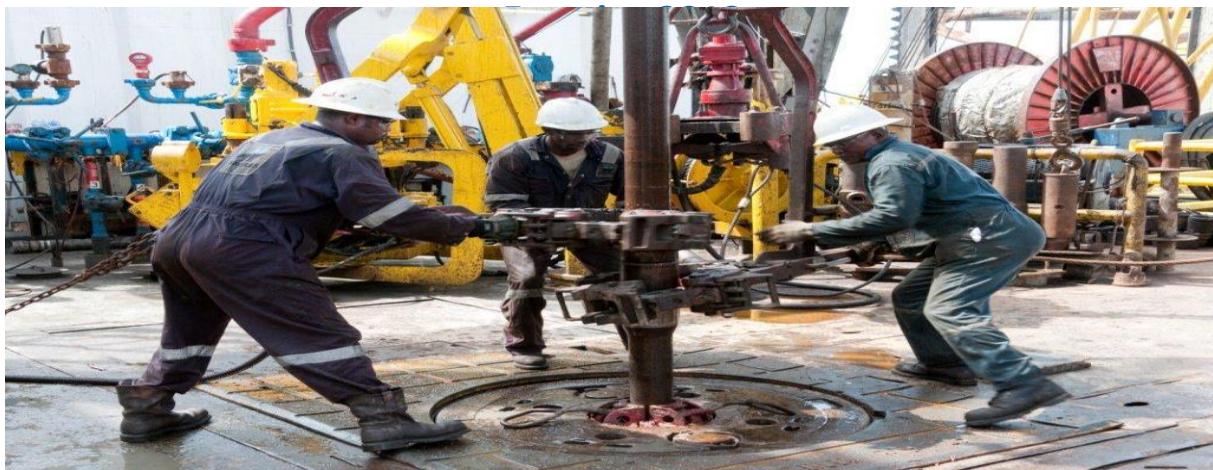


COMITE EXECUTIF DE L'INITIATIVE POUR LA TRANSPARENCE DANS LES INDUSTRIES EXTRACTIVES



NOTE DE CADRAGE DU PROJET PILOTE SUR LA PROPRIETE REELLE DES INDUSTRIES EXTRACTIVES



Mars 2015

Note de Cadrage pour le projet pilote sur la propriété réelle

Contexte

Lors de sa réunion à Oslo en février 2013, le Conseil d'administration de l'ITIE a décidé qu'au terme d'une période de mise à l'essai et d'apprentissage, l'ITIE devrait à l'avenir exiger que la propriété réelle des entreprises pétrolières, gazières et minières actives dans les pays mettant en œuvre l'ITIE soit divulguée.

Tout en prenant note de l'importance de la transparence de la propriété réelle à la fois pour une gouvernance efficace des industries extractives et pour faire échec à la corruption, le Conseil d'administration a reconnu que l'expérience pour aborder ces questions dans le contexte de l'ITIE était limitée, et qu'il fallait donc procéder à un pilotage et à une expérimentation supplémentaires.

En octobre 2013, le Secrétariat international a invité tous les pays mettant en œuvre l'ITIE à participer au projet pilote. Le Burkina Faso, la République démocratique du Congo, le Honduras, l'Irak, la République kirghize, le Libéria, le Niger, le Nigéria, le Tadjikistan, la Tanzanie, Trinité-et-Tobago et la Zambie ont accepté d'y participer.

Les principaux produits du projet pilote attendus de ces pays sont :

- une *Note de cadrage* ; et
- un *Rapport sur les résultats du projet*.

Conformément aux Termes de référence, cette Note de cadrage comprend:

- Un bref survol des principales dispositions du droit des sociétés applicables aux entreprises extractives
- Une liste des entreprises extractives susceptibles de devoir divulguer leurs propriétaires réels.
- Un bref exposé sur les registres de sociétés
- Une définition de la propriété réelle cadrant avec la disposition 3.11(d) (i).
- la méthode et le calendrier proposés pour recueillir des informations sur la propriété réelle
- Un survol de toutes exigences complémentaires existantes ou pendantes, par exemple une législation faisant obligation à de hauts fonctionnaires de divulguer leurs actifs.

1. Bref survol des principales dispositions du droit des sociétés

Il s'agit d'un survol des principales dispositions du droit des sociétés applicables aux entreprises extractives opérant dans le pays, y compris les dispositions prévoyant la tenue de registres des sociétés, et les exigences en matière de déclaration des informations relatives à la propriété réelle de ces dernières. Cet examen pourra mentionner si des obstacles juridiques peuvent empêcher la divulgation d'informations sur la propriété réelle.

