGMF SPRL, ses obligations majeures n'ont pas pu être convenablement exécutées. En effet, concernant l'engagement et sa responsabilité de réaliser le financement initial global du projet de l'ordre de 32.000.000 USD, sur une période de 3 ans, sans constitution de gage préalable, dont 15.000.000 USD par voie bancaire et le solde, soit 17.000.000 USD, sur fonds propres de EGMF Sprl. de Luiswishi, de l'avis de la GCM, ce montant du financement initial n'a jamais été atteint (Cfr les déclarations de GCM lors du dialogue de Lumbashi, Mars-Avril 2005).

Pour ce qui est de l'engagement de l'EGMF SPRL de construire à Luiswishi un concentrateur et d'assurer son alimentation en énergie électrique dans un délai minimum de 3 ans et maximum de 6 ans après la mise en vigueur du contrat (III.8.8), de l'avis de la GCM, EGMF SPRL a effectivement tiré une ligne électrique de la ville à la carrière de Luiswishi. Cependant, elle n'a pas construit un concentrateur à Luiswishi, mais elle a plutôt réhabilité la section de flottation du concentrateur de Kipushi, sans que ce changement ne soit constaté dans aucun avenant préalablement établi par les parties. C'est donc une situation de fait acceptée par la GCM.

S'agissant du paiement de la redevance de gisement par l'EGMF SPRL à la GCM, fixé initialement à 15%, il sied de relever qu'au 1er décembre 1998, l'EGMF SPRL n'avait pas respecté cet engagement de suite d'un arrangement particulier pris entre Monsieur George Forrest et le Directeur du cabinet du Président de la République selon lequel les sommes y afférentes étaient affectées à la construction ou à la réparation des routes dans la province du Katanga (III.1°2). Il s'agit là d'un arrangement avec une partie tierce au contrat. Et, en vertu du principe de la relativité de contrat prévu par l'article 63 du Code Civil Congolais livre III, cet arrangement n'avait pas d'effet à l'égard de la GCM.

Alors que la redevance sur le gisement n'était pas payée tel que stipulé dans le contrat, la GCM a accepté ultérieurement au titre des arriérés un montant 544.762 USD représentant 5% des royalties devant être payés au mois de décembre 2004. A ce propos, aussi longtemps que le contrat de base n'avait pas été modifié par voie d'avenant, il n'est pas juridiquement concevable que le taux de 5% prévu dans le Procès-verbal de la réunion des 15 et 20 octobre valant avenant puisse rétroagir pour le paiement des créances antérieures.

Quant à la réduction du taux de la redevance gisement de 15% à 5% en défaveur de la Gécamines, le Procès-verbal de la réunion des 15 et 20 octobre valant avenant motive cela du fait que la Direction Générale des Impôts et le Ministère des finances décident que l'AML était fiscalement responsable du projet Luiswishi et non la GCM. A ce propos, sur le plan contractuel, les royalties de 15% sont dûs pour la simple consommation des minerais contenus dans le gisement couvert par les droits miniers dont GCM est titulaire. Dès lors, il n'est pas indiqué de faire dépendre son exigibilité à une quelconque fiscalité.

En principe, pour la non exécution ou la mauvaise exécution des ses obligations contractuelles, la GCM devrait avoir déjà opposé à l'EGMF SPRL la suspension de l'exécution des ses obligations contractuelles dans le cadre de l'AML. A ce jour, elle pourrait aisément obtenir de l'EGMF une indemnisation qui pourra être prise en compte dans le cadre de la passation de l'AML en société commerciale.

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

Aux termes de l'article 16 du contrat de collaboration en vue de la valorisation du gisement à Lwishishi, il est prévu que l'une des parties peut être empêchée de remplir ses obligations pour cas de force majeure tel que le fait de la nature, guerre, loock out, grève, inondation, accident, pénurie des moyens de transport, ou toute autre cause hors du contrôle de l'autre partie. En cas de la survenance d'un tel cas de force majeure, la partie la plus diligente dénoncera immédiatement et par écrit la situation à l'autre partie, indiquant avec précision les événements constitutifs qui, selon elle, constitue une force majeure ainsi que la durée estimative de suspension de contrat. Dans l'hypothèse où la force majeure perdure plus de 6 mois, les parties se réuniront pour analyser la situation et envisager l'éventualité de la résiliation du contrat (III.8.15).

