

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

**LES MODALITES DE
LA CREATION DE LA NOUVELLE « GECAMINES HOLDINGS »**

**ANALYSE DE LA CESSIBILITE DES PARTICIPATIONS
DE LA GCM DANS LES PARTENARIATS A UNE FILIALE**

A. Restrictions

**1. Restrictions Imposées par la Réglementation sur les Sociétés
Commerciales**

Il convient d'abord de distinguer entre la réglementation sur la SARL et la réglementation sur la SPRL. D'après l' Arrêté Royal du 22 Juin 1926 sur la SARL, il n'existe aucune restriction sur la cessibilité des actions à un tiers dans une SARL. La seule limitation imposée à l'article 7(b) est que « les cessions d'actions ne sont valables qu'après que nous aurons autorisé la fondation de la société » (en effet, la création d'une SARL requiert un décret présidentiel).

En revanche, le Décret du 27 Février 1887 sur les Sociétés Commerciales impose une restriction importante sur la cessibilité des parts sociales de la SPRL. En effet l'article 57 dispose :

A défaut de dispositions statutaires, les parts sociales sont librement cessibles entre vifs et transmissibles pour cause de mort, au conjoint d'un associé, à ses ascendants ou descendants, à un autre associé et à toutes personnes ou catégories de personnes agréées dans les statuts.

Sauf dispositions spéciales des statuts, la cession entre vifs de parts sociales et leur transmission pour cause de mort à d'autres personnes sont subordonnées à l'agrément des associés.

Ainsi à défaut de dispositions expresses dans les statuts d'une Spri supprimant l'agrément des associés de la Spri pour la cessibilité des parts sociales à un tiers, les parts sociales peuvent être cédées librement à toutes personnes ou catégories de personnes agréées dans les statuts. De plus, sauf stipulation expresse des statuts, la cession à un tiers est soumise à l'agrément des autres associés.

Cette restriction à la cessibilité des parts sociales tient à la nature même de la Sprl qui est une société de personnes (et non une société par actions comme la Sarl) où l'identité de l'associé est primordiale, d'où la nécessité de l'agrément des associés lorsqu'un associé désire transférer ses parts sociales à un tiers.

Dans l'hypothèse envisagée de transformer la Gécamines en deux sociétés - (1) une société commerciale (GCM Holdings) détenant les participations dans les partenariats, ainsi que les actifs industriels éventuellement productifs, y compris les droits miniers, et (2) un établissement public détenant les actifs non productifs et les dettes de la GCM actuelle - il y aurait une transmission des parts sociales ou des actions de chaque partenariat détenus par la GCM actuelle à la nouvelle société commerciale. Même si cette opération de transfert de parts sociales de la Gécamines à la nouvelle société commerciale ne donne pas lieu à une cession à titre onéreux, il semble que le terme « cession entre vifs » dans la législation en vigueur sur les sociétés commerciales soit suffisamment large pour comprendre toute sorte de transfert des parts sociales ou actions de la Gécamines à la nouvelle société commerciale. Ainsi, en ce qui concerne les partenariats ayant mis en place une Sprl, les restrictions sur la cessibilité des parts sociales à un tiers s'appliqueraient.

Il convient donc pour les partenariats qui ont mis en place une Sprl (ce qui représente la majorité des partenariats) de rechercher (1) s'il existe une disposition expresse dans les statuts supprimant l'agrément des associés pour la cession de parts sociales à un tiers ; et (2) si les statuts ont prévu une catégorie de personnes pour lesquelles la cession de parts sociales est libre.

2. Restrictions Imposées par les Statuts des Sociétés des Partenariats:

Elles sont de deux types : 1/ Par opération du Décret du 27 Février 1887 (comme on l'a vu), parce que les statuts de la Sprl ne contiennent pas de disposition supprimant l'agrément des associés pour la cession de parts sociales à un tiers, le consentement des autres associés est requis ; et 2/ par opération des statuts de la Sprl qui imposent en plus de l'agrément des associés pour la cession de parts sociales à un tiers, le droit préférentiel des associés de racheter les parts sociales offertes à un tiers. Cette dernière restriction peut avoir des conséquences graves pour l'associé cédant qui avant de réaliser la cession peut être obligé de vendre ses parts sociales aux autres associés de la Sprl si ceux-ci souhaitent les racheter. De plus, en ce qui concerne certains partenariats, les statuts ont supprimé le consentement des associés seulement pour une catégorie de personnes : la société affiliée de l'associé cédant.

