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 :

VII - KMT

ACCORD PRIORITAIRE

I. SOMMAIRE

Le partenariat KMT vise l'exploitation en vertu d'un Permis d'Exploitation des Rejets du cuivre et du cobalt contenu dans les rejets miniers entassés en trois dépôts autour de la ville de Kolwezi dans le Groupe Ouest de la GCM, ainsi que leur traitement, production et commercialisation. Le partenaire principal est Congo Mineral Developments Limited (CMD), société de droit des Iles Vierges Britanniques, qui est une filiale à 100% de la société Adastra Minerals. Adastra Minerals est une société junior Canadienne, cotée à la bourse de Toronto et dans le Marché des Investissements Alternatifs (AIM) de Londres. Elle n'a pas des mines opérationnelles, et réalise presque la totalité de ses études et opérations techniques à travers des sous-traitants.

En mars 2004, les parties ont signé le Contrat d'Association et l'Acte Constitutif pour créer KMT sous forme de S.A.R.L. avec la réalisation du projet sus visé comme partie principale de son objet social. Toutefois, le Consultant trouve que la S.A.R.L. n'a pas été constituée conformément aux dispositions de la loi régissant la matière. Par conséquent, la société n'existe toujours pas, et le transfert du PER pour les rejets de Kolwezi à KMT n'est pas valable. Le Consultant propose une procédure pour remédier à cette situation qui empêcherait le partenaire de réaliser le financement du projet si elle n'est pas corrigée rapidement. Il faudrait par la suite refaire la cession du PER à KMT tout en excluant les carrés sur lesquels se trouvent les rejets de l'UZK, destinés à un autre partenariat dont l'accord est en phase avancée de négociation. La validité du Permis d'Exploitation de la GCM pour les substances minérales autres que celles qui se trouvent dans les rejets, sur et sous le même site, doit être vérifiée; et les actions de KMT en demandant un Permis d'Exploitation sur le même site devrait faire l'objet d'une réclamation par la GCM.

Le projet minier est actuellement au stade de la réalisation de l'Etude de Faisabilité et l'Etude d'Impacte Social et Environnemental, ainsi que la recherche des contrats de financement. Ces obligations du partenaire doivent être réalisées avant une date à préciser qui tombera aux environs de la fin du mois d'octobre ou en novembre de l'année 2007. Selon une annonce de presse d'Adastra Minerals en date du 8 mars 2006, ces deux Etudes viennent d'être achevées.

Les termes du Contrat d'Association et de l'Acte Constitutif de KMT qui régissent le partenariat sont bien développés en général et contiennent des avantages et protections pour la GCM que l'on ne trouve pas ailleurs dans les accords de partenariats, malgré (ou peut-être à cause de) le déséquilibre apparent entre la participation dans le capital social et les organes

de gestion accordée à CMD et son apport extrêmement modeste au capital social initial de KMT. Une renégociation n'est pas indiquée. Toutefois, le Consultant recommande des corrections et clarifications ainsi que des mesures pour améliorer la gestion du partenariat.

II. CONTEXTE DU PARTENARIAT

A. Origine et évolution

L'origine et l'évolution du partenariat Kingamyambo Musonoi Tailings (KMT) sont rappelés dans le Préambule et l'Annexe D du Contrat d'Association portant sur un projet d'industrie minière: Rejets de KINGAMYAMBO, Vallée de la MUSONOI et KASOBANTU entre la République Démocratique du Congo (RDC), la Générale des Carrières et des Mines (GCM) et Congo Mineral Developments Limited (CMD), signé le 23 mars 2004 (ci-après le « Contrat d'Association »). VII.30.

L'origine du projet qui a donné lieu au partenariat KMT date d'avril 1997. Selon le Contrat d'Association et la page web d'Adastra Minerals Inc. (auparavant American Mineral Fields), le 16 avril 1997, American Mineral Fields International (AMFI) a été sélectionné pour développer les « rejets de Kolwezi » suite à un appel d'offres international.^{1/} Après avoir réalisé un programme de sondages sur le site en 1997-1998, AMFI a créé une filiale, CMD, société de droit des Iles Vierges Britanniques, en partenariat à parts égales avec Anglo American Corporation of South Africa (Anglo) pour poursuivre le projet d'exploitation des rejets de Kolwezi.

Toujours selon le Préambule du Contrat d'Association, un Contrat d'Association Initial entre la GCM et CMD a été signé le 8 novembre 1998. Une Convention entre la RDC, la GCM et CMD a également été signé le même jour. Lesdits Contrat et Convention ne sont jamais entrés en vigueur (pour des raisons que le Consultant ignore).^{2/} Toutefois, selon la correspondance et la page web d'Adastra Minerals, ces documents contempaient les termes clés suivants :

- 1) Un « pas de porte » de USD 130 millions qui serait payé à l'avance.

^{1/} Le Consultant n'a pas vu la documentation de l'appel d'offres, et constate que la sélection a eu lieu une semaine après la prise de Lubumbashi, y compris le siège de la GCM, par l'Alliance des Forces Démocratiques pour la Libération du Congo (A.F.D.L.) qui a renversé le dernier Gouvernement sous l'ex-Président Mobutu le mois suivant.

^{2/} Le Consultant n'a vu ni le Contrat d'Association Initial ni la Convention du 8 novembre 1998. Lors de l'atelier de Lubumbashi, le Directeur du Département de la Planification, de la Recherche et du Développement de la GCM, Monsieur MWEMA, a confirmé que lesdits Contrat et Convention de novembre 1998 ont été parafés uniquement et n'ont jamais été signé ou approuvés.

- 2) Les participations suivantes dans le capital social du partenariat : GCM 40%;
CMD 60%.

Après la réalisation des travaux de prospection et de recherches minières en 1998, CMD a fait réaliser des études techniques sur le projet de traitement des rejets de Kolwezi, y compris l'exportation en 2000 de 100 tonnes des échantillons pour les essais d'une usine pilote montée à Johannesburg en Afrique du Sud. VII.30.69-71.

Le 11 avril 2001, la GCM et CMD ont paraphé un Projet de Contrat d'Association Modifiée malgré la non entrée en vigueur du Contrat d'Association Initial. Dans ce document, ils ont convenu de réduire le pas de porte initial (USD 130 millions) à USD 35 million (payable en deux tranches), accompagné d'une espèce de royauté payable à la GCM au taux de USD 1,50 par tonne des rejets traités. Les participations respectives dans le capital social du partenariat devaient être maintenues à 40% pour la GCM et 60% pour CMD.

Un audit environnemental a été réalisé en 2002-2003 par SRK de l'Afrique du Sud. La GCM et CMD ont réalisé de diverses études techniques et commerciales ; et des travaux de planification ont également eu lieu en 2001-2004, selon l'Annexe D au Contrat d'Association. VII.30.71-75.

En raison de l'entrée en vigueur de la Loi N° 007/2002 du 11 juillet portant Code Minier, la GCM et CMD ont négocié une modification des termes de leur Contrat d'Association Initial afin d'adapter le partenariat aux termes du nouveau Code et de maintenir le taux de rentabilité interne de 20% pour CMD. A cet effet, la GCM et CMD ont signé le 27 juin 2003 un Accord Relatif aux Principales Modifications à Apporter au Contrat d'Association portant sur un Projet d'Industrie Minière - Rejets de KINGAMYAMBO, Vallée de la MUSONOI et KASOBANTU - entre la GCM et CMD (VII.19), dont les termes clés comprennent :

- 1) Le transfert du Permis d'Exploitation des Rejets (PER) au bénéfice du partenariat KMT dès la création de ladite société ;
- 2) La réduction du pas de porte à USD 5 millions dès le transfert du PER, plus USD 10 millions à la clôture financière du projet ;
- 3) La réduction de la participation de la GCM à 12,5%, et l'attribution du solde des actions à CMD, avec accord sur sa cession éventuelle d'une partie de ses actions à l'IDC et à la SFI.

Après des négociations à Lubumbashi du 19 au 21 août 2003 et leur suite, la GCM, CMD et la RDC, en application de l'Accord du 27 juin 2003, ont convenu des termes du Contrat d'Association signé le 23 mars 2004. En anticipation dudit Contrat d'Association, la RDC a autorisé, par Décret n° 04/020 du 15 mars 2004, la fondation de la S.A.R.L. Kingamyambo Musonoi Tailings (KMT), dont l'Acte Constitutif a été signé le 15 mars 2004. VII.29. La première réunion du Conseil d'Administration de KMT a eu lieu le 23 mars 2004. VII.31.

Le Contrat d'Association dispose, dans l'article 4.2, que « les Parties Contribuant au Financement » (principalement CMD) doivent achever les Etudes de Faisabilité, réaliser l'étude d'impact environnemental et le plan de gestion environnemental, et obtenir de la part des Prêteurs des engagements d'assurer le financement pour le Projet d'exploitation des rejets de Kolwezi endéans les 3 ans et 6 mois de la Date de Transfert du PER couvrant le site des Rejets de Kolwezi.^{3/} Le temps nécessaire pour l'achèvement des Etudes de Faisabilité a été estimé à 8 mois, selon l'article 4.1 du Contrat d'Association. Le temps nécessaire pour la réalisation simultanée de l'étude d'impact environnemental a été estimé à 12 mois, selon le même article.

La description du projet des rejets de Kolwezi dans l'ANNEXE D au Contrat d'Association envisage une échelle de production pendant la phase initiale du projet d'environ 42.000 tonnes de cuivre et 7.700 tonnes de cobalt par an. Le 20 décembre 2004, Adastra Minerals, parent de CMD, a annoncé que le Conseil d'Administration de KMT a décidé à l'unanimité que les niveaux de production initiale du projet retenus pour l'étude de faisabilité définitive seront de 30.000 tonnes de cuivre et 5.500 tonnes de cobalt par an. Aucun document - soit dans le dossier soit affiché à la page web d'Adastra - n'indique que l'Etude de Faisabilité définitive a été achevée ; donc il est à supposer que sa réalisation est toujours en cours.