L'examen du dossier renseigne que le projet de Lwishishi a été à l'arrêt du mois de décembre 2002 au mois d'avril 2003 « suite à la déconfiture du marché du cobalt et aux graves problèmes rencontrés par OMG », entraînant ainsi la perte de la rentabilité du projet. Ce constat, repris dans le préambule du procès-verbal entre GCM et EGMF SPRL du 15 et 20 octobre 2004, justifie entre autre le paiement du solde de redevance de gisement à la GCM au taux de 5% au lieu de 15 % pour la période 2003. Malheureusement, ces cas qui ont empêché EGMF SPRL d'assurer le fonctionnement du projet, bien que pouvant constituer un cas de force majeure, n'ont pas fait l'objet de notification comme le prévoit l'article 16 précité du contrat d'association momentanée. Cela entraîne que la GCM est en droit de recouvrer l'intégralité du prix de la redevance du gisement au taux de 15 % au lieu de 5 %.

I. Contrôle du partenariat

La gestion du partenariat était confiée, avons-nous écrit ci-haut, au Comité de Gestion de Luiswishi, CGL, qui avait en fait la gestion journalière ou quotidienne du projet. Il était entendu par les partenaires que ce comité réalise ces activités de gestion sous le contrôle du Comité de surveillance de Luiswishi, CSL. Comme indiqué au paragraphe 35 ci-haut, le contrôle du partenariat n'a pas été efficace par le simple fait que le CSL n'a pas fonctionné d'une part et d'autre part les rapports entre CSL et CGL n'étaient pas réguliers.

J. Résiliation : pouvoir et conséquences

a) Résiliation d'office

Le contrat de collaboration en vue de la valorisation du gisement à Lwishishi prévoit en son article 22 alinéa 5 qu'il peut prendre fin d'office après répartition de la marge globale sur les recettes des derniers produits provenant des minerais extraits du gisement de Luiswishi. Cette résiliation n'a jamais été mise en œuvre par les parties.

b) Résiliation pour mise en défaut d'exécution d'une obligation

Il est prévu dans le contrat de collaboration en vue de la valorisation du gisement, en particulier l'article 16, la résiliation pour mise à défaut de partenaire défaillant. En effet, dans l'hypothèse où l'un des partenaires serait en défaut de remplir l'une des obligations, le partenaire préjudicié pourra mettre l'autre en demeure de s'exécuter par courrier au porteur avec accusé de réception. Cette mise en demeure comporte le délai de préavis au cours duquel le partenaire en défaut d'exécution devra remplir ses obligations manquées. Ce délai est de 30 jours pour les prestations techniques et les prestations financières. Il est de 20 jours à dater de la réception de la mise en demeure d'une prestation de financement. A défaut pour le partenaire défaillant de donner suite à la mise en demeure, l'autre partie pourra, à son entière disposition, résilier le contrat, sans qu'il ne puisse indemniser l'autre. De l'examen du dossier, rien n'indique que ce procédé a été mis en œuvre par les parties.

c) Résiliation de commun accord

S'agissant d'un contrat synallagmatique, les parties contractantes peuvent le résilier à tout moment de commun accord. Dans ce cas, l'acte ou l'accord de dissolution de commun accord contiendra tous les détails sur les effets de cet accord sur les parties et surtout sur les tiers.

L'examen du dossier ne renseigne pas sur l'existence d'un acte de dissolution de commun accord du dossier, mais plutôt une résolution du procès-verbal de la réunion des 15 et 20 octobre 2004 précitée aux termes de laquelle les parties notaient simplement que l'AML cessait d'exister au 30 juin 2004 et que la liquidation de celle-ci interviendra ultérieurement et au plus tard au dépôt de bilan de l'exercice 2004 au fisc, soit au plus tard le 30 mars 2005.

Puisque la réelle volonté des parties est de mettre fin de commun accord, la renégociation de la cessation des activités de valorisation du gisement de Luiswishi en vue de son passage en société commerciale devant contenir tous les détails sur les droits et devoirs des associés et sur ceux des tiers s'impose.

K. Récupération des droits en cas de liquidation

Quelle que soit sa nature, association momentanée pure ou société de fait, si l'AML venait à être liquidée, il est plus que probable que la GCM récupère tous ses biens (les Permis d'exploitation cités au paragraphe 31 ci-dessus et le broyage humide de Kipushi ainsi que le site et les installations y afférents) dans la mesure où elle les avait apportés en jouissance et non en cession définitive.

Par contre, pour autant qu'elle s'engageait devoir céder à la fin du projet, le Nouveau Concentrateur de Kipushi (en réalité la section de flottation de Kipushi) à sa valeur vénale après amortissement de 10 ans, EGMF SPRL ne peut recouvrer la propriété de ce bien que lorsque la GCM aura expressément renoncé à son droit de reprise dudit concentrateur. Ce qui devra en principe faire l'objet du nouvel accord sur la cessation des activités de valorisation du gisement de Luiswishi sous AML et sa reprise par une société commerciale constituée par les mêmes parties à cet effet.

