

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

FICHE TECHNIQUE ANALYTIQUE DE L'ACCORD:

V - ISCOR/KUMBA

ACCORD INACTIF

I. CONTEXTE DU PARTENARIAT

A. Origine et évolution

Le 27.02.1997 un Accord Préliminaire (AP) (V.1) a été signé entre GCM et ISCOR Limited (« Iscor ») ayant pour objet de fixer les principes de base pour réhabiliter et exploiter la mine de Kamoto et ses réserves géologiques, accroître la production annuelle de la mine afin d'atteindre la capacité minimale de 2 millions de tonnes sèches de minerai par an (pas de délai stipulé pour ceci), procurer le financement pour le projet et fournir une partie du financement requis pour la réhabilitation de l'usine métallurgique de Luilu. L'AP stipule qu'il entre en vigueur à la date de sa signature après autorisation de l'Autorité de Tutelle de la GCM et du Conseil d'Administration d'Iskor, *art. 12 AP* (copies demandées par le Consultant Juridique au DG de la GCM en avril 2005 mais pas fournies).

B. Obligations des partenaires:

Iskor devait : a) fournir le capital et fonds nécessaires pour l'étude de faisabilité et la réhabilitation de l'équipement et des installations existantes du projet et/ou à l'achat d'un nouvel équipement requis pour atteindre un niveau minimum de 2 millions de tonnes sèches de minerais ; b) mener la direction des opérations minières du Projet ; et c) fournir, après la signature de l'Accord Définitif, les fonds pour couvrir le coût opératoire de la Mine jusqu'à ce qu'un cash flow positif soit dégagé selon l'étude de faisabilité (*art. 3.2., 4.1. et 4.2.*).

GCM devait (*art. 5.2*): a) assumer le traitement du minerai de la mine au concentrateur de Kamoto, aux usines de Luilu et/ou de Shituru, en consultation avec Iscor ; b) négocier avec le gouvernement de termes et conditions favorables concernant les impôts, les droits d'importation et toute autre matière y afférent ; c) s'engager à donner tout le support nécessaire pour faciliter l'exploitation de la mine ; et, d) commercialiser la production en concertation étroite avec Iscor.

GCM s'est engagée à donner à Iscor un droit exclusif pour six mois à partir de la signature de l'AP (27.02.1997) pour mener à bien une étude de faisabilité du Projet (*art. 3.1*) dont le financement est supporté par Iscor (*art. 3.2*) et à mettre à la disposition d'Iskor pour ce faire les informations dont elle dispose en ce qui concerne la Mine, le concentrateur de Kamoto, l'usine de Luilu et les installations annexes de la mine (*art. 3.3*).

L'art. 3.4 prévoit que c'est seulement au cas où l'étude de faisabilité est satisfaisante pour les deux parties qu'un Accord définitif, dont les termes et les conditions sont spécifiés dans l'AP, sera signé.

Cette étude a en effet été menée à bien (date pas donnée dans la documentation) et considérée comme satisfaisante par les parties en conséquence de quoi un projet d'Accord Définitif (AD) (V.2) a été élaboré et paraphé par celles-ci mais pas signé (Etude de Faisabilité à l'annexe C de l'AD non fournie; acceptation de l'étude de faisabilité et remarques de GCM à l'annexe M au projet d'AD, V.2.227). Dans le préambule du projet d'AD il est ainsi constaté que l'étude de faisabilité réalisée par Iscor en exécution de l'AP et présentée à GCM prouve la rentabilité du projet et que les deux parties estiment qu'il serait nécessaire d'étendre la collaboration à la deuxième section du Concentrateur de Kamoto (KTO2).

Le 22.02.1998 GCM a demandé l'autorisation au Ministre des Mines pour démarrer la réalisation du Projet Kamoto (V.2), c'est à dire conclure l'AD, mais il semble que cette autorisation préalable requise par la loi n° 78-002 du 06 janvier 1978¹⁷ portant dispositions générales applicables aux entreprises publiques n'a jamais été fournie (copie demandée par le Consultant Juridique au DG de la GCM en avril 2005, pas de réponse jusqu'à la date de préparation du Rapport Final). Cependant l'autorisation préalable du Ministère des Mines ne semble pas nécessaire car il ne s'agit pas d'un contrat de partenariat ou de la cession de droits miniers de la GCM, mais simplement d'un contrat de gestion voir discussion sur l'autorisation préalable de l'Annexe A 6 du Rapport Final.

L'approbation du CA d'Iscor requise avant de signer l'AD n'est pas dans le dossier.