Le 22 août 2005, Adastra Minerals a annoncé que le plan d'ajustement environnemental (PAE) du projet a reçu l'approbation de la Direction chargée de la Protection de l'Environnement Minier du Ministère des Mines et Hydrocarbures. Au même temps, la société a précisé son intention de mettre au point une évaluation d'impact environnemental et social du projet conforme aux principes Equateur et aux paramètres de la Banque Mondiale, au plus tard en décembre 2005.

Le 8 mars 2006, Adastra Minerals a annoncé sur son page web que l'Etude de Faisabilité Définitive et l'Etude d'Impact Social et Environnemental pour le projet venaient d'être achevées, avec des résultats très favorables au partenaire en ce qui concerne la première.

^{3/} La Date de Transfert du PER n'est pas établie avec précision par les éléments du dossier. Le Contrat de Cession du Permis d'Exploitation des Rejets a été signé le 29 avril 2004. VII.35.6. Le Procès Verbal de la Réunion du Troisième Conseil d'Administration en date du 26 juillet 2004 indique que « ... le transfert du permis d'exploitation des rejets et le paiement de cinq millions de dollars ont été exécutés. » VII.37.2. Donc, on peut supposer que la Date de Transfert a eu lieu à une date entre le 29 avril et le 26 juillet 2004 ; mais la date précise qui constitue le point de départ pour le calcul des 3 ans et 6 mois n'est pas connue par le Consultant.

B. Relation avec d'autres Partenariats

Il n'y a pas de relation directe entre le partenariat KMT est un autre partenariat. Toutefois, il y a une relation indirecte avec le partenariat dénommé AMFI/Filière Zinc dans la mesure où Adastra Minerals (ex- AMF), la maison mère du partenaire CMD, est l'un des partenaires dans la négociation de l'accord de partenariat sur le développement de la mine de zinc de Kipushi, avec Kumba Resources.

Un partenariat impliqué par le projet KMT est celui en phase avancée de négociation avec SWANEPOEL sur l'exploitation des rejets de l'usine de zinc de Kolwezi. Prière de voir la discussion concernant le chevauchement entre les deux projets ci-dessous à la partie IV.D.1°.

III. EVALUATION DES CLAUSES DE L'ACCORD DE PARTENARIAT

A. Choix du Cadre Juridique du Partenariat

Les partenaires ont choisi la forme de Société par Actions à Responsabilité Limitée (S.A.R.L.) pour le partenariat KMT. La Société par Actions à Responsabilité Limitée est l'une des cinq formes des sociétés commerciales régies par le décret du 27 février 1887 sur les sociétés commerciales, tel que modifié et complété à ce jour, ainsi que par l'Arrêté Royal du 22 juin 1926 sur les sociétés par actions à responsabilité limitée, tel que modifié et complété à ce jour.

Une S.A.R.L. peut établir par les statuts de différentes classes d'actions, comme les parties ont fait dans l'Acte Constitutif de KMT qui établit les actions A émises uniquement à la GCM, les actions B émises à la RDC, et les actions C émises à CMD et les actionnaires qui sont des personnes physiques. Selon l'Acte Constitutif, les actions A émises à la GCM bénéficient du droit au paiement (a) d'un Dividende Prioritaire avant tout remboursement des Prêts Subordonnés des Actionnaires qui sont les Parties Contribuant au Financement et avant tout paiement de dividendes aux actionnaires B et C, et (b) d'un Dividende Commercial (dont les modalités sont précisées ci-dessous), après le remboursement de la Dette Senior et avant le paiement de tout dividende aux Actionnaires B et C.

A part les priorités en ce qui concerne le paiement des dividendes, toutes les actions ont les mêmes droits et privilèges.

Le choix de la forme de S.A.R.L. donc permet d'établir des priorités pour les Actions A en faveur de la GCM. En outre, la forme de S.A.R.L., contrairement à la forme de S.P.R.L., permet à KMT d'émettre des obligations, ce qui lui donne plus de flexibilité pour des financements éventuels. Par conséquent, le choix d'une S.A.R.L. comme forme juridique du partenariat est considéré un aspect favorable.

B. L'existence légale du partenariat

1. Autorisation par décret

L'article 6 du décret du 27 février 1887 sur les sociétés commerciales dispose que « *nulle société par actions, à responsabilité limitée, ne pourra se fonder au Congo qu'après avoir été autorisée par décret.* » Le Président de la République a signé le Décret N° 04/020 le 15 mars 2004 autorisant la fondation de la société par actions à responsabilité limitée KMT. VII.28.1. Dans le préambule du Décret, il est exposé, entre autres choses, comme il suit :

Vu, tel que modifié et complété à ce jour, le Décret du 27 février 1887 relatif aux sociétés commerciales, spécialement en son article 6 ;

Vu, tel que modifié et complété à ce jour, l'Arrêté Royal du 22 juin 1926 relatif aux sociétés par actions à responsabilité limitée, spécialement en son article 1^{er}... »

Donc, le Décret est fondé juridiquement sur les deux dispositions légales citées. Or, la lecture du dossier révèle que la première condition de l'article 1 de l'Arrêté Royal cité n'a pas été respectée.

Les statuts de KMT doivent être conformes aux conditions stipulées dans l'article 1 de l'Arrêté Royal du 22 juin 1926 relatif aux sociétés par actions à responsabilité limitée, qui dispose que : « *Notre autorisation, requise pour fonder en République Démocratique du Congo, une société par actions à responsabilité limitée, est subordonnée notamment aux conditions ci-après* », suivi d'une liste de 8 conditions, dont plusieurs contiennent une liste des sous-conditions.

La première condition de l'Arrêté Royal est « *que l'acte constitutif soit reçu sous forme authentique.* » La lecture du dossier renseigne l'existence d'un Acte Constitutif de Kingamyambo Musonoï Tailings société par actions à responsabilité limitée, dressé le 16 mars 2004 par Monsieur Jean A. BIFUNU M'FINI, Notaire de la Ville de Kinshasa habilité légalement à le recevoir aux termes des articles 2 et 20 de l'ordonnance-loi n° 66-344 du 9 juin 1966 relative aux actes notariés (VII.29.30).

L'Acte Constitutif de KMT, ayant été authentifiée le 16 mars 2004 ne pouvait pas être « *reçu sous forme authentique* » par la Présidence de la République avant la signature du Décret N° 04/020 le 15 mars 2004, qui est subordonné à cette condition par l'article 1^{er} de l'Arrêté Royal du 22 juin 1926, tel que modifié et complété. La jurisprudence congolaise le veut ainsi. La condition n'ayant pas été remplie, le Décret N° 04/020 est défectif et sans valeur juridique. Par conséquent, KMT S.A.R.L. n'a pas d'existence juridique.

La possibilité d'une correction rétroactive d'un tel défaut dans la constitution d'une société par actions à responsabilité limitée n'est pas prévue par la loi. Pour remédier à la situation, on pourrait envisager la procédure suivante :

- les parties à l'Acte Constitutif prennent acte du défaut dans la formation de KMT S.A.R.L. ;
- la GCM et CMD sollicitent un nouveau décret d'autorisation en soumettant l'Acte Constitutif, tel que modifié, authentifié ;
- après la signature d'un nouveau décret présidentiel annulant le décret n° 04/020 et autorisant la fondation de KMT S.A.R.L., une assemblée générale de la société adopte et ratifie tous les actes et opérations de la société en voie de constitution réalisées depuis le 16 mars 2004 ;
- la nouvelle KMT se fait réinscrire au nouveau registre du commerce.

Cette procédure permettrait de valider tous les actes de KMT faits avant l'entrée en vigueur de son existence. Toutefois, ce n'est pas l'unique chose qu'il faudrait faire pour assainir la situation du partenariat, comme nous montrons ci dessous.

2. Conditions statutaires

A part ce qui précède, le Consultant a les observations suivantes concernant le respect des conditions statutaires dans le cas d'espèce. Parmi les comparants devant le notaire, trois - CMD, Timothy Philip Read, et Bernard Robert Pryor - ont comparu par mandataire. Selon l'acte du notaire, Monsieur François Colette a signé pour eux moyennant une procuration spéciale datée du 23 janvier 2004. Toutefois, une copie de la procuration spéciale n'est pas jointe à l'acte notarié. Par conséquent, le Consultant n'a pas pu vérifié le pouvoir de Monsieur Colette.

En outre, la signature du Ministre du Portefeuille, le comparant représentant l'Etat, n'apparaît pas sur l'acte notarié. Or, c'est lui qui a signé l'Acte Constitutif au nom de l'Etat.

3. Dépôt au greffe du tribunal de grande instance

L'article 2 alinéa 1^{er} du décret du 27 février 1887 précité tel que modifié par l'Ordonnance-Loi du 19 septembre 1965 dispose que « *les actes de société seront, à peine de nullité, dans les 6 mois de leur date, déposés en copie, en entier et par extrait au greffe du tribunal de grande instance* ». En l'espèce, l'analyse du dossier ne révèle pas que les statuts de KMT ont été déposés au greffe du registre de commerce du tribunal de grande instance de Lubumbashi. De ce qui précède, le Consultant ne peut pas confirmer que l'acte de dépôt a été dressé dans le délai de 6 mois.

4. Publication au Journal Officiel

La lecture combinée des articles 2 du décret du 27 février 1887 précité et 5 de l'Ordonnance n°11/14 du 20 janvier 1951 relative à la publication des actes de sociétés au

Journal Officiel renseigne que les statuts d'une société doivent être publiés en entier ou par extrait au Journal Officiel par les soins du Ministre de la Justice aux frais des intéressés. En l'espèce, l'étude des pièces du dossier ne permet pas d'affirmer que les statuts de KMT ont fait l'objet de publication au Journal Officiel. Dans la mesure où le temps nécessaire pour que l'acte de société soit publié est indéterminé, il importe que les parties à l'Acte Constitutif de la société KMT S.A.R.L. produise la preuve de paiement pour la publication et diligente auprès du service du Journal Officiel l'insertion des statuts sociaux à la plus prochaine parution du Journal Officiel si cela n'a pas encore été faite.