En général, le droit positif congolais des sociétés est consacré par l'Acte Uniforme relatif au Droit des Société Commerciales et du Groupement d'Intérêt Economique (l'AUDSC-GIE). Tandis que le Secteur Minier Congolais est régi par la Loi n°007 du 11 juillet 2002 portant Code Minier et par ses mesures d'application contenu dans le Règlement Minier. Le Secteur Pétrolier est, quant à lui, principalement organisé par l'Ordonnance-Loi n°81-013 du 02 avril 1981 portant législation générale sur les mines et les hydrocarbures telle que modifiée et complétée par l'Ordonnance-Loi n° 82-039 du 5 novembre 1982 et par la Loi n° 86-008 du 27 décembre 1986.

En RDC, le Registre des Commerce et du Crédit mobilier, (« RCCM ») est institué par l'article 34 de l'Acte uniforme sur le droit commercial général (« AUDCG »), aux fins notamment de « permettre de satisfaire aux exigences de sécurité, de célérité, **de transparence** et de loyauté nécessaire au développement des activités économiques».

Cependant, tels qu'il existe à ce jour, le RCCM ne contient pas assez d'information et n'offre pas la possibilité d'inscrire l'information sur le « propriétaire réel » des sociétés, minières, pétrolières et gazières. Il en est de même pour les registres tenus au Secrétariat Général du Ministère des Hydrocarbures et au niveau du Cadastre Minier (CAMI) qui ne donnent pas non plus des éléments d'identification des propriétaires réels des entreprises évoluant dans le secteur extractif congolais.

En ce qui concerne les obstacles juridiques pouvant entraver la divulgation des informations relatives à la propriété réelle, il sied de relever que le droit congolais admet que le propriétaire peut démembrer son droit exclusif sur la chose, actions ou parts sociales dans une société minières, pétrolière ou gazière, au profit d'un tiers usufruitier, gardant de ce fait la nue-propriété. Ceci peut se faire de manière légale et transparente.

2. Entreprises du périmètre de divulgation de la propriété réelle

Les Termes de référence de la propriété réelle stipulent que le Groupe multipartite doit dresser une liste des entreprises extractives titulaires de licences de prospection ou d'exploitation de pétrole, de gaz ou de minéraux, susceptibles de devoir divulguer leurs propriétaires réels. Le Groupe multipartite peut souhaiter mentionner également si les entreprises sont immatriculées dans le pays ou à l'étranger. Il est aussi invité à identifier la structure juridique des entreprises immatriculées dans le pays, c.-à-d. qu'il doit mentionner si l'entreprise est une société anonyme, une société à responsabilité limitée, une société limitée par garantie, etc.

Ainsi, dans le cadre de la RDC, le périmètre des entreprises retenues pour la divulgation de la propriété réelle se présente de la manière suivante :

| ENTREPRISES PETROLIERES | |
|-------------------------|--|
| 1 | PERENCO RECHERCHE ET EXPLOITATION PETROLIERE |
| 2 | LIREX |
| 3 | MUANDA INTERNATIONAL OIL COMPANY |
| 4 | TEIKOKU OIL |
| 5 | CHEVRON ODS |
| 6 | TOTAL RDC |
| 7 | SEMLIKI OIL |
| 8 | SOCO RDC |
| 9 | ENERGULF |
| 10 | OIL OF DR CONGO |
| 11 | CAPRIKAT CONGO |
| 12 | FOXWELP CONGO |
| 13 | ENI RD CONGO |
| 14 | SURESTREAM RDC |
| 15 | GLENCORE |
| 16 | IBOS |
| 17 | NESSERGY RDC |
| 18 | DIVINE INSPIRATION GROUP |
| 19 | INPEX |
| 20 | KINREX |
| 21 | SOCIETE CONGOLAISE DE RECHERCHE ET D'EXPLOITATION PETROLIERE |
| 22 | SOCIETE DE RECHERCHE ET D'EXPLOITATION DU LITTORAL CONGOLAIS |
| 23 | JAPENESE OIL COMPANY |
| 24 | SOCIETE DU LITTORAL CONGOLAIS |
| | PERENCOREP |
| | LIREX |
| | MIOC |
| | TEIKOKU |
| | ODS |
| | TOTAL |
| | SEMLIKI |
| | SOCO |
| | ENERGULF |
| | OIL OF RDC |
| | CAPRIKAT |
| | FOXWELP |
| | ENI |
| | SURESTREAM |
| | GLENCORE |
| | IBOS |
| | NESSERGY |
| | DIVINE |
| | INPEX |
| | KINREX |
| | SOCOREP |
| | SOREPLICO |
| | JAPECO |
| | SOLICO |