L. Règlement des différends et droit applicable

Aux termes de l'article 24 de contrat du 04 avril 1997 sur l'association momentanée, les parties ont convenu, dans l'hypothèse de la survenance d'une difficulté au cours de l'exécution du contrat, de se rencontrer à leur requête et de tout mettre en œuvre pour régler à l'amiable cette difficulté. A défaut pour les parties de s'entendre dans un délai de 30 jours de la procédure de conciliation entamée par la partie la plus diligente, elles soumettront 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 à la capacité des parties et aux pouvoirs des signataires

a) Quant à la GCM

1°. Conformité de l'accord de partenariat avec l'objet social de la GCM

Dans le contrat de collaboration en vue de la valorisation du gisement de Luiswishi n° 207/8304/97/SG/GC du 04 avril 1997, GCM et l'EGMF SPRL, les parties avaient convenu de définir les relations devant les régir, dans le cadre d'une association momentanée, pour la réalisation des activités de valorisation 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 (III.8.4 à III.8.6)

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 brute 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 de ses environs ainsi que toutes autres activités connexes. En tant que telle, elle 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. De par son objet social, du reste conforme à la loi, la GCM pouvait valablement négocier et conclure le contrat de création de la société précitée.

2° Pouvoir (compétence) des signataires

La GCM est une entreprise publique régie par la loi n°78-002 du 6 janvier 1978 portant dispositions générales applicables aux entreprises publiques dotée de la personnalité juridique conformément au décret n° 0049 du 7 novembre 1995 portant ses statuts. De par son objet social repris ci-haut, la GCM a la capacité de s'engager dans la conclusion d'un contrat comme celui advenus entre elle et l'EGMF.

En tant qu'entreprise publique, la GCM est administrée par un Conseil d'Administration qui a le pouvoir le plus étendu pour poser tous les actes d'administration et de disposition en rapport avec l'objet social de l'Entreprise. A ce titre, il est seul compétent pour prendre les décisions intéressant l'entreprise en ce qui concerne les opérations d'acquisition, de vente, de prise de participations; les transactions, les cessions et en général tous les actes nécessaires pour la réalisation de l'objet de l'entreprise (articles 6, 9 et 10 de la loi n°78-002 du 6 janvier 1978 précitée). Le Président du Conseil d'Administration est seul compétent pour représenter l'entreprise vis-à-vis des tiers (articles 9 alinéa 4 de la même loi précitée).

En l'espèce, la GCM a été engagée dans l'accord sur l'association momentanée en vue de la valorisation du gisement de Luiswishi du 04 avril 1997 par Monsieur UMBA KYAMITALA et YAWILI NYI ZONGIA, respectivement Président Délégué Général (Dans la formule ancienne, le Président Délégué Générale était le Président du Conseil d'Administration) et Délégué Général Adjoint. Il en demeure que la GCM était valablement engagée par des personnes juridiquement habilitées. Sous cet aspect, le contrat est valable.

3°. Décisions du Conseil d'Administration

A ce jour, aucune décision formelle du Conseil d'Administration n'a été fournie par la GCM sur la conclusion tant du protocole d'accord initialement conclu en date du 19 janvier 1996 que du contrat du 4 avril 1997.

Il importe néanmoins de relever les décisions suivantes: n° VII du Conseil d'Administration en sa réunion extraordinaire du 5 juin 2001 autorisant le Comité de Gestion de conclure un contrat de partenariat avec EGMF sur le développement du projet de Luiswishi ; n° VIII du Conseil d'Administration en sa réunion ordinaire du 30 septembre 2002 par laquelle le Conseil d'Administration a chargé son Président de prendre contact avec le Ministre des Mines et la Présidence de la République sur la question relative à la rétrocession à la GCM de sa quote-part des recettes dans le projet de Luiswishi et n° XI du Conseil d'Administration en sa réunion extraordinaire du 29 au 30 mai 2003 dans laquelle le Conseil instruit le Comité de Gestion de faire convoquer rapidement une réunion avec EGMF en vue d'accélérer les négociations sur le passage de l'AML à une société privée à responsabilité limitée.