C. Apports des partenaires

Tous les apports des partenaires au capital social initial de KMT (USD 50.000) sont en numéraire. VII.29.4. Les souscriptions initiales de la GCM et de l'Etat aux actions A et B respectivement sont financés par CMD au titre de prêt (sans intérêts) dans le cas de la GCM et au titre gratuit dans le cas de l'Etat.

Les droits miniers sur les rejets de Kolwezi ne sont pas des apports en nature au capital social de KMT par la GCM. Les parties ont prévu dans les articles 2 et 7 du Contrat d'Association le transfert du PER pour les rejets de Kolwezi par Contrat de Cession, contre paiement de la somme de USD 15 millions en deux tranches. VII.30.24. Le prêt par CMD de la somme de l'apport de la GCM au capital social initial de KMT (USD 6.250) a été remboursé de la première tranche du Prix de Transfert payable par KMT pour le transfert du PER (USD 4.993.750 nette). VII.30.24. Selon le PV du Troisième Conseil d'Administration de KMT en date du 26 juillet 2004, il semble que ce paiement et remboursement ont été réalisés. VII.37.1-2.

KMT a obtenu les fonds pour payer à la GCM le Prix de Transfert pour le PER (USD 15 millions) sur les rejets de Kolwezi par avances en compte courant effectués ou à effectuer au titre de Prêt Subordonné par les Parties Contribuant au Financement. Au moment du transfert du PER, CMD était l'unique Partie Contribuant au Financement. Ce terme comprend désormais en plus de CMD les cessionnaires éventuels d'Actions C (libérés exclusivement à CMD et les actionnaires individuels de KMT lors de la souscription au capital initial de KMT). VII.30.10. Il n'y a pas de documentation de ce Prêt dans le dossier, à part (a) les dispositions afférentes du Contrat d'Association, et (b) une note d'avis du cabinet juridique Coudert Brothers LLP au Ministre du Portefeuille au sujet du projet de prêt.^{4/} Selon les articles 1, 5 et 7 du Contrat d'Association, il s'agit d'un Prêt Subordonné qui porte de l'intérêt au taux de 12% jusqu'à la conclusion des Contrats de Financement, et par la suite au taux de la Dette Senior^{5/} de KMT majoré de 350 points de base. VII.30.22.

^{4/} VII.32.

^{5/} La Dette Senior est définie comme « toute somme due au titre des Contrats de Financement, y compris les intérêts, frais et accessoires, qui bénéficie de la priorité de remboursement la plus élevée. » VII.30.8. Le taux de la Dette Senior est précisé comme « le taux moyen pondéré de la Dette Senior bénéficiant d'une assurance des risques politiques. » VII.30.22.

Donc, la somme de USD 15 millions (dont USD 5 millions sont déjà payés et USD 10 millions sont à payer à la suite de la Clôture Financière) constitue une dette de KMT que la société est tenue de rembourser selon un échéancier et à un taux d'intérêt convenus avant de payer des dividendes ordinaires aux actionnaires, mais après paiement des dividendes prioritaires. VII.29.7 ; VII.30.21, 25.

Un résultat de la structure du financement initial de KMT est que l'actif principal de KMT n'est pas contribué comme apport. Il a été acheté par KMT moyennant un emprunt sous forme de Prêt Subordonné payable au taux de 12% initialement et au taux de la Dette Senior majoré de 350 points de base à partir de la conclusion des Contrats de Financement. Ce mécanisme a permis le paiement d'un « pas de porte » relativement modeste à la GCM pour les droits miniers du partenariat, sans que la Gécamines obtienne une participation importante dans le capital social du partenariat (voir ci-dessous).

Rien dans le dossier n'indique que la valeur du droit minier sur les rejets de Kolwezi a fait l'objet d'une évaluation indépendante pour justifier le prix de USD 15 million. Selon les informations à la page web d'Adastra Minerals, parent de CMD, les rejets de Kolwezi ont été évalués à 112,8 millions de tonnes à teneur de 1,49% cuivre et 0,32% cobalt par la Dr. Isobel Clark de Geostokos Limited, une « personne qualifiée » selon la législation Canadienne. Toujours selon Adastra, cette évaluation permet une exploitation pendant 53 ans au rythme de 30.000 tonnes de cuivre et 5.500 tonnes de cobalt par an. D'après l'annonce de presse d'Adastra Minerals du 8 mars 2006, la valeur actuelle nette que le projet produira pour Adastra sera soit USD 375 millions, soit USD 284 millions, soit USD 220 millions, selon que le taux d'escompte soit 10%, 12% ou 14%. Adastra n'a pas annoncé ce que le projet produira, selon l'Etude de Faisabilité définitive, pour la GCM et pour l'Etat.

Toutefois, malgré que le PER sur les rejets de Kolwezi n'est pas un apport au capital de KMT, GCM bénéficie d'un Dividende Prioritaire en tant que titulaire des Actions A de KMT. Les termes de ce dividende sont précisés ci-dessous.

Un autre résultat qui découle de la structure du financement initial de KMT est que KMT est obligé à rembourser et payer les intérêts aux Parties Contribuant au Financement pour le montant de l'apport initial de la GCM, soit USD 6.250. En effet, CMD a prêté à la GCM les USD 6.250 contribués au capital initial de KMT ; CMD a aussi prêté à KMT les USD 5 millions (tirés sur un prêt de USD 15 millions) desquels les USD 6.250 prêtés à la GCM ont été remboursés. C'est à dire qu'une dette de la GCM envers CMD a été remplacé par une dette de KMT envers CMD. Tandis qu'une société ne peut pas financer la souscription à son capital par l'un de ses actionnaires, il est aussi vrai que KMT a acheté un actif d'une grande valeur - le PER sur les rejets de Kolwezi - en payant une dette de la GCM et en lui remettant le solde du Prix de Transfert.

Le Contrat d'Association prévoit une augmentation du capital social à la Clôture Financière, définie comme « la date à laquelle toutes les conditions suspensives au titre des Contrats de Financement autres que l'émission d'une demande de tirage pour la mise à disposition de fonds ont été satisfaites. » VII.30.7. Selon l'article 6, le capital social initial

(USD 50.000) sera augmenté à USD 10 millions à la Clôture Financière sans dilution des parts sociales. Il est prévu que les dépenses de recherche et développement effectivement payés par la GCM dans le cadre du projet seront transformés en apports. Si le montant ainsi capitalisé est moins que le montant de l'augmentation du capital de la GCM, le solde sera payé au comptant. VII.30.22-23. L'augmentation de capital des Parties Contribuant au Financement sera réalisé par leur contribution de l'Etude de Faisabilité à la GCM. Dans la mesure où la valeur de l'Etude de Faisabilité dépasse le montant de leur capital augmenté (USD 8.250.000), moins l'apport au capital initial, le solde sera assimilé à un Prêt Subordonné.

En bref, KMT est très faiblement capitalisé initialement. Il y a lieu de se demander si son capital social est suffisant pour assurer l'exploitation normale de l'entreprise. Pour déterminer si la GCM est suffisamment compensé pour le transfert du PER sur les rejets de Kolwezi, une évaluation financière de ses avantages en dividendes prioritaires et commerciaux est nécessaire. CMD a pu obtenir le contrôle à 82,5 %, des droits d'exploitation des rejets de Kolwezi pour un apport de seulement USD 41.246, un Prêt Subordonné de USD 5 millions initialement, et un engagement de financer les Etudes de Faisabilité et d'obtenir le financement du projet. Toutefois, CMD avait déjà investi plus de USD 10 millions au 31 octobre 2003 (VII.30.23) et a continué à investir dans la réalisation de l'Etude de Faisabilité et l'Etude d'Impacte Environnementale et Social à son propre risque, sans droit aux intérêts. Le Contrat d'Association (article 6) prévoit la capitalisation de ces coûts lors de la Clôture Financière. En effet, la capitalisation initiale de KMT semble avoir été établie par rapport à l'augmentation de capital prévue lors de la clôture financière - ce qui peut expliquer partiellement le niveau de participation si modeste de la GCM.

D. Participation dans le capital social du partenariat

Le capital social initial est fixé à USD 50.000, représenté par 50.000 actions divisées en trois classes, A, B et C, et souscrites par les actionnaires suivants :

1. Gécamines (GCM)	6.250 actions A (12,50%)
2. La RDC	2.500 actions B (5,00%)
3. CMD	41.246 actions C (82,50%)
4. Timothy Philip Read	1 action C
5. François Colette	1 action C
6. Bernard Pryor	1 action C
7. Emery Wafuana Kalamba	1 action C

A part les dispositions sur les participations dans les bénéfices de la société (voir ci-dessous), il n'y a pas de différence entre les droits et privilèges accordés aux actions des trois classes. VII.29.4-7 ; VII.30.13-14.

En mai-juin 2005, CMD a diminué sa participation à 65% en cédant 10% à la IDC (de la République de l'Afrique du Sud) et 7,50% à la SFI.

CONFIDENTIEL

Le Contrat d'Association prévoit l'augmentation du capital de KMT à la Clôture Financière à USD10.000.000, représenté par 10.000.000 d'actions de un dollar US chacun réparties comme il suit (VII.30.22):

1. Gécamines : 1.250.000 actions A (12,50%)
2. l'Etat : 500.000 actions B (5,00%)
3. Parties Contribuant au Financement: 8.250.000 actions C (82,50%) dont -
 - CMD : 6.500.000 actions C (65,00%)
 - IDC : 1.000.000 actions C (10,00%)
 - SFI : 750.000 actions C (7,50%)

Les rapports entre actionnaires seraient ainsi préservés.