L'art. 3.5. de l'AP stipule qu' au cas où l'étude de faisabilité est satisfaisante et si les Parties ne parviennent pas à conclure un AD (pas de délai stipulé), Iscor renoncera à tous droits de préemption sur le projet Kamoto.

C. Liste des actifs mis en gestion par GCM

L'AP et l'AD ne prévoient pas la cession ou l'amodiation des droits miniers/actifs de la GCM à Iscor; GCM en reste titulaire (en ce sens, voir art. 4.9 A.P: « Tous les équipements existants réhabilités par Iscor resteront propriété de GCM, mais devront rester affectés au Projet jusqu'au moment où tous les capitaux fournis par Iscor pour le projet, ainsi que les coûts y relatifs, auront été récupérés par Iscor »), et 25.1 AD, qui stipule que l'AD ne constitue pas un partenariat entre les Parties. Ainsi, on suppose que GCM est restée responsable du maintien de la validité des droits miniers, et que toutes les obligations y afférentes sont à son charge, mais ces dispositions ne sont pas stipulées. Il est cependant indispensable que la nouvelle équipe de la GCM détermine si la société est la titulaire légitime des droits et actifs concernés, voir point sur Convention minière ci-dessous.

Les actifs de la GCM concernés par l'AP et l'AD sont :

¹⁷ Pour une explication de cette exigence de l'autorisation préalable du Ministère des Mines voir l'Annexe A6 du Rapport Final.

- la Mine souterraine de Kamoto,
- la Zone d'Exploitation,
- concentrateur de Kamoto KTO 1 et les droits de surfaces associés (le concentrateur KTO 2 a été ajouté dans le projet d'AD),
- l'usine métallurgique de Luilu,

Il est à noter que les Annexes de l'AP et plusieurs Annexes de l'AD manquent (voir FT Iscor), y compris celles relatives à la description des droits miniers.

Au projet d'AD est joint en annexe B un projet de Convention relative au régime fiscal et douanier et autres garanties spécifiques applicables au Projet Kamoto (V.2.82). Bien qu'il soit spécifié que l'annexe a été modifiée après discussion et négociation entre GCM, ISCOR et la Commission des experts de la RDC (Rapport Commission interministérielle d'examen des conventions minières V.3), la version finale signée n'est pas incluse dans le dossier (même pas comme Annexe 4 à la Convention minière entre la RDC et GCM, voir ci-dessous).

À l'art. 5.1.1 du projet de Convention fiscale, Iscor s'engage à fournir le financement nécessaire pour le projet jusqu'à concurrence de 105 millions USD. A l'art. 5.1.4 il est précisé qu'Ischor a déjà mis 1,5 millions USD à la disposition de GCM en vue de lui permettre de se procurer du matériel et des pièces de rechanges essentiels pour l'exploitation de la mine de Kamoto en attendant l'approbation de l'AD par le gouvernement.

Un projet de Convention minière entre la RDC et GCM qui est paraphé mais ni signé ni daté (V.5) prévoit : a) la régularisation des 8 ZER octroyées à GCM mais qui avaient expiré le 11 mars 1990 (y compris ceux relatifs au Projet Kamoto), b) l'exécution des travaux de recherche et la réhabilitation et l'exploitation des mines et installations existantes dans lesdites ZER ; et, c) la définition des conditions générales, juridiques, financières, fiscales, etc. dans lesquelles GCM et ses partenaires exerceront lesdites activités dans le cadre de la Convention. Il faut noter que l'Annexe 4 dudit projet, « Dispositions spécifiques relatives au Projet de réhabilitation de la mine et du concentrateur Kamoto » manque au dossier.

D. Développements ultérieurs

1. Proposition par ISCOR d'emprunt et de suspension du projet, puis de réduction et sécurisation du projet avec nouvelle étude de faisabilité

Il ressort de la documentation (documents commentés : V.6.7 et V.6.8, mais les documents eux-mêmes ne sont pas fournis) qu'Ischor a envoyé à GCM un fax du 12.03.1999 (référence Dok. 68-d) au sujet d'une proposition d'emprunt de 2,250 millions de dollars et de la suspension du projet jusqu'à la fin de la guerre. Ce fax a été suivi d'un courrier du 18.03.1999 (référence Dok.71-d) transmettant contrat de prêt et contrat de suspension à GCM. Dans sa réponse à Ischor du 25.03.1999 (pas de référence), GCM considère que la signature du contrat de suspension n'est pas nécessaire et signale qu'elle a sollicité auprès de sa tutelle la signature de l'accord définitif. Elle indique que si le montant du prêt s'élève à 5 millions

de US\$ elle serait disposée à rediscuter le contrat de prêt. Dans une lettre du 04.02.2000 (pas de référence) Iscor confirme son intention de proposer un projet réduit et que le risque même pour un projet réduit devrait être sécurisé. ISCOR redemande plusieurs mois de délai pour une nouvelle étude de faisabilité.