4°. Autorisation de la tutelle

Il apparaît selon la loi du 78-002 du 06 janvier 1978 qui requiert l'approbation préalable de la tutelle pour certains actes (voir l'Annexe A6 du rapport final sur l'autorisation préalable de la tutelle) que l'AML ne nécessite pas l'autorisation de la tutelle car la GCM n'a pas pris une participation dans l'association momentanée,^{2/} ni cédé ses droits miniers. Par conséquent, le fait que l'autorisation de la tutelle, par le Ministre des Mines en date du 3 février 1996 suivant sa lettre n° 0038/CAB.MINES/1/DMK/96 (III.2.1), du contrat de collaboration en vue de la valorisation du gisement de Luiswishi (III.8.2) est inopérante et sans aucun effet juridique parce qu'elle adressait la situation des parties sous le Protocole d'Accord, plutôt que sous l'AML, n'est pas un élément fondamental.

b) Quant au Partenaire

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 de société, en particulier les SPRL, forme des sociétés commerciales qu'elle a adoptée. L'appréciation de la conformité de l'acte constitutif du

^{2/} Même si dans les faits, postérieurement à la conclusion du contrat de collaboration des parties sous l'AML, il apparaît que la GCM partage les bénéfices de l'AML avec EGMF SPRL. Il semblerait donc que postérieurement à la conclusion du contrat de collaboration des parties sous l'AML, la GCM a une prise de participation dans la société de fait de l'AML.

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

A analyser après production des statuts et actes des sociétés.

3°. Pouvoirs (compétence) des signataires

A analyser après production des statuts et actes des sociétés.

4°. Autorisation du partenaire

A analyser après production des statuts et actes des sociétés.

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 contrat de collaboration en vue de la valorisation du gisement de Luiswishi n° 207/8304/97/SG/GC du 04 avril 1997 a été conclu entre GCM et l'EGMF SPRL sous l'empire de l'ancienne loi et a survécu avec l'entrée en vigueur du nouveau code.

Sous l'ancienne législation minière, l'article 7 de l'ordonnance-loi n° 81- 013 du 2 avril 1981, n'admettait pas à l'éligibilité aux droits miniers, en l'occurrence la Concession, les associations momentanées ou des sociétés de fait. Seules les sociétés commerciales valablement et régulièrement constituées conformément au droit congolais pouvaient acquérir la concession et exercer les prérogatives y attachées. Il en est de même aujourd'hui avec le nouveau code minier qui décrète la non éligibilité de ces entités aux permis d'exploitation, si ce n'est qu'au Permis de Recherches sous certaines conditions.

Il est dès lors normal que l'AML n'ait pas reçu en cession de la GCM l'ancienne concession minière telle que transformée à ce jour en permis d'exploitation. Cependant, dans son fonctionnement, l'AML a exécuté les activités minières comme une entité autonome et s'est engagée vis-à-vis des tiers fournisseurs, clients en tant que telle tandis que l'administration fiscale l'a considérée comme titulaire et a requis des parties contractantes dans l'AML de détenir une comptabilité en vue d'une sa fiscalisation et non pas la GCM. Sous cet angle et dans la mesure où elle n'est ni titulaire des Permis d'Exploitation mis en jouissance par la GCM, ni titulaire assimilé par l'effet de l'amodiation, on pourra considérer que l'AML a entrepris des activités minières illicites depuis l'entrée en vigueur du code minier.

2°. La conformité avec les dispositions du Code et du Règlement

Dans le contrat de collaboration en vue de la valorisation du gisement de Luiswishi n° 207/8304/97/SG/GC du 04 avril 1997, la GCM s'engageait à mettre à la disposition de l'AML les remblais et minerais à extraire dans le gisement de Luiswishi. Cette mise à disposition n'était pas conforme à l'article 1 de l'ordonnance n° 81-013 du 2 avril 1993 portant législation générale applicable aux mines et aux hydrocarbures en ce que les mines constituaient une propriété inaliénable et imprescriptible de l'Etat. A l'entrée en vigueur du nouveau code minier, ces apports des remblais et des minerais n'étaient pas non plus conformes à l'article 3 dudit code qui veut que tous les gites des substances minérales appartiennent à l'Etat. Cet accord était en soi illégal. C'est pourquoi comme nous l'avons noté au paragraphe 31 ci-dessus, et recherchant ce qui a été la commune intention des parties contractantes, c'était plutôt les droits miniers sur ces gites minéraux qui étaient visés.

Aussi bien dans l'ancienne législation minière que dans la nouvelle, le contrat de collaboration en vue de la valorisation du gisement de Luiswishi n° 207/8304/97/SG/GC du 04 avril 1997 ne correspond en fait à aucun contrat minier. Il n'est pas un contrat de cession car la GCM ne cède rien. Il n'est pas non plus un contrat d'amodiation, quand bien même il y a une rémunération de nature d'un loyer sur certains droits attachés au permis d'exploitation (le broyage humide du concentrateur de Kipushi et les installations y environnant pour la production des concentrés cupro-cobaltifères (III.8.7.9), dans la mesure où l'AML n'était pas préalablement éligible aux droits miniers d'exploitation. Il n'est pas enfin un contrat d'option en recherche minière dans la mesure où il ne porte pas sur le permis de recherches.