E. Participation dans les décisions et dans la gestion

KMT est gérée par un Conseil d'Administration qui peut comprendre jusqu'à quinze (15) membres. VII.30.41 ; VII.29.11.

CMD en tant que titulaire d'actions C a le droit de nommer, seul, six administrateurs, et ensemble avec ses Partenaires Industriels (sans compter IDC et la SFI), jusqu'à dix administrateurs. VII.30.41 ; VII.29.12.

La GCM, en tant que titulaire unique des actions A, a le droit de nommer deux administrateurs. VII.29.12.

L'Etat, en tant que titulaire unique des Actions B, a le droit de nommer un administrateur. VII.29.12.

Le Contrat d'Association prévoit que IDC et la SFI auraient le droit à nommer un administrateur chacun au cas où ils se décidaient de devenir actionnaires, en acquérant une partie des actions C de CMD comme ils l'ont fait en mai-juin 2005. VII.30.41.

Les parties ont convenu dans le Contrat d'Association que le Président du Conseil d'Administration sera l'Administrateur présenté par les actionnaires C, soit les Parties Contribuant au Financement, et que le Vice Président sera l'Administrateur présenté par l'actionnaire A, soit la GCM.

Le Quorum pour les réunions du Conseil d'Administration est six administrateurs, dont au moins un qui représente les propriétaires des actions A ou B, présents en personne ou par téléphone. Donc, un Conseil d'Administration peut se tenir sans représentation de la GCM, mais seulement si l'administrateur représentant le propriétaire des actions B, soit l'Etat, est présent. Une fois le quorum atteint, les décisions sont prises à la majorité des voix. A part la disposition de quorum, l'unique autre disposition qui protège les actionnaires

minoritaires comme la GCM est l'article 18(c) des statuts, selon lequel toute transaction avec un actionnaire ou une société affiliée doit être autorisée par le Conseil d'Administration sans la participation des Administrateurs représentant l'actionnaire concerné dans la vote.^{6/}

Jusqu'en septembre 2004, le Conseil d'Administration était composé de 9 membres, dont 6 administrateurs nommés par CMD, 2 par la GCM et un par l'Etat. Le Président était Monsieur Tim Read de CMD, et le Vice Président était Monsieur Twite KABAMBA, Président du Conseil d'Administration de la GCM. Le Conseil d'Administration a dû être élargi dernièrement par deux administrateurs représentant respectivement IDC et la SFI.

Les statuts, à l'article 20, autorisent l'élection d'un Administrateur-Délégué pour diriger et contrôler la gestion quotidienne de KMT, sous la supervision du Conseil d'Administration. Le Conseil a nommé Monsieur Bernard Pryor, de nationalité Britannique, gérant de CMD, comme Administrateur-Délégué.

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

1. Le Dividende Prioritaire Initial Cumulatif. Malgré que le PER pour les rejets de Kolwezi ne constitue pas un apport de la GCM au capital social de KMT, la GCM en tant que propriétaire des actions A bénéficie du droit au paiement d'un Dividende Prioritaire Initial cumulatif dont les modalités sont les suivantes (VII.29.5 ; VII.30.19) :

- Il est payable à compter de la date du début d'exploitation du projet jusqu'à la date où la Dette Senior et les Prêts Subordonnés (intérêts compris) accordés pour la phase initial de développement et de construction du projet auront été entièrement remboursés. (Au cas où les actionnaires propriétaires d'actions C consentaient de nouveaux prêts à KMT après l'achèvement du remboursement de la Dette Senior et des Prêts Subordonnés, intérêts compris, accordés pour la phase initial de développement et de construction du projet, le Dividende Prioritaire Initial sera institué jusqu'au remboursement de ces nouveaux prêts.)
- Il est égal à 2,5% du Cash Flow Disponible de chaque exercice social ;
- Le Cash Flow Disponible est défini comme le cash flow positif, disponible pour la distribution de dividendes et le remboursement ou le paiement des intérêts des prêts d'actionnaires, qui est constitué, sur la base des comptes audités réalisés à l'issue de l'exercice social en question, des revenus de KMT après intérêts et impôts, plus les amortissements et autres éléments hors trésorerie (ceux-ci s'entendant, pour la période considérée, comme le montant net cumulé (qui peut être positif ou négatif) de toutes les dépenses non-décaissées et de tous les

^{6/} Par exemple, lors du Conseil d'Administration du 23 mars 2004, ce sont les administrateurs représentant le propriétaire des Actions A, soit la GCM (l'administrateur de l'Etat étant absent) qui seuls ont autorisé la négociation et la signature des conventions de crédit entre KMT et CMD pour le financement du premier paiement de USD 5 millions pour le transfert du PER de la GCM à KMT et le financement d'un fonds de roulement de USD 500.000.

produits non encaissés qui ont été soustraits ou, le cas échéant, ajoutés lors du calcul du revenu net, notamment, mais non exclusivement, les dépréciations, les amortissements, les impôts et taxes différés et les provisions pour indemnités de licenciement des employés), moins les investissements, toutes sommes payées ou dues au titre des contrats de financement de la Dette Senior, et les réserves au titre du fonds de roulement.

Question : Est-il entendu que les Frais d'Exploitation sont déduits des revenus bruts de KMT pour déterminer le Cash Flow disponible ? Ce n'est pas précisé (VII.30.7). Par contre, la déduction des Frais d'Exploitation est précisée dans les dispositions du Contrat d'Association (art. 5.1 d)) concernant le service de la dette à contracter pour financer le projet. VII 30.18. Au cours de l'atelier de Lubumbashi (le 19 octobre 2005), le Président du Conseil d'Administration de la GCM a confirmé qu'il est entendu que les Frais d'Exploitation sont déduits des revenus bruts de KMT pour déterminer le Cash Flow disponible. Toutefois, cela devrait être mis au clair dans la définition de « Cash Flow Disponible. »

- Si le bénéfice distribuable d'un exercice social est insuffisant pour le service de la totalité du Dividende Prioritaire Initial dû aux actions A au titre de cet exercice social, la partie non versée du Dividende Prioritaire Initial sera payée, en priorité, par prélèvement sur le bénéfice distribuable des exercices sociaux suivants.

2. Le Dividende Commercial. Le Dividende Commercial remplace le Dividende Prioritaire Initial pour les actions A (détenus par la GCM), à compter de l'exercice social suivant celui au cours duquel interviendra l'achèvement du remboursement de la dette senior et des prêts subordonnés. Ce Dividende Commercial ne s'applique que dans le cas où des dividendes ordinaires sont payables à chaque actionnaire pour l'exercice social concerné et en l'absence de toute dette senior, prêt subordonné ou autre prêt consenti à KMT par des actionnaires ou des tiers, sauf accord des actionnaires ou tiers prêteurs. Le Dividende Commercial s'applique si le prix réel moyen du cobalt dépasse USD 10 la livre cathode (actualisé en appliquant l'indice des prix à la consommation US (CPI-U) avec le 31 décembre 2003 comme date de base) pendant un exercice social. Le cas échéant, l'ensemble des actions A recevront la somme de dix cents US pour chaque dollar US au-dessus de dix dollars US actualisés sur la moyenne des prix FOR payés à KMT en contrepartie des ventes de cobalt pour l'exercice social en question. (VII.29.6 ; VII.30.20.)

3. Le Dividende Prioritaire non-cumulatif en faveur des actions B et C. La GCM, en tant que propriétaire des Actions A, ne participe pas dans le dividende prioritaire non-cumulatif en faveur des propriétaires des actions B et C. Ce dividende est payé en priorité après paiement du Dividende Prioritaire Initial en faveur des actions A. Il est calculé au prorata du nombre total des actions A, B et C sur 20% du cash flow disponible calculé comme pour le Dividende Prioritaire Initial. (VII.29.7 ; VII.30.21.)

4. Les Dividendes Ordinaires. Tous les actionnaires ont les mêmes droits aux dividendes ordinaires, au prorata du nombre total d'actions A, B et C. (VII.29.7 ; VII.30.21.)

5. Les Priorités de Paiement.

Selon l'article 5.7 du Contrat d'Association (VII.30.21), le Cash Flow Disponible (VII.30.7) pour chaque exercice social sera reparti dans l'ordre de priorité suivant :

- 1) financements par cash-flow de KMT visés à l'article 6.8(a)(y compris les intérêts) - c'est à dire, les rénovations ou accroissements des installations construites initialement, ou même le refinancement du Projet - décidés par les Actionnaires pour l'Exercice Social concerné ;

Observation : Cette disposition est préjudiciable à la GCM dans la mesure où elle subordonne le paiement de son Dividende Prioritaire Initial cumulatif aux décisions de financement pris par le Conseil d'Administration qui est sous le contrôle des Actionnaires C.

- 2) versement à la GCM du Dividende Prioritaire Initial ;
- 3) versement à chaque actionnaire du dividende prioritaire non-cumulatif, jusqu'à un montant égal à 20% du Cash Flow Disponible ;
- 4) remboursement, pour l'Exercice Social concerné, des Prêts Subordonnés (y compris les intérêts aux taux prévus), et/ou le cas échéant des autres prêts faits à KMT par les Actionnaires Propriétaires d'Actions C ;

Observation : Il est à remarquer que le Dividende Prioritaire Initial cumulatif en faveur de la GCM, et ensuite le dividende prioritaire non-cumulatif auquel participe l'Etat en tant qu'Actionnaire titulaire d'Actions B, sont payés en priorité avant tout paiement des intérêts ou remboursement des Prêts Subordonnés faits par les Parties Contribuant au Financement. Ceci est favorable à la GCM dans la mesure où les titulaires des Actions C, qui exercent le contrôle sur le Conseil d'Administration et l'Assemblée Générale des Actionnaires, sont motivés à ce que KMT génère suffisamment de Cash Flow Disponible pour les rembourser leurs Prêts Subordonnés - ce qui rassure la GCM que les parties qui exercent le contrôle sur KMT sont motivés pour faire payer le Dividende Prioritaire Initial cumulatif en faveur de la GCM en tant que titulaire d'Actions A.