2. Volonté de GCM de mettre fin au partenariat dès 2001

Il ressort d'une note du service juridique de GCM que le Conseil d'Administration de la GCM avait pris la décision de mettre fin au partenariat avec Iscor le 10.07.2001 (décision non actée comme telle, PV de la réunion cité mais non fourni, V.6.1). Le représentant de la tutelle avait été chargé de l'exécution de cette décision. Ainsi le Directeur du Cabinet et représentant du Ministre des Mines au Conseil d'Administration de la GCM avait été chargé par lui « de s'assurer que cette décision serait traduite dans les faits en demandant au Ministre des Mines de passer un arrêt ministériel constatant que quatre ans après sa signature le décret était de fait sans objet » (il est question du décret d'autorisation de la Convention fiscale).

3. Restructuration et démantèlement d'ISCOR – Demande à GCM de consentir à la cession des droits d'ISCOR à KUMBA Resources

Dans une lettre du 20.12.2001 (V.7) Iscor fait part à GCM de son intention de céder à KUMBA Resources Ltd. ses droits et obligations. Une description du processus de restructuration et du démantèlement d'Ischor et un projet de lettre de consentement à la cession par GCM y sont joints. En réponse de quoi la GCM dans une lettre du 21.02.2002 (référence n°065/DG/2002, V.8) demande à Ischor/Kumba de lui faire parvenir les statuts modifiés d'Ischor et de Kumba Resources Ltd. comme condition préalable à une éventuelle cession (à vérifier et confirmer par les représentants de la GCM à la nouvelle équipe si Kumba a répondu à cette correspondance).

4. Lettre de mise en demeure de GCM à KUMBA Resources faisant part de la fin du partenariat pour le projet Kamoto.

Dans une lettre du 20 mars 2003 (n°0317/ADG/03, V.10.1) adressée à KUMBA Resources Ltd., la GCM annonce la fin du partenariat pour le projet KAMOTO en évoquant comme justification, entre autres, les nouvelles conditions posées par KUMBA (réorientation de l'étude de faisabilité et exigence d'un taux de rentabilité interne minimum variant entre 20 et 24%), l'incapacité d'Ischor puis de KUMBA Resources à mobiliser les fonds pour démarrer le projet, et le manque de conclusion de l'AD qui rend l'AP sans effet en vertu de l'Art. 3.5. (à vérifier et confirmer aussi par les représentants de la GCM à la nouvelle équipe si Kumba a répondu à cette correspondance).

E. Relation avec d'autres partenariats

1. Chevauchement des actifs de l'AP avec Iscor et ceux concernés dans l'Accord Préliminaire avec Kinross-Forrest Ltd. signé le 24 juin 2003 et la Convention de JV signée le 2 février 2004

Le 24 juin 2003, la GCM a signé avec Kinross-Forrest Ltd. (« KFL ») un Accord Préliminaire concernant les mêmes actifs (notamment : a) mine souterraine de Kamoto, b) concentrateur de Kamoto KT1 et KTO 2, et c) l'usine métallurgique de Luilu. Par la suite, la GCM a signé une Convention de JV avec KFL concernant lesdits actifs (et encore d'autres) le 27 février 2004 ; ladite Convention semble avoir été approuvée par le gouvernement mais il semble que la GCM ne leur a pas notifié par écrit à l'avance que les actifs concernés par ce partenariat chevauchent les mêmes actifs que l'AP avec Iscor (qui aurait eu d'éventuels droits prioritaires), et que le processus de résiliation dudit accord n'avait pas été encore formellement achevé.

En 2001, GCM elle même avait reconnu les droits prioritaires d'Iscor et le chevauchement des actifs pendant les négociations avec KFL (voir dossier Kinross-Forrest, rapport du Ministre des Mines au Président de la République du 9 octobre 2001, VI.2.1). En outre, KFL avait été aussi informée par écrit du fait que les actifs de la GCM étaient déjà concernés avec le partenariat avec Iscor (voir lettre de la GCM du 16 octobre 2001, VI.3.1).

KFL et la GCM reconnaissent ce fait et que la situation juridique avec Iscor n'est pas encore réglée ; l'Article 12.3 de la Convention de JV signée par les parties dit : « Les Parties ont connaissance de la situation juridique de la mine Kamoto et s'interdisent de formuler à l'endroit de l'une ou l'autre partie une quelconque revendication qui pourrait en découler ».