Parmi les 21 partenariats analysés, 3 partenariats (II. GTL/STL (GTL); XIX KMC, XXI Mukondo Mining) requièrent le consentement des associés pour la cession de parts sociales et 10 partenariats (II. GTL/STL (STL); IV CMSK, XI SRM, XX BOSS MINING, XXII PAPSI/MKM, XXIII SWANMINES, XXV S.E.K (SEE), XXVIII MUMI, XXIX SUASHI MINING, XXXI COMIDE) imposent dans leur statuts en plus de l'agrément des associés, un droit préférentiel de rachat des parts sociales au bénéfice des associés. Enfin, 4 partenariats (I. TENKE FUNGURUME, VI. KINROSS-FORREST, VII. KTM ; XIII. PZCE) limitent dans leur statuts la cessibilité d'actions d'un actionnaire à une société affiliée.

a. Statuts Imposant au Préalable de la Cession à un Tiers le Consentement des Autres Associés

En ce qui concerne les statuts requérant l'agrément des associés en cas de cession sans droit préférentiel de rachats des parts sociales au bénéfice des associés (II. GTL/STL (société GTL); XIX. KMC, XXI. Mukondo Mining), la procédure d'agrément est différente selon les partenariats.

Pour le partenariat GTL/STL (GTL) le principe est que tout transfert ou cession d'action requiert le consentement préalable et écrit de tous les membres autres que l'associé cédant. La procédure d'agrément prévue dans les statuts est la suivante :

1. la cession d'action doit être effectuée par avis écrit et selon toute modalité approuvée par les administrateurs;
2. l'avis de cession ne concerne qu'une catégorie d'action ;
3. l'avis de cession doit être déposé au siège ou à un autre endroit désigné par les administrateurs avec les certificats des actions auxquelles il se réfère et avec toute autre preuve que les administrateurs peuvent raisonnablement exiger pour établir le droit du cédant ;
4. les administrateurs de GTL peuvent refuser d'enregistrer la cession d'actions et notifier leur refus au cédant et au cessionnaire dans les deux mois à compter de la date de dépôt de l'avis de cession auprès de la société (voir II 32.13)

En ce qui concerne XIX. KMC et XXI. Mukondo Mining, les dispositions de l'article 58 du Décret du 27 Février 1887 concernant la procédure d'agrément s'appliquent directement ou indirectement. Cet article dispose :

La demande d'agrément doit être adressée par écrit à la gérante. Elle doit mentionner l'identité complète du bénéficiaire éventuel et le nombre de parts sociales.

La gérante doit convoquer immédiatement l'assemblée générale. Celle-ci doit se prononcer sur cette demande au plus tard dans les trois mois de la date de sa réception.

Sauf disposition contraire des statuts, l'agrément doit, pour être valable, être donné par la moitié au moins des associés, propriétaires de parts sociales représentant ensemble les trois quarts du capital, après déduction de celles pour le transfert desquelles l'agrément est demandé.

La gérante communique par écrit cette décision au demandeur dans la huitaine au plus tard.

Ainsi, chaque cession de parts sociales doit être déposée par écrit auprès du Conseil de Gérance et suivre la procédure d'agrément prévue dans les statuts. Les statuts de II. GTL/STL (société GTL) requiert le consentement unanime des associés alors que les autres partenariats requièrent l'agrément de la moitié des associés représentant les $\frac{3}{4}$ du capital social. Dans l'hypothèse de restructuration envisagée, Gécamines devra obtenir le consentement du ou des autres associés selon la procédure d'agrément prévues dans les statuts ou selon l'article 58 du Décret du 27 Février 1887.

- b. Statuts Imposant au Préalable de la Cession à un Tiers l'Agrément avec un Droit Préférentiel de Rachat des Parts Sociales au Bénéfice des Autres Associés

Les 10 partenariats (II. GTL/STL (STL); IV CMSK, XI SRM, XX BOSS MINING, XXII PAPSI/MKM, XXIII SWANMINES, XXV S.E.K (SEE), XXVIII MUMI, XXIX SUASHI MINING, XXXI COMIDE) qui imposent un droit préférentiel de rachat aux associés préalable à la cession de parts sociales à un tiers contiennent dans les statuts de chaque société la disposition suivante relative au droit préférentiel des autres associés et à la procédure d'agrément :

« Aucun transfert de parts sociales ne peut avoir lieu si ce n'est en vertu d'une autorisation spéciale du Conseil de Gérance, et au profit d'un cessionnaire agréé, pour autant que préalablement toutes les opérations visées ci-après aient été intégralement respectées.