- 5) versement, le cas échéant, du Dividende Commercial aux Actionnaires titulaires d'Actions A (soit, la GCM) et versement à chaque Actionnaire du solde du Cash Flow Disponible pour l'Exercice Social concerné sous forme de dividendes ordinaires.

Observation générale : Les dispositions du Contrat d'Association concernant les priorités de paiement ne sont pas entièrement conformes aux statuts de KTM, qui exigent, à l'article 38, le prélèvement de 5% sur le bénéfice net pour la constitution d'un fonds de réserve légale jusqu'à ce que le fonds de réserve atteint 10% du capital social.

6. Honoraires de Gestion. L'article 14 du Contrat d'Association prévoit le paiement des honoraires de gestion annuellement pendant la phase d'exploitation, au taux de 1,5% des Frais d'Exploitation, repartis à raison de 17,5% à la GCM et 82,5% aux Parties Contribuant au Financement.

Observation : Cette répartition n'est pas mentionnée dans la clause sur les priorités de paiement. Est-ce parce que c'est considéré déjà déduit en calculant le Cash Flow Disponible ? Mais ce n'est pas mentionnée dans la définition de Cash Flow Disponible. Il n'est pas clair, donc, quel priorité de paiement s'appliquera à ces honoraires.

7. Risque de Perte du droit de la GCM au Dividende Prioritaire Initial cumulatif. Les statuts disposent, à l'article 5, et ce conformément aux dispositions de l'article 5.6 du Contrat d'Association, que le Dividende Prioritaire Initial et le Dividende Commercial deviendront nuls et les actions A jouiront des droits identiques à ceux des actions B dans le cas où les actions A seraient cédés ou transférées, de quelque manière que ce soit, à une entité non détenue et contrôlée entièrement, directement ou indirectement, par l'Etat. VII.29.7 ; VII.30.20-21.

Observation : Il faut tenir compte de cette disposition dans le dessin de la restructuration de la GCM.

G. Obligations et responsabilités des partenaires

1. Obligations

Selon le Contrat d'Association, les obligations des partenaires sont les suivants:

a) GCM

- Constituer KMT et souscrire à son capital comme convenu. VII.30.13-14. Réalisé. VII.29.

- Obtenir et transférer à KTM le Permis d'Exploitation des Rejets. VII.30.24. Apparemment réalisé. VII.38.1.
- Transmettre à CMD les Données pour les Etudes de Faisabilité. Fait, mais sans confirmation écrite. VII.30.14.
- Obtenir et délivrer à KMT une copie de l'attestation de libération des responsabilités environnementales. VII.30.39 (g) et VII.30.25 (2.4). Apparemment réalisé. VII.38.1. Pas de copie dans le dossier.
- Conserver les Rejets. VII.30.37.
- Permettre aux partenaires d'accéder aux résultats historiques, échantillons, etc. VII.30.37.
- Assister les partenaires dans leurs relations avec le Gouvernement. VII.30.38.
- Exercer ses droits en vertu du Permis d'Exploitation sur le Site des Rejets sans gêner les opérations de KMT, etc. VII.30.38.
- Pendant 3 ans se charger d'obtenir tous les visas, titres de séjour et de travail pour les personnes travaillant pour KMT, etc. VII.30.39.
- Permettre à KMT d'installer les conduites et autres installations pour la récupération des eaux d'assèchement de la GCM non requises par les autres opérations de la GCM. VII.30.39.

b) La RDC

- Constituer KMT et souscrire à son capital comme convenu. VII.30.13-14.
- Garantir aux Parties Contribuant au Financement et à KMT que les taux d'intérêts prévus à l'article 5.6 (12%, puis LIBOR plus 350 points de base) satisfont aux conditions permettant de bénéficier des droits, exonérations et déductions prévus par le Code Minier et notamment ses articles 146(a), 254, 256, 264, 265 et 267. VII.30.22
Observation : Cette disposition est probablement pas opposable à l'Etat, parce qu'il concerne l'application d'une loi. Mais cela ne veut pas dire que les taux d'intérêt en question ne sont pas conformes aux dispositions du Code Minier.
- Emettre une attestation de libération de l'obligation environnementale. VII.30.39.

c) CMD et ses co-partenaires, IDC, la SFI, etc. (les Parties Contribuant au Financement)

- Constituer KMT et souscrire à son capital comme convenu. VII.30.13-14.
- Prêter sans intérêts la somme de la souscription de la GCM. Payer la souscription de l'Etat. VII.30.14. Réalisé. VII.29.

- Payer à GCM USD15.000.000 pour le transfert à KMT du Permis d'Exploitation des Rejets à titre de prêt à KMT dans les conditions convenues dans le Contrat d'Association. VI.30.14. USD 5 millions ont déjà été payés suite au transfert. VII.37.2. USD 10 millions à payer suite à la clôture financière.
- Dans les 3 ans et six mois de la date du transfert du PER pour les rejets de Kolwezi : (a) achever les Etudes de Eaisabilité, (b) réaliser l'étude d'impact environnemental, et rédiger le plan de gestion environnemental, et (c) obtenir un financement pour le projet aux conditions prévues dans le Contrat d'Association. En cours. VII.30.13-15.

2. Responsabilités

Le Contrat d'Association dispose à l'article 22 comme il suit concernant les responsabilités (VII.30.59-60) :

- a) Responsabilité de KMT :
 - des dommages causés par son exploitation sur le Site des Rejets de Kolwezi au titre du PER conformément au Code et au Règlement Miniers, et notamment l'article 405 du Règlement. VII.30.59.
- b) Non responsabilité de KMT, de ses Sociétés Affiliées, et des Actionnaires vis à vis de l'Etat, la GCM ou de tiers concernant, sans limitation, la pollution de l'environnement, des pertes, dégâts ou accidents dans ou en dehors du Site des Rejets de Kolwezi ou relatifs aux Rejets, si ceux résultent, *directement ou indirectement* :
 - d'exploitations minières, d'actions ou d'omissions de Gécamines ou de l'Etat, survenues avant ou après la Date de Transfert (du PER) ; ou
 - d'actions ou de manquements de tiers sur le Site des Rejets de Kolwezi ou en relation avec celui-ci.
- c) La GCM s'engage, solidairement avec l'Etat, à indemniser KMT, ses Sociétés Affiliées, et ses Actionnaires contre tout dommage, etc. en conséquence de la violation des dispositions stipulées aux articles suivants :
 - 9.2 (Stipulations, déclarations et garanties de la GCM)
 - 10.1(d) (Engagements de la GCM, notamment concernant les opérations éventuelles en vertu du Permis d'Exploitation sur le Site des Rejets de Kolwezi et/ou concernant l'exploitation des rejets de l'Usine de Zinc de Kolwezi)

CONFIDENTIEL

- 22.2 (Non responsabilité de KMT pour des endommagements causés par les activités industrielles de la GCM ou de l'Etat)
- d) l'Etat s'engage, solidairement avec la GCM, à indemniser KMT, ses Sociétés Affiliées, et ses Actionnaires contre tout dommage, etc. en conséquence de la violation des dispositions stipulées aux articles suivants :
- 5.9 (garantie de l'Etat concernant le statut des taux d'intérêt payable aux Prêts Subordonnés)
 - 9.2 (Stipulations, déclarations et garanties de la GCM)
 - 9.3 (Stipulations, déclarations et garanties de l'Etat)
 - 10.1(d) (Engagements de la GCM, notamment concernant les opérations éventuelles en vertu du Permis d'Exploitation sur le Site des Rejets de Kolwezi et/ou concernant l'exploitation des rejets de l'Usine de Zinc de Kolwezi)
 - 22.2 (Non responsabilité de KMT pour des endommagements causés par les activités industrielles de la GCM ou de l'Etat)
- e) L'Etat indemniserait KMT pour toute responsabilité environnementale encourue par KMT au titre du PER en relation avec tout fait antérieur à la date de transfert du PER. Toutefois, cette obligation d'indemnisation est devenue caduque au moment de la délivrance à la GCM, pour le bénéfice de KMT, d'une attestation de libération de ses obligations environnementales (VII.30.60) - ce qui apparemment a été fait. (VII.34.2 ; VII.37.1-2).
- f) L'Etat et la GCM s'engagent à prendre en charge les trop perçus au cas où une décision définitive de la cour d'arbitrage constate que l'Etat a imposé à KMT ou aux Parties Contribuant au Financement un prélèvement fiscal ou parafiscal anormal ou excédant ce qui existait à la date de signature du Contrat d'Association, sans que l'Etat l'a remboursé dans les 30 jours de la décision, si aucune autre solution n'est trouvée. Cette prise en charge serait effectuée par déduction des avances, paiements, primes et/ou distributions payables par KMT ou CMD à l'Etat ou à la GCM en vertu du Contrat d'Association.

De ce qui précède, on constate que les obligations et les responsabilités du partenaire CMD sont très limitées, et que les obligations et responsabilités de la GCM et de l'Etat par contre sont très importantes. Or, CMD a réussi à négocier son obtention de 82,50% du capital social de KMT dès sa formation pour un apport très modeste et des promesses de performance future. Les rapports entre les obligations et responsabilités, d'un côté, et les intérêts économiques dans KMT ne semblent pas équilibrés ; mais le contrat est autorisé, signé et en cours de validité sans qu'on puisse remettre en question le marché conclu.