ENTREPRISES MINIERES

| | | |
|----|--|----------|
| 1 | TENKE FUNGURUME MINING | TFM |
| 2 | KAMOTO COPPER COMPANY | KCC |
| 3 | MUTANDA MINING | MUMI |
| 4 | BOSS MINING | BOSS |
| 5 | RUASHI MINING | RUMI |
| 6 | ANVIL MINING COMPAGNY KINSEVERE (AMCK --> MMG KINSEVERE | AMCK |
| 7 | CHEMICAL OF AFRICA | CHEMAF |
| 8 | SOCIETE D'EXPLOITATION KIPOI | SEK |
| 9 | CONGO DONGFANG INTERNATIONAL MINING | CDM |
| 10 | GROUPE BAZANO | BAZANO |
| 11 | ANVIL MINING CONGO | AMC |
| 12 | SHITURU MINING COMPANY | SMCO |
| 13 | SOCIETE MINIERE DU KATANGA | SOMIKA |
| 14 | COMPAGNIE MINIERE DU SUD-KATANGA | CMSK |
| 15 | SOCIETE MINIERE DE KABOLELA ET KIPESSE | SMKK |
| 16 | NAMOYA MINING SARL | NAMOYA |
| 17 | TWANGIZA MINING | TWANGIZA |
| 18 | FRONTIER | FRONTIER |
| 19 | MINING MINERAL RESOURCES (MMR) | MMR |
| 20 | GROUPEMENT DU TERRIL DE LUBUMBASHI | GTL |
| 21 | SOCIETE DE TRAITEMENT DE TERRIL DE LUBUMBASHI | STL |
| 22 | CONGO INTERNATIONAL MINING CORPORATION SPRL | CIMCO |
| 23 | HUACHIN METAL LEACH SPRL | |
| 24 | RUBAMIN | |
| 25 | HUACHIN MINING SPRL | |
| 26 | METAL MINES | |
| 27 | SOCIETE GOLDEN AFRICA RESSOURCES SPRL | GAR |
| 28 | JMT | JMT |
| 29 | FEZA MINING | FEZA |
| 30 | BOLFAST | |
| 31 | EXPLOITATIONS ARTISANALES DU CONGO | EXACO |
| 32 | COMPANY MINIERE DE DILALA SPRL | CMD |
| 33 | CONGO JINJUN CHENG MINING COMPAGNY | |
| 34 | KANSUKI SPRL | KANSUKI |
| 35 | COMPAGNIE MINIERE DE LUISHA | COMILU |
| 36 | KIBALI GOLD MINES | KIBALI |
| 37 | LA CONGOLAISE DES MINES ET DE DEVELOPPEMENT SPRL | COMIDE |
| 38 | LA MINIERE DE KALUMBWE MYUNGA | MKM |
| 39 | ENTREPRISE GENERALE MALTA FOREST | EGMF |
| 40 | AFRICAN MINERALS | BARBADOS |
| | | AGK |
| 41 | ASHANTI GOLDFIELDS KILO SARL | |

ENTREPRISES MINIERES

| | | |
|----|---|--------------|
| 42 | LA MINIERE DE KASOMBO | MIKAS |
| 43 | KINSENDA COPPER COMPANY (KICC - EX-MMK) | KICC |
| 44 | LONG FEI MINING (INCL. AMODIATION KIMPE N-S) | LONG FEI |
| 45 | SOCIETE D'EXPLOITATION DES GISEMENTS DE KALUNKUNDI | SWANMINES |
| 46 | SOCIETE MINIERE DE MOKU - BEVEREND | SMB |
| 47 | SODIFOR SPRL | SODIFOR |
| 48 | KIPUSHI CORPORATION | KICO |
| 49 | ORAMA | ORAMA |
| 50 | RIO TINTO CONGO S.P.R.L | |
| 51 | LONCOR RESOURCES CONGO SPRL | LONCOR |
| 52 | PHELPS DODGE CONGO | |
| 53 | MWANA AFRICA CONGO GOLD | MIZACO |
| 54 | KISANFU MINING SPRL | KIMIN |
| 55 | COMPAGNIE DE MUSONOIE GLOBAL SPRL (*) | COMMUS |
| 56 | SOCIETE DE DEVELOPPEMENT INDUSTRIEL ET MINIER DE KATANGA (*) | SODIMIKA |
| 57 | SOCIETE DE BEERS DRC EXPLORATION SPRL (*) | DE BEERS |
| 58 | MINES D'OR DE KISENGE SPRL (CLUFF MINING) (*) | MDDK |
| 59 | SOCIETE D'EXPLOITATION DE LA CASSITERITE AU KATANGA SPRL (*) | SECAKAT |
| 60 | CHABARA SPRL (*) | CHABARA |
| 61 | LA SINO CONGOLAISE DES MINES (**) | SICOMINES |
| 62 | SOMIMI (**) | SOMIMI |
| 63 | MINERAL INVEST INTERNATIONAL CONGO (**) | WANGA MINING |
| 64 | ALSESY TRADING SPRL (**) | ALSESY |
| 65 | BON GENI K. MINING (**) | BK MINING |
| 66 | COMPAGNIE MINERE DE TONDO (**) | CMT |
| 67 | COMPAGNIE MINIERE DE KAMBOVE (**) | COMIKA |
| 68 | GIRO GOLD (**) | |
| 69 | SOCIETE D'EXPLORATION MINIERE DU HAUT KATANGA (*) | SEMHKA |
| 70 | MAGMA MINERALS (*) | |
| 71 | KGL-SOMITURI (Société Minière de l'ITURI) (*) | KGL-SOMITURI |
| 72 | SOCIETE LUGUSHWA MINING S.A.R.L (*) | LUGUSHWA |
| 73 | SOCIETE KAMITUGA MINING S.A.R.L (*) | KAMITUGA |
| 74 | COMPAGNIE MINIERE SAKANIA (*) | COMISA |
| 75 | SOCIETE D'EXPLOITATION DES REJETS DE KINGAMYAMBO (*) | METALKOL |
| 76 | SOCIETE MINIERE DE KOLWEZI (*) | |
| 77 | SOCIETE D'EXPLOITATION DES GISEMENTS DE MALEMBWA NKULU SPRL (*) | SEGMAL |
| 78 | SOCIETE IMMOBILIERE DU CONGO (**) | SIMCO |