1. Les parts sociales qu'un Associé se propose de vendre devront être offertes par préférence aux autres associés.

2. L'associé désireux de céder toute ou partie de ses parts sociales notifiera sa volonté auprès du Conseil de Gérance. Il adressera à cette fin un courrier recommandé ou adressé par porteur avec accusé de réception au Conseil de Gérance. Ledit courrier précisera :
 - Le nombre de parts sociales proposées à la vente ;
 - Le prix de cession ;
 - Le nom de l'acquéreur qui se propose de reprendre les parts sociales dans l'hypothèse où les autres associés ne feraient pas usage de leur droit de préférence.
3. Le Conseil de Gérance devra, dans les 45 jours de la notification, convoquer une assemblée générale extraordinaire en vue de débattre de la cession.
4. Les associés exerceront leur droit de préférence au prorata des parts sociales qu'ils détiennent déjà.
5. Si un ou des associés ne souhaitent pas faire usage de leur droit de préférence, celui-ci sera dévolu, dans le même respect du prorata, aux autres associés acquéreurs.
6. Si aucun associé ne fait usage de son droit de préférence, le cédant pourra vendre librement ses parts sociales au cessionnaire présenté, lequel sera agréé par l'assemblée générale des associés. » (II GTL STL 60.4-5 article 12)

Cette disposition incluse dans les statuts de 10 partenariats est problématique car le simple transfert de parts sociales de Gécamines à la nouvelle société commerciale holding déclencherait le droit préalable de rachat des actions de Gécamines par les autres associés de ces partenariats.

c. Statuts ne Permettant le Libre Transfert des
Actions qu'à la Société Affiliée de l'Actionnaire
Cédant

Quatre partenariats (I. TENKE FUNGURUME, VI. KINROSS-FORREST, VII. KTM ; XIII. PZCE) limitent dans leur statuts la cessibilité d'actions d'un actionnaire à une société affiliée. En général, les statuts de ces partenariats définissent une société affiliée d'un actionnaire soit comme (1) une société filiale de l'actionnaire (possédée à plus de 50% par l'actionnaire), soit (2) une société mère (société qui détient plus de 50% des droits de vote de l'actionnaire), ou enfin une société sœur (société filiale de la société mère de l'actionnaire). Cette exigence de société affiliée ne constitue pas un problème dans l'hypothèse que nous envisageons de créer une société commerciale holding ou société mère qui détiendra la totalité des participations de l'ancienne Gécamines dans les partenariats.

Cependant, il est important de remarquer qu'il existe dans certains de ces partenariats des restrictions ou obligations supplémentaires à la charge de ces sociétés affiliées. Ainsi, les statuts de PZCE (XIII) requièrent que la société affiliée s'engage à respecter les droits et les obligations de l'associé vendeur. Les statuts de Kalumines (XVI) prévoient que au cas où la société affiliée cesse d'être affiliée de l'associé cédant elle doit lui rétrocéder ses parts sociales ou les transférer à une autre société affiliée de l'associé. Enfin, les statuts de KMT prévoient que si les actions de Gécamines sont cédées à une entité non contrôlée ou détenue entièrement directement ou indirectement par l'Etat, le Dividende Prioritaire Initial et le Dividende Commerciale deviennent nuls.

B. Les Partenariats dont l'Accord de Base Autorise expressément la Cessibilité des Parts Sociales d'un Associé à une Société Affiliée

1. En Majorité les Accords de Base des Partenariats Permettent la Libre Cession des Parts Sociales des Associés à une Société Affiliée

Contrairement aux dispositions des statuts des sociétés communes créée par les partenariats qui en majorité ne permettent pas la libre cession des parts sociales à une société affiliée, les accords de base des partenariats prévoient en majorité la libre cession des parts sociales à une société affiliée. Ainsi, sur 21 partenariats opérationnels, 12 partenariats ont un accord de base (généralement le contrat de création de société entre les parties) qui prévoit expressément la cession des parts sociales des associés à une société affiliée (I. Tenke Fungurume, II. GTL/STL juste pour GTL, VII. KMT, XI. SRM, XII. SMKK, XIII. PZCE, XVI Kalumines, XXII. Papsi/Mkm, XXIII. Swanmines, XXV SEK, XXVIII Mumi, XXIX. Ruashi Mining).

En général, certaines conditions sont imposées dans l'accord de base qui permet la libre cession des parts sociales à une société affiliée telles que :

- la cession doit porter sur la totalité des parts sociales de l'associé;
- l'engagement solidaire du cessionnaire et le cédant que la société affiliée satisfasse les mêmes droits et obligations que le cédant ; et/ou
- la société affiliée doit rester société affiliée de l'associé cédant ou si ce n'est plus le cas, rétrocéder ses parts sociales à l'associé cédant ou les céder à une autre société affiliée de l'associé cédant.

Dans le cas de transfert des parts sociales de la Gécamines de ses partenariats à la Gécamines Holding, société affiliée de la Gécamines, ces conditions imposées dans l'accord de base ne devraient pas poser de problème. En revanche, il nous faut étudier plus particulièrement le cas où les statuts de la société commune d'un partenariat ne permettent pas la libre cession à une société affiliée alors que le contrat de base l'autorise expressément.