CONFIDENTIEL

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

Les dispositions sur la force majeure à l'article 20 du Contrat d'Association sont très complètes, comprenant une définition compréhensive de la force majeure, les procédures pour établir et contester l'existence d'un cas de force majeure, l'exposition des conséquences d'un cas de force majeure, et des options pour mettre fin au partenariat en cas de persistance d'un cas de force majeure au-delà de 360 jours. Ces dispositions sont très claires et conformes aux meilleures pratiques internationales. Notamment, en ce qui concerne les procédures, elles comprennent les éléments suivants :

- 1) Notification par la partie affectée en décrivant les circonstances dans les 14 jours suivant la survenance d'un cas de force majeure ; et obligation de toutes les parties de tenter d'en limiter les circonstances.
- 2) Notifications complémentaires dans les 14 jours suivant la première notification, puis tous les mois pendant la continuation du cas de force majeure, avec description de l'évènement de FM, de ses conséquences sur l'exécution des obligations et évaluation prévisionnelle de la durée.
- 3) Délai de 30 jours pour contester le contenu de la notification, par « Notification de Différend. »
- 4) Obligation des parties de tenter de régler à l'amiable le différend, au cours des discussions qui devraient commencer dans les 15 jours de la réception de la Notification de Différend et s'achever dans 30 jours.
- 5) Au cas où le différend n'est pas résolu à l'amiable, arbitrage devant la Cour d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale de Paris, avec une limite de deux mois à compter de la saisine de la CCI dans lesquels les arbitres doivent trancher. VII.30.55-56.

Concernant les conséquences de la force majeure, il est clairement précisé que les obligations de la partie affectée sont suspendues pendant la durée de la FM, que les délais et dates futures seront ajustés pour tenir compte de la FM, et que le contrat sera prorogé automatiquement pour une durée équivalente à celle du cas de FM.

En outre, l'article 20 contient des dispositions permettant l'un ou l'autre des Parties de mettre fin au partenariat soit en achetant les actions de la partie affectée par la force majeure soit en résiliant le contrat, si l'évènement persiste au-delà de 360 jours. Ces dispositions permettront à la GCM et l'Etat d'éviter ce qui s'est passé dans le cas de Tenke Fungurume, où un cas de force majeure controversé a persisté pendant plus de 6 ans.

qu'après traitement. L'objet du Contrat d'Association ainsi que des statuts de KMT est conforme audit objet social de la GCM et ne contient rien contradictoire avec ledit objet social.

- **Pouvoir (compétences) des signataires**

Le Contrat d'Association, ainsi que l'Acte Constitutif de KMT, sont signés par le Président du Conseil d'Administration et l'Administrateur Délégué-Général de la GCM, conformément aux dispositions de l'article 20 de la Loi N° 78-002 du 6 janvier 1978 portant dispositions générales applicables aux Entreprises Publiques telle que modifiée et complétée.

- **Décisions du Conseil d'Administration**

L'article 10 de la Loi N° 78-002, à laquelle la GCM est soumise selon l'article 12 du Décret N° 0049 du 7 novembre 1995 portant sa création et ses statuts, dispose que c'est le Conseil d'Administration qui prend toutes les décisions de l'entreprise, et notamment sur les prises de participation. Par conséquent, une décision du Conseil d'Administration est nécessaire pour engager la GCM au Contrat d'Association.

La Décision VI du Conseil d'Administration prise lors de sa réunion du 17 au 18 juillet 2003 « approuve la conclusion du Contrat d'Association entre la GCM et CMD sur l'exploitation des rejets de Kingamyambo et de Musonoï et ... autorise [le Comité de Gestion] d'en poursuivre les négociations. » XXXVIII.37.2. Le Conseil d'Administration n'a pas demandé la soumission de la version finale de l'accord de partenariat à son approbation. Donc, la Décision du 18 juillet 2003 semble être la décision définitive autorisant la conclusion du Contrat d'Association.

- **Autorisation de la tutelle**

Le Décret N° 0049 du 7 novembre 1995 portant création et statuts de la GCM régit ladite entreprise « sans préjudice des dispositions de la Loi N° 78-002 du 6 janvier 1978 portant dispositions générales applicables aux entreprises publiques ». Selon l'article 28 du Décret N° 0049 du 7 novembre 1995, la GCM est placée sous la tutelle du ministère ayant les mines dans ses attributions ; et cette tutelle porte notamment sur les aliénations immobilières et les prises de participations financières. Le Contrat d'Association prévoit une aliénation immobilière, à savoir la cession du PER sur le gisement artificiel par la GCM à KMT, et une prise de participation financière de la GCM dans KMT.

Selon l'article 41 de la Loi N° 78-002 du 6 janvier 1978, les aliénations immobilières et les prises de participations financières sont soumises à l'autorisation préalable, sauf dérogation expresse du Président-Fondateur du Mouvement Populaire de la Révolution, Président de la République. Il n'y a pas eu de dérogation expresse ; donc l'autorisation préalable du Ministère des Mines est requise pour l'engagement de la GCM dans le partenariat.

CONFIDENTIEL

Le Consultant n'a pas trouvé de document portant autorisation préalable du Contrat d'Association dans le dossier de la GCM sur ce partenariat. Toutefois, le Contrat d'Association a été signé par le Ministre des Mines.

2° Quant au Partenaire

• Existence légale du partenaire

A la demande du Consultant, la GCM a demandé à CMD, par lettre en date du 20 avril 2005, de lui transmettre :

- a) une copie certifiée conforme des statuts de CMD ;
- b) le numéro d'enregistrement et une copie certifiée de l'acte d'enregistrement de CMD à son domicile ;
- c) une copie certifiée de la délégation des pouvoirs aux signataires du Contrat d'Association et de l'Acte Constitutif pour le compte de CMD.

Ces documents n'ont pas été transmis au Consultant, si jamais la GCM les a reçus.

Selon le Contrat d'Association et l'acte notaire de la constitution de KMT, CMD est une société de droit des Isles Vierges Britanniques immatriculée sous le numéro 271751. Par lettre en date du 12 août 2005, Monsieur François Colette, Administrateur Fondateur de Pouvoirs de KMT, a envoyé à l'ADG de la GCM une copie des statuts de CMD, assortie d'un certificat d'enregistrement de CMD émis par le Registre des Sociétés Commerciales des Isles Vierges Britanniques, tous les deux certifiés conformes par le notaire de ladite société et légalisés par l'ambassade de la RDC à Londres. VII.41. Selon cette documentation en date du 20 mai 2005, qui semble être juridiquement valable, CMD a été créée le 13 juin 1998 comme « International Business Company » en vertu de l'acte du Territoire des Isles Vierges Britanniques sur de telles sociétés commerciales, et existe sous le nom de Congo Mineral Developments Limited depuis le 17 juin 1998. VII.41.5 et 20. La documentation indique que son numéro d'immatriculation est celui précisé au Contrat d'Association. VII.41.20. Donc, à l'évidence, le partenaire existait légalement au moment de la signature du Contrat d'Association et de l'Acte Constitutif en mars 2004.

Selon la page web de la société Adastra Minerals (ex-American Mineral Fields), société cotée à la bourse de Toronto au Canada, CMD est sa filiale à 100%.

• Conformité de l'accord avec l'objet social du partenaire

Selon ses statuts, l'objet de CMD comprend tout acte et activité qui n'est pas défendu par une loi en vigueur dans les Isles Vierges Britanniques. VII.41.7. L'activité minière en RDC n'est pas exclue par les statuts de CMD. VII.41.7. Il n'y a pas de raison à croire que c'est exclue par une loi quelconque en vigueur aux Isles Vierges Britanniques, mais le Consultant n'a pas fait des recherches sur cette question. A l'évidence, il n'y a pas de raison à croire que l'accord n'est pas conforme à l'objet social du partenaire.

CONFIDENTIEL

- **Pouvoirs (compétences) des signataires**

Le Contrat d'Association semble avoir été signé le 23 mars 2004 par Messrs. Timothy Read et François Colette, Président du Conseil d'Administration et Administrateur, respectivement, pour le compte de CMD. VII.30.64. Par décision du 21 novembre 2003, le Conseil d'Administration de CMD a approuvé le Contrat d'Association et a autorisé tout administrateur à le signer de la part de CMD.

L'Acte Constitutif de KMT a été signé le 15 mars 2004 par le Ministre du Portefeuille pour l'Etat ; par le Président du Conseil d'Administration et l'ADG pour la GCM ; par François Colette, Administrateur, pour CMD, ainsi que pour Timothy Philip Read et Bernard Pryor par procuration ; par François Colette pour lui-même ; et par Emery Wafwana Kalamba. La procuration donnée à Monsieur Colette par CMD et Messrs. Read et Pryor n'est pas attaché au document. L'Acte Constitutif a été présenté le jour suivant au notaire Jean A. Bifuni M'Fimi à Kinshasa par Monsieur François Colette, administrateur, pour le compte de CMD, en raison des pouvoirs lui octroyés par le Conseil d'Administration en sa réunion du 23 janvier 2004 qui sont mentionnés dans l'acte du notaire Bifuni M'Fimi mais qui ne sont pas attachés à la copie de l'Acte Constitutif fournie au Consultant par la GCM.

Par sa lettre du 12 août 2005 à l'ADG, Monsieur François Colette a fourni une copie de la décision du Conseil d'Administration de CMD en date du 23 janvier 2004 qui approuve l'Acte Constitutif de KMT SARL et autorise tout administrateur à le signer de la part de CMD. VII.41.26. Monsieur Colette est mentionné comme administrateur présent à ladite réunion, mais nous n'avons pas vérifié sa nomination comme administrateur de CMD. Toutefois, les procurations spéciales données en même date par Messieurs. Read et Pryor à Monsieur Colette n'apparaissent pas dans le dossier.

- **Autorisation du partenaire**

Comme il est précisé dans le point qui précède, le Conseil d'Administration de CMD a approuvé les termes et la signature du Contrat d'Association et de l'Acte Constitutif de KMT SARL respectivement par décisions prises lors de ses réunions du 21 novembre 2003 et 23 janvier 2004. VII.41.24-27.