Pendant l'Atelier de Lubumbashi (le 22 octobre 2005), le PCA de la GCM s'est engagé à fournir au Consultant Juridique une copie de l'avis juridique de Me Bruno Collins et toute la documentation qui prouve que la GCM a achevé la résiliation formelle de l'accord avec Iscor. A la date de la préparation du Rapport Final (janvier 2006), le Consultant Juridique n'a pas reçu ni ledit avis ni ladite documentation.

2 Kumba Base Metals Limited (affiliée de Kumba Resources Ltd.) est active en RDC :

Kumba Base Metals Limited est actuellement le partenaire d'AMFIL dans le Projet Zinc de Kipushi (Réhabilitation des installations minières de Kipushi, construction et exploitation d'une nouvelle usine à zinc à Kipushi, construction et l'exploitation d'une usine de traitement des rejets zinc à Kipushi).

F. Points saillants pour l'analyse et la stratégie éventuelle

En ce qui concerne l'Accord Préliminaire, il faut déterminer d'abord si il est entré en vigueur, si Iscor a des droits prioritaires découlant de l'AP, si la GCM peut le résilier et considérer la procédure de résiliation dudit accord suivie/à suivre par la GCM.

En ce qui concerne l'Accord Définitif, il convient de déterminer si cet accord est entré en vigueur ou pas.

Est-ce que GCM est titulaire légitime des droits et actifs concernés par l'AP/l'AD ?

- Note de DIR/JUR et U.Brabants/Administrateur à l'attention de M.G. Forrest, président du Conseil d'Administration de la GCM (V.6.3)
- Dans une lettre du 14.06.1999 Iscor, référence Dok.45-d reconnaît que les accords n'ont pas été signés (V.6.8, lettre commentée par GCM et non fournie)
- Dans la lettre d'Ischor relative au processus de restructuration et de démantèlement d'Ischor, il n'est ainsi fait mention que de la Convention fiscale approuvée par décret présidentiel en 1998 (V.7.4, voir plus loin développements au point 2)
- Lettre de la GCM à Iscor en date du 21.02.2002 (V.8), qui évoque seulement l'AP et ladite Convention fiscale
- Note des services juridiques de GCM à l'ADG (V.9.1)
- La lettre de mise en demeure du 20.03.2003 (V.10.1)

Il semble ainsi que l'AD n'est jamais entré en vigueur à ce jour. Il faut cependant vérifier que l'autorisation de l'autorité de tutelle n'a vraiment pas été donnée [voir commentaires ci-dessus] et que par conséquent l'AD n'a jamais été conclu (les représentants de la GCM doivent encore confirmer ceci par écrit à la nouvelle équipe).

Le Projet de Convention relative au régime fiscal et douanier (V.2.82)

Droit applicable : droit de la RDC ou à défaut le droit sud africain (*art. 37*)

Règlement des différends : A défaut de règlement amiable arbitrage conformément aux règles d'arbitrage du CIRDI conformément à la Convention pour le Règlement des Litiges Relatifs aux Investissements entre Etats et Ressortissants d'autres Etats (*art. 36*)

a) Approbation par décret présidentiel du Projet de Convention fiscale

Il ressort de la note à l'ADG par les services juridiques de la GCM (V.9.2 point 3) que le projet de Convention relative au régime fiscal et douanier paraphé par la RDC, GCM et Iscor avait été soumis à la Commission interministérielle qui ne l'avait pas adopté. La Commission a pour cette raison intégré le contenu du projet de convention fiscale dans le projet de convention minière entre GCM et la RDC (V.5.12 et s. : Titre IV et s.). En dépit de cela, le projet de convention fiscale a été approuvé par décret présidentiel le 28.10.1998 (V.4) mais la copie signée de ladite convention n'est pas dans le dossier.

Ischor elle-même a reconnu dans une lettre du 14.06.1999 Dok.45-d adressée à l'ADG que la situation était plutôt bizarre qu'un décret existe sans que les accords aient été signés (lettre commentée mais non fournie V.6.8).

Si la Convention n'a pas été signée par les parties, il est dès lors possible d'affirmer comme le service juridique de GCM que le décret y afférent n'a pas pour effet l'entrée en vigueur de ladite Convention (V.9.3). La Convention donc n'est pas en vigueur à ce jour.

Il est également possible d'argumenter qu'en l'absence d'entrée en vigueur de l'Accord principal (l'AD) et de démarrage du projet, la Convention fiscale est vidée de son sens et donc caduque.