Les droits miniers concernés par le contrat de collaboration en vue de la valorisation du gisement de Luiswishi n° 207/8304/97/SG/GC du 04 avril 1997 à la date de sa signature par les parties sont les Concessions n° 3, 5 et 12. Les éléments des dossiers indiquent qu'ils ont été respectivement transformés en P.E. n°527 (ex-concession n°3) valable du 4 avril 1999 au 3 avril 2009; en P.E. n°528 (ex-concession n°5) valable du 4 avril 1999 au 3 avril 2009 et en PE n°532 (ex-concession n°12) valable du 4 avril 1999 au 03 avril 2009. Pour l'heure, le

Consultant ne sait pas confirmer ou infirmer la régularité de leur transformation, de la mise en conformité des périmètres y afférents, de leur maintien en validité et de l'accomplissement des autres obligations attachées aux droits miniers en cause.

V. CONCLUSIONS

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

1°. L'association momentanée mise sur pied est dépourvue de l'acte constitutif ou statut devant préciser les obligations de chacune des parties, déterminer le capital social d'autant plus qu'il y avait partage des bénéfices, participation aux pertes et acceptation des aléas communs. C'est ce qui a conduit à dégager la nature exacte de l'AML qui est en fait une société commerciale de fait et pouvant être régie par le droit commercial.

2°. La très faible participation de la GCM dans la prise des décisions et dans la gestion de l'AML justifie la non exécution par EGMF SPRL de certaines de ces obligations majeures et

du changement unilatéral des obligations contractuelles, sans modification du contrat lui-même.

3°. Il a été amplement démontré que EGMF SPRL n'avait pas exécuté ses obligations majeures en ce qui concerne l'intégralité du financement et son obligation de construire un concentrateur de Luiswishi, le substituant par la réhabilitation de la section de flottation.

4°. Le paiement réduit du solde de la redevance du gisement au taux de 5% au lieu de 15% a été justifié, dans le préambule du procès-verbal de la réunion des 15 et 20 octobre 2004, pour cas de force majeure. Malheureusement ces cas n'ont pas fait l'objet de procédure de notification de sorte que la GCM ne pouvait point agréer le paiement des arriérés de la redevance du gisement au taux de 5% au lieu de 15%.

B. L'opportunité ou non d'une renégociation

Comme la liquidation de l'AML n'a pas formellement commencé et n'a pas connu de clôture, il est opportun que la GCM renégocie avec l'EGMF SPRL, non pas la liquidation, mais plutôt les termes de la cessation des activités de valorisation du gisement de Luiswishi dans le cadre de l'AML en vue de sa transformation en société commerciale, CMSK soit-elle dans l'objectif de permettre à la GCM de formuler un certain nombre des points repris dans les recommandations ci-dessous.

VI. RECOMMANDATIONS

A. Proposition de stratégie de négociation ou de renégociation

Lors de la renégociation de la cessation des activités de valorisation du gisement de Luiswishi sous l'AML et sa transformation en société commerciale, il serait indiqué au cours de ces renégociations que :

1°. Les partenaires renégocient un accord global de cessation d'activités de valorisation des gisements de Luiswishi par l'AML, société de fait, et continuation desdites activités par la société commerciale à constituer à cet effet.

2°. Les parties s'accordent quand à l'évaluation de ce qui a été le capital initial de l'AML qui était à la base du partage de profit et de la contribution aux pertes. Elles s'accorderont également sur l'évaluation des apports de chacune des parties, sur les actifs et les passifs. Ce qui jetterait des bases sur la structure du capital social, de la gestion de CMSK à analyser ultérieurement.

3°. Elles se conviendront également sur les conditions de rétrocession ou non par la GCM du concentrateur de Luiswishi, c'est-à-dire la section flottation attachée au broyage humide de Kipushi.

4°. Elles détermineront un état de lieu sur le niveau d'exécution de leurs obligations majeures réciproques et sur les prestations fournies et leurs rémunérations au 30 juin 2004.

B. Recommandations pour améliorer la gestion du partenariat

A l'heure actuelle, il est plus qu'utile que la GCM et l'EGMF dissolvent la commission de liquidation dans la mesure où la CMSK est la continuation de l'AML de sorte qu'au travers des négociations globales les questions pendantes entre parties à l'AML et entre l'AML et les tiers soient efficacement réglées et prises en compte par la CMSK Sprl de manière durable.