- 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**

C'est le partenariat, KMT S.A.R.L., qui est le titulaire du PER sur les rejets de Kolwezi que le partenariat s'est fixé l'objectif d'exploiter. Selon l'article 23(a) de la Loi N° 007/2002 du 11 juillet 2002 portant Code Minier, pour être éligible aux droits miniers, une personne morale doit remplir les conditions suivantes :

CONFIDENTIEL

- être une personne morale de droit congolais;
- avoir son siège social et administratif dans le Territoire National; et
- dont l'objet social porte sur les activités minières.

Pour les raisons exposées au III.B.1 ci dessus, nous avons conclu que KMT S.A.R.L. n'a pas été constituée conformément à la loi et n'a pas la personnalité morale de droit congolais. Donc, KMT n'est pas éligible pour être titulaire du PER sur les rejets de Kolwezi. Par conséquent, la cession du PER par la GCM à KMT n'a pas de validité, et la GCM reste donc titulaire du PER sur les rejets de Kolwezi.

2° La conformité avec les dispositions du Code et du Règlement sur :

- les cessions (CM, arts. 182-186)

Conformément aux dispositions de l'article 182 du Code Minier :

- a) KMT S.A.R.L. devait exister et être éligible à requérir et à détenir les droits miniers au moment du transfert du PER sur les rejets de Kolwezi de la GCM à lui ; et
- b) Le Contrat de Cession du Permis d'Exploitation des Rejets contient, à l'article 6.2, l'engagement de KMT et à assumer toutes les obligations de la GCM vis à vis de l'Etat découlant du PER. VII.35.4.

Pour être opposable aux tiers, tout acte de cession doit être enregistré au Cadastre Minier (CAMI), conformément aux dispositions de l'article 184 du Code Minier. Le Consultant n'a pas vérifié l'enregistrement du PER au nom de KMT auprès du CAMI ; mais en supposant que cela a été fait, cet enregistrement n'est pas à notre avis valide parce que KMT n'était pas éligible à être titulaire d'un droit minier, ne possédant pas la personnalité morale.

Pour réaliser le transfert juridiquement valable du PER à KMT, il faudrait que la nouvelle KMT, suite à sa fondation conformément à la loi, sollicite l'annulation de l'enregistrement initial du PER à son nom en 2004 et l'inscription de l'enregistrement de nouveau du PER à son nom auprès du CAMI.

- les amodiations (CM, arts. 177-181)

Il n'y a pas d'amodiation prévue dans le cadre du partenariat KMT, tel que défini par le Contrat d'Association.

- la participation de l'Etat (CM, art. 71(d)),

Conformément aux dispositions des articles 92 et 71(d) du Code Minier, les actions B de KMT S.A.R.L., constituant 5% des parts de son capital social, libres de toutes charges, ont été émis à l'Etat selon l'article 5 de l'Acte Constitutif de KMT S.A.R.L. VII.29.4-5.

Observation : Toutefois, il n'est pas précisé dans l'Acte Constitutif de KMT S.A.R.L. (ni dans le Contrat d'Association) que les actions B de l'Etat sont non diluables, comme l'exige l'article 71(d) du Code Minier. Néanmoins, le Ministre du Portefeuille a signé le Contrat d'Association pour le compte de l'Etat.

- **la transformation ou non des concessions (CM, art. 340 ; RM, art. 582)**

L'article 581 du Décret N° 038/203 du 26 mars 2003 portant Règlement Minier autorise la transformation « des droits miniers validés » notamment en Permis d'Exploitation et/ou en Permis d'Exploitation.

Le certificat d'exploitation pour le PER 652 a été établi au nom de la GCM le 5 décembre 2003 suite à la transformation de l'ancienne concession n° 239. La concession n° 239 paraît au nom de la GCM sur la liste publiée par l'Arrêté Ministériel N° 195/CAB/MINES-HYDRO/01/2002 du 26 août 2002 portant établissement et publication de la liste des droits miniers et de carrières en cours de validité, expirés ou annulés depuis 1995, en application de l'article 337 du Code Minier. Elle a été confirmée par l'Arrêté Ministériel N° 001/CAB.MINES-HYDRO/01/2003 du 23 janvier 2003 portant publication des listes des droits miniers et des carrières en vigueur confirmés, renoncés ou réclamés, aussi en application de l'article 337 du Code Minier.

Selon l'information fournie par Monsieur Kabala de la GCM lors de l'atelier de Lubumbashi en octobre 2005, l'ancienne concession n° 239 de la GCM a été transformée en PE 525, dont une partie a été transformé en PER 652. Toutefois, une enquête auprès du CAMI serait nécessaire pour confirmer la validité de l'existence des permis PE 525 et PER 652.

- **la mise en conformité avec les obligations environnementales**

Dans l'article 9.1(d) du Contrat d'Association, CMD « stipule, déclare et garantit » que « KMT exploitera les Rejets conformément aux dispositions du Code et du Règlement Miniers, et notamment les dispositions en matière environnementale du Titre XVIII du Règlement Minier.

L'article 408 du Règlement Minier exige que chaque titulaire d'un droit minier validé et transformé dépose, dans les douze mois suivant la délivrance du titre qui représente son droit transformé, un Plan d'Ajustement Environnemental (PAE) élaboré et approuvé conformément aux dispositions du Chapitre VI du Règlement Minier. L'article 466, qui fait partie dudit Chapitre VI, impose un délai plus court pour le dépôt du Plan d'Ajustement Environnemental : dans les douze mois suivant l'entrée en vigueur du Règlement Minier

pour les droits miniers transformés dont la durée non échue est supérieure à cinq ans (le cas du PER transféré à KMT), soit le 26 mars 2004. Les deux articles du Règlement Minier sont en conflit quant au délai pour le dépôt du PAE. Toutefois, le délai précisé à l'article 408 devrait prévaloir. Un titulaire ne saurait pas élaborer et déposer un PAE sans avoir obtenu son droit minier validé et transformé, et les procédures de la transformation n'étaient connues qu'après la publication du Règlement. Donc, on estime que le délai applicable est de douze mois à compter de la date de délivrance du PER pour les rejets de Kolwezi par le CAMI à la GCM.

La date certaine de la délivrance du PER pour les rejets de Kolwezi par le CAMI à la GCM n'est pas établie par les documents du dossier étudié par le Consultant. Selon l'article 7.1 du Contrat d'Association, la GCM avait demandé la transformation mais n'avait pas encore reçu le PER transformé à la date de signature, le 23 mars 2004. VII.30.24. La GCM a reçu le PER transformé avant la date du Contrat de Cession du Permis d'Exploitation des Rejets, le 29 avril 2004. Selon une annonce de presse affichée à la page web de la société Adastra Minerals, la maison mère de CMD, le PAE pour le projet a été déposé le 27 mai 2005. Donc, le PAE a été déposé hors délai réglementaire. Toutefois, le Code et le Règlement Miniers ne prévoient pas de sanction expresse pour un tel défaut, qui ne serait sanctionné que par application des dispositions générales de l'article 293 du Code Minier.

Au contraire, la maison mère de CMD, Adastra Minerals, a affiché à sa page web une annonce de presse en date du 22 août 2005 disant que la Direction chargée de la Protection de l'Environnement du Ministère des Mines et Hydrocarbures a accordé son approbation du Plan d'Ajustement Environnemental pour le projet déposé le 27 mai 2005. Cela veut dire que ladite Direction a transmis son avis environnemental favorable au CAMI pour transmission au Ministre des Mines et Hydrocarbures pour décision officielle.

En conclusion, il semble que le partenariat est en train de réaliser son devoir de mise en conformité avec les obligations environnementales des Code et Règlement Miniers, sous réserve des observations ci dessus concernant la non éligibilité de KMT pour être titulaire du PER.

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

La GCM semble avoir obtenu la transformation de ses droits miniers sur le site des rejets de Kolwezi en PER pour les rejets et Permis d'Exploitation pour le sous-sol, mais l'enquête auprès du CAMI nécessaire pour vérifier la validité du PER est en dehors des termes de l'engagement du Consultant.

Toutefois, la documentation fournie par la GCM ne permet pas au Consultant de conclure que le PER sur les rejets de Kolwezi est en cour de validité conformément aux dispositions du Code Minier. Selon la mémoire intitulé « Evaluation Juridique des Titres Miniers de la GCM » établi le 1^{er} mars 2005 par le Secrétaire Général :

Après la transformation des anciennes concessions minières, la Gécamines était titulaire de 40 permis d'exploitation, dont un permis d'exploitation des rejets.

Dans le cadre du partenariat, elle a cédé 11 titres totalement et deux partiellement. La GCM compte actuellement 29 titres.

Toujours selon la même mémoire du Secrétaire Général, le PE 652 transféré à KMT est parmi les cessions totales. Or, il n'y a pas eu de transfert de PE à KMT. Il s'agit d'un PER. (Le conseil juridique de CMD se réfère au PER 652, d'ailleurs, dans sa lettre du 19 février 2004 à l'ADG de la GCM. VII.27.1.)

En plus, pour les raisons exposées ci-dessus au III.B.1 et au IV.B.1°, le Consultant conclut que même si le PER est en cours de validité, il n'a pas été cédé à KMT pour défaut d'éligibilité de ce dernier étant donné l'irrégularité du décret autorisant sa fondation.

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

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

Usine hydro-métallurgique de CHEMAF. Par lettre en date du 18 février 2004, le conseil juridique de CMD a averti l'ADG de la GCM de l'inquiétude du partenaire à cause de l'autorisation d'ériger une usine hydro-métallurgique sur le site faisant l'objet du PER 652 accordé par l'Arrêté ministériel n° 150/CAB.MINES-HYDRO/du mois de janvier 2003. Le dossier n'éclaircit pas la suite.

Chevauchement du projet d'accord de partenariat en phase avancée de négociation avec SWANEPOEL sur l'Usine de Zinc de Kolwezi. Au cours de la discussion sur l'accord de partenariat en négociation avancée avec SWANEPOEL pour l'exploitation des rejets de l'UZK lors de l'atelier de Lubumbashi (le 21 octobre 2005), Monsieur KABALA du Département Juridique et Immobilier de la GCM a informé le Consultant Juridique que les droits miniers sur les rejets de l'usine de zinc de Kolwezi que la GCM propose de céder à la société commune à créer avec Les Entreprises SWANEPOEL (XXXVI) font partie du PER 652 déjà cédé à KMT. Il s'agit de deux carrés.