Dans tous les cas, il paraît pertinent de demander l'abrogation du décret présidentiel n°142 d'approbation de la Convention fiscale comme l'a proposé la GCM (V.6.4).

B. Feuille de route

1. Procédure de résiliation/terminaison et désengagement : à compléter après avoir reçu toute la documentation manquante de la part de GCM.

La GCM a fourni seulement une lettre du Ministre des Mines du 19 octobre 2005 qui laisse comprendre que Kumba a essayé de revendiquer ses droits concernant le projet Kamoto et que la situation avec Kumba n'a pas été ni correctement ni finalement réglée (Note : le Consultant Juridique avait demandé depuis l'Atelier de Lubumbashi en avril 2005 copies de toute la correspondance entre Kumba et la GCM depuis le 20 mars 2003 jusqu'au jour ; sauf ladite lettre, il n'a rien reçu à la date de la préparation du Rapport Final). Ce point doit être vérifié par la nouvelle équipe de la GCM.

2. Calendrier pour la mise en marche de la stratégie : : à compléter après avoir reçu toute la documentation manquante de la part de GCM.

**ESQUISSE DE FEUILLE DE ROUTE POUR LE DESENGAGEMENT DE
LA GECAMINES
DE L'ACCORD DE ISCOR / KUMBA:**

V – ISCOR / KUMBA

Note : Avant d'être en mesure de remplir la feuille de route, la nouvelle équipe de la GCM doit déterminer les éléments suivants, sur base de toute la documentation encore à fournir par ses représentants :

1. Si l'AP est entré en vigueur, si Iscor a des droits prioritaires découlant de l'AP, si la GCM peut le résilier, considérer la procédure de résiliation dudit accord suivie / à suivre par la GCM.
2. Si l'AD est entré en vigueur ou pas
3. Vérifier de toute façon, l'abrogation du décret no. 142 d'approbation de la Convention fiscale

N°	ACTIVITE	RESPONSABILITE	DATE DE L'ACCOMPLISSEMENT
1	Décision de Prise d'Acte par le CA de la GCM de la décision de mettre fin à l'accord avec Iscor	Il ressort d'une note du service juridique de GCM que le CA de GCM a pris la décision de mettre fin au partenariat avec Iscor le 10.07.2001 (Décision non actée comme telle, PV de la Réunion cité mais non fourni, V.6.1). Le représentant de la tutelle avait été chargé de l'exécution de cette décision. Ainsi le Directeur du Cabinet et représentant au CA du Ministre des Mines avait été chargé par le CA « de s'assurer que cette décision serait traduite dans les faits en demandant au Ministre des Mines de passer un	

CONFIDENTIEL

N°	ACTIVITE	RESPONSABILITE	DATE DE L'ACCOMPLISSEMENT
		arrêt ministériel constatant que quatre ans après sa signature le décret était de fait sans objet » (il est question du décret d'autorisation de la Convention fiscale).	
2	Transmission de la Décision du CA au Ministre des Mines et Hydrocarbures pour information et demande de confirmation écrite de la non autorisation dudit Protocole d'Accord Préliminaire par le Ministère de Tutelle	Administrateur -Délégué Général de la GCM	
3	Lettre d'information de l'ADG de la GCM au Directeur Général de Kumba Resources	ADG de la GCM	Dans une lettre du 20 mars 2003 (n°0317/ADG/03, V.10.1) adressée à KUMBA Resources Ltd. GCM annonce la fin du partenariat pour le projet KAMOTO en évoquant comme justification, entre autres, les nouvelles conditions posées par KUMBA (réorientation de l'étude de faisabilité et exigence d'un taux de rentabilité interne minimum variant entre 20 et 24%), l'incapacité d'Iskor puis KUMBA Resources à mobiliser les fonds pour démarrer le projet, et le manque de conclusion de l'AD qui rend l'AP sans effect en vertu de l'Art. 3.5. (à vérifier aussi si Kumba a répondu à cette correspondance).

N°	ACTIVITE	RESPONSABILITE	DATE DE L'ACCOMPLISSEMENT
4	Dépôt des copies de toutes les décisions et toute la correspondance visés ci dessus aux nos 1 à 3 à la Division de Gestion des Contrats pour les archives concernant Iscor, avec avis au Service Juridique de la GCM	Secrétariat de la Direction Générale et Secrétariat du Conseil d'Administration	
5	Rapport de l'ADG au CA sur l'accomplissement des formalités de désengagement de la relation avec Iscor, avec notation dans le PV de la réunion du CA	ADG de la GCM ; Secrétaire du CA de la GCM	
6	Abrogation du décret no. 142 d'approbation de la Convention Fiscale	Présidence	