2. Dans le Cas ou les Statuts n'Autorisent pas la Cession des Parts Sociales à une Société Affiliée Alors que l'Accord de Base du Partenariat l'Autorise, l'Accord de Base Prévaut

Sur les 12 partenariats dont l'accord de base prévoit expressément la libre cession des parts sociales des associés à une société affiliée, 7 partenariats (II. GTL/STL pour GTL seulement, XI. SRM, XXII. Papsi /MKM, XXIII. Swanmines, XXV. SEK, XXVIII. Mumi, XXIX Ruashi Mining) ont créé des sociétés communes dont les statuts ne permettent pas la libre cession des parts sociales à une société affiliée de l'associé. Il se pose alors la question de savoir quel est le document qui prévaut en ce qui concerne la cession des parts sociales, l'accord de base (contrat de création de société) ou les statuts de la société créée.

L'étude des accords de base permet de révéler que soit l'article 8 soit l'article 9 de ces accords (sauf pour GTL/STL ou c'est l'article 1 des dispositions générales) fait prévaloir le contrat de création de société sur les statuts en cas de contradiction. De plus, selon la même disposition de ces accords, les parties ont l'obligation de voter en faveur des modifications des statuts pour éliminer la contradiction.

En conclusion, il suffira en ce qui concerne ces 7 partenariats qu'une AGE soit convoquée pour permettre la modification des statuts en ce qui concerne la cession des parts sociales à une société affiliée conformément à l'accord de base de ces partenariats.

C. Conclusions et Recommandations

Sur 21 partenariats opérationnels de la Gécamines, 12 partenariats autorisent la cession des parts sociales d'un associé à une société affiliée. Sur ces 12 partenariats, 4 partenariats (I. Tenke Fungurume, VII. KMT, XII. SMKK, XVI Kalumines) ont leur statuts conformes à leur accord de base en ce qui concerne la cession des parts sociales à une société affiliée, 1 partenariat (XIII. PZCE) doit s'assurer que les statuts soient rédigés en conformité avec son accord de base en ce qui concerne la cession des parts sociales à une société affiliée. Le reste des 12 partenariats (II. GTL/STL pour GTL seulement, XI. SRM, XXII. Papsi /MKM, XXIII. Swanmines, XXV. SEK, XXVIII. Mumi, XXIX Ruashi Mining) doit convoquer une AGE pour permettre la modification des statuts conformément à l'accord de base en ce qui concerne la cession des parts sociales à une société affiliée.

Sur les 21 partenariats opérationnels de la Gécamines, 7 partenariats n'autorisent pas la cession de parts sociales à une société affiliée d'un associé (II. GTL/STL pour STL seulement, IV. CMSK, XIX. KMC, XX Boss Mining, XXI Mukondo Mining, XXVI MAD S.A., XXXI Comide) Parmi ces 7 partenariats, 4 partenariats (GTL/STL pour STL, IV. CMSK, XX. Boss Mining et XXVI. MAD S.A.) prévoient un droit de préemption des associés lors d'une cession des parts sociales d'un associé. (Il est important de noter que pour le partenariat de MAD S.A. que si les statuts prévoient le droit de préemption des

associés en cas de cession des parts sociales, l'accord de base du dossier manque et qu'une esquisse de cet accord proposée par la Gécamines autorise la cession des parts sociales à une société affiliée. L'accord de base définitif de MAD S.A. doit être vérifié pour déterminer si cette disposition concernant la cession à une société affiliée existe.) Il faudra donc que la Gécamines procède avec beaucoup de prudence en ce qui concerne la cession de ses parts sociales dans ces partenariats pour ne pas automatiquement déclencher le droit de préemption de ses associés.

En ce qui concerne le reste des 7 partenariats n'autorisant pas la cession de parts sociales à une société affiliée, (XIX. KMC, XXI. Mukondo Mining (dont l'accord de base manque), XXVI MAD S.A.), la Gécamines devra obtenir le consentement de ses associés pour le transfert de ses parts sociales à la société Gécamines Holding ou transformer chaque Sprl en Sarl en supprimant les restrictions d'agrément ou de droit préférentiel de rachat des associés.

Enfin, 2 des 21 partenariats sont en situation incertaine en ce qui concerne la cession des parts sociales à une société affiliée. Pour éviter la restriction placée dans l'accord de base sur une cession antérieure à la constitution de la société, la Gécamines doit pousser ses associés à constituer la société commune et s'assurer que les statuts sont conformes à la disposition de l'accord de base sur la cession à une société affiliée.

Fait à Washington, D.C., à Toronto et à Kinshasa, le 20 mars 2006

Duncan & Allen