Malgré que la GCM avait conclu un Accord Préliminaire avec SWANEPOEL pour l'Exploitation des Rejets (XXXVI.2) en mars 2003, une année avant la signature du Contrat d'Association avec KMT, il n'y a aucune disposition du Contrat d'Association qui réserve à la GCM le droit d'exploiter les rejets de l'UZK déposés sur le périmètre couvert par le PER 652 cédé à KMT. Au contraire, le Contrat d'Association dispose, à l'article 10.1(d), que la GCM « fera son affaire des rejets produits par le concentrateur de Kolwezi et l'usine de zinc de Kolwezi (UZK) située sur le Site des Rejets de Kolwezi...Ces rejets ne devront pas être déposés sur le Site des Rejets de Kolwezi, sauf accord écrit de KMT, et ne devront causer

aucune nuisance aux Opérations et à KMT et aucune pollution du Site des Rejets de Kolwezi. »

Par conséquent, la GCM ne dispose plus des droits d'exploitation des rejets de l'UZK qu'elle propose de céder au partenariat avec SWANEPOEL, sous réserve de la question de la validité de la cession du Permis PER à KMT exposée ci-dessus. Si les Parties conviennent de la nécessité de fonder de nouveau KMT pour corriger sa fondation défectueuse, comme il est proposé par le Consultant Juridique, et de refaire la cession du PER 652 de la GCM à KMT, compte tenu de l'inexistence légale de KMT lors de la cession originale en 2004, la GCM devrait retenir les carrés sur lesquels se situent les rejets de l'UZK. Le cas échéant, la GCM devrait rétablir son droit comme titulaire du PER 652 et ne céder que partiellement le périmètre qui en fait l'objet à KMT. De cette manière, la GCM garderait son droit d'exploiter les rejets de l'UZK, qu'elle pourrait mettre à la disposition de SWANEPOEL dans le cadre d'une nouvelle convention à négocier.

Permis d'Exploitation du sous-sol en bas du périmètre du PER 652. En transformant son ancienne concession n° 239 en Permis d'Exploitation 525 et Permis d'Exploitation des Rejets n° 652 qu'elle a cédé à KMT, la GCM a cru retenir le droit d'exploiter le sous-sol en bas de la Site des Rejets de Kolwezi. L'article 10.1(d) du Contrat d'Association reconnaît le droit de la GCM à « exercer ou continuer à exercer ses droits miniers au titre des Permis d'Exploitation sur et sous le Site des Rejets de Kolwezi. » VII.30.38. Dans ledit article, la GCM s'est engagé à réaliser tous travaux en vertu dudit PE de manière à ne pas gêner les opérations de KMT.

Selon Monsieur KABALA de la GCM, malgré ces dispositions du Contrat d'Association, KMT a déposé au CAMI une demande de Permis d'Exploitation sur le sous-sol en bas du Site des Rejets de Kolwezi couvert par le PER 652. Le CAMI ne peut pas recevoir une telle demande si la GCM est titulaire du Permis d'Exploitation sur le périmètre sollicité. S'il l'a accepté, cela peut indiquer que le PE 525 de la GCM ne couvre pas le sous-sol en bas du Site des Rejets de Kolwezi. Une enquête auprès du CAMI serait nécessaire pour déterminer les faits dans le cas d'espèces. Toutefois, l'action de KMT semble être en contravention de ce qui a été convenu dans le Contrat d'Association et devrait donc faire l'objet d'une réclamation par écrit de la part de la GCM.

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

Le Consultant n'est pas conscient de conflits évidents ou éventuels qui se sont manifestés avec des lois autres que le Code Minier.

V. CONCLUSIONS

A. Besoins de clarification ou d'amélioration des clauses de l'accord de partenariat (ou des statuts)

De par l'analyse qui précède, le Consultant conclut qu'il existe le besoin de fonder correctement KMT S.A.R.L. ainsi qu'un besoin de clarification ou d'amélioration des aspects suivants des actes qui devraient gouverner le partenariat :

1. Authenticité de l'Acte Constitutif. Comme précisé au point III.B ci dessus, il est nécessaire de corriger les lacunes dans l'acte notarié de l'Acte Constitutif de la S.A.R.L. en signant un nouvel Acte Constitutif authentique qui serait soumis à la Présidence pour autorisation de la nouvelle KMT par décret.

2. Droit de la GCM au Dividende Prioritaire Cumulatif. Dans la définition du Cash Flow Disponible, il devrait être précisé que les Frais d'Exploitation sont déduits des revenus bruts de KMT pour déterminer le Cash Flow Disponible.

3. Les Priorités de Paiement.

- Les priorités de paiement précisées à l'article 5.7 du Contrat d'Association devraient être harmonisées avec l'article 38 des statuts de KMT, qui exige le prélèvement de 5% sur le bénéfice net pour la constitution d'un fonds de réserve avant toute distribution aux actionnaires, jusqu'à ce que le fonds de réserve atteint 10% du capital social.
- Comment interpréter l'article 14 du Contrat d'Association sur les honoraires de gestion ensemble avec l'article 5.7 sur les priorités de paiement ? C'est à clarifier.

4. Non-dilution des Actions B. Il faut clarifier dans les statuts de KMT que les actions B émis à l'État ne sont pas diluables, conformément aux dispositions de l'article 71(d) du Code Minier.

5. Validité du PER pour les Rejets de Kolwezi. Une enquête compréhensive et systématique auprès du CAMI est nécessaire pour vérifier la validité du PER pour les Rejets de Kolwezi. Une nouvelle cession, en excluant les carrés où les rejets de l'UZK sont déposés, et son enregistrement au nom de la nouvelle KMT sont à prévoir.

B. L'opportunité ou non d'une renégociation

Une renégociation générale de l'accord de partenariat n'est pas recommandée. En général, cet accord de partenariat comprend plusieurs aspects favorables à la GCM qu'on ne trouve pas dans d'autres contrats de partenariat. Tandis que les participations actuelles dans le capital social de la société ne sont pas en rapport avec la valeur des contributions des parties aux actifs de la société, il est aussi vrai que CMD et les autres Parties Contribuant au Financement sont en risque pour le coût de toutes les études de faisabilité et autres qui doivent être réalisés avant le démarrage du développement du projet, et ce coût se lève à des millions de dollars.

Toutefois, dans l'avis du Consultant, il est nécessaire de fonder correctement la KMT. Si les parties ne s'en occupent pas maintenant, il y a un haut risque que les bailleurs de fonds éventuels tire la même conclusion concernant la non existence de KMT et refusent de financer le projet de développement pour cette raison. Actuellement, les parties ont le temps de remédier à ce problème en tranquillité avant que cela ne mette en cause la réalisation du financement du projet.

VI. RECOMMANDATIONS

A. Proposition de stratégie de négociation ou de renégociation

Il est proposé que les représentants de la GCM soulèvent avec le partenaire, *en toute confidentialité*, le problème de l'existence de la KMT en tant que S.A.R.L. et proposent que le Conseil d'Administration de KMT fait recours à un cabinet juridique de très bonne réputation qui n'a pas participé à ce que nous considérons la fondation défectueuse de KMT comme S.A.R.L., pour son avis juridique sur la question de l'existence valide ou non de KMT et les options éventuelles pour y remédier. La motivation de ce cours d'action devrait être d'assurer la validité de l'existence de KMT et de tous ses actes et opérations avant que cela ne devienne un obstacle au financement du projet d'exploitation des rejets de Kolwezi. Si l'avis juridique obtenu par le CA de KMT confirme notre conclusion, les parties devraient mettre en œuvre le plan d'action recommandé pour remédier à la situation.

Tandis qu'une renégociation du Contrat d'Association n'est pas indiquée, une fois la décision prise d'assainir le statut juridique de KMT, il y a lieu de convenir dans le cadre d'un avenant au Contrat d'Association ou d'un contrat supplémentaire sur les mesures à prendre pour corriger certaines lacunes concernant la validité de l'existence du partenariat, ainsi que pour corriger la cession du PER à KMT, et clarifier les points cités ci dessus.

B. Recommandations pour améliorer la gestion du partenariat

- 1. Etablir les dates certaines.** Il est nécessaire d'établir par correspondance la Date du Transfert, qui est la date à compter de laquelle les délais pour la réalisation des obligations de CMD et les Parties Contribuant au Financement courent. On devrait faire de même pour toutes les autres dates significatives.
- 2. Etablir un calendrier de suivi.** Indiquez toutes les dates significatives pour suivre le progrès du projet et la réalisation des tâches dans les délais convenus.
- 3. Etablir la responsabilité pour le suivi au niveau de la GCM ; et préparer un cahier des charges qui résultent du Contrat d'Association pour en assurer le suivi.**
- 4. Etablir une archive minutieuse de toute la documentation concernant le partenariat.**

- Demander des copies conformes de toute la documentation à laquelle la GCM a droit comme actionnaire représenté au Conseil d'Administration.
- Ne laisser circuler que des copies des documents aux archives.

5. Coordonner avec l'administrateur représentant l'Etat avant toute réunion du Conseil d'Administration.

6. Assurer, avec l'administrateur représentant l'Etat, la liaison entre le partenariat et le Gouvernement, afin d'éduquer le Gouvernement sur les opérations commerciales du partenariat et les avantages pour la nation qui en découlent, ainsi que d'éduquer les partenaires sur les motifs de la politique du Gouvernement et les mesures à prévoir pour éviter des désaccords ou des contraventions.

7. Evaluer les options de la GCM et une stratégie à l'avance en cas de défaillance de la part du partenaire dans ses obligations.