3. Bref exposé sur les Registres des titres miniers et des hydrocarbures

Le Groupe Multipartite doit présenter un bref exposé sur les registres de sociétés qui existent dans le pays (aussi bien les registres des sociétés que les registres des détenteurs de licences), y compris sur l'information qu'ils contiennent et si cette information est accessible au public.

- **Secteur Minier**

Dans le secteur minier, le Cadastre Minier (CAMI) de la République Démocratique du Congo dispose d'un Registre des titulaires des licences accessible au public sur son site Web qui contient des informations suivantes concernant chaque licence octroyée aux entreprises :

- Le ou les détenteur(s) de licences ;
- Les coordonnées de la zone concernée ;
- La date de la demande et de l'octroi de la licence ainsi que sa durée ;
- Dans le cas de licences d'exploitation, les matières premières produites.

Ce registre contient des informations au sujet des licences détenues par tous les entreprises, individus ou groupes, y compris ceux qui ne sont pas mentionnés dans le rapport ITIE.

La procédure d'attribution ou de transfert des licences aux entreprises est régie par les Articles 33 à 49 du Code Minier et par les Articles 43 à 66 du Décret N° 038/2003 du 26 mars 2003 portant règlement minier.

Cependant, lorsqu'on examine le registre des titres miniers qui est disponible sur le site du Cadastre Minier, on constate que, lorsque les titres sont donnés en amodiation, le nom de l'amodiataire n'est pas visible dans le registre ; seulement le nom du propriétaire est apparent. Ce qui ne permet pas aux tiers d'être au courant des opérations d'amodiation conclues par les entreprises minières.

- **Secteur des Hydrocarbures**

Le Ministère des hydrocarbures dispose également d'un Registre des permis contenant, comme pour le Cadastre Minier, toutes les informations sur les permis et leurs titulaires.

Le problème qui se pose ici c'est que ce registre, bien qu'accessible au public, demeure manuel. Cependant, sur recommandation du Groupe Multipartite, le Ministère des hydrocarbures s'applique à rendre accessible sur le site son registre des permis pour ainsi respecter l'Exigence 3.9 de la Norme ITIE.

4. Définition de la propriété réelle cadrant avec la disposition 3.11(d) (i).

De prime abord, il sied de dire que le droit congolais ne contient nullement de définition des termes « propriétaires réels » ou « bénéficiaires effectifs » de

sociétés. Ceci nous pousse à rechercher une telle définition à partir de certains critères.

Critères entrant en ligne de compte pour la définition des termes «propriétaire réel» des sociétés minières, pétrolières et gazières.

La définition de propriétaire réel des sociétés minières, pétrolières et gazières, entendu comme « Bénéficiaire effectif », ou « Propriétaire bénéficiaire », est à rechercher dans le contrôle de la société par l'appropriation des parts sociales ou actions qui constituent le capital social et dans la déterminations des personnes non apparentes, propriétaires des actions ou parts sociales des telles sociétés ou en exerçant un contrôle effectif.

1. Contrôle des sociétés minières, pétrolières et gazières par la possession du capital social.

Il importe de préciser la genèse ou l'origine même des parts sociales ou des actions (1.1) afin de mieux déterminer le Contrôle de la société par la possession de la majorité des parts sociales ou des actions (1.2), le Contrôle de la société par la possession des actions de priorités ou actions privilégiées ou actions de préférence (1.3) et le Contrôle de la société par la possession des actions à vote double et/ou à vote plural (1.4).

1.1. Genèse de possession des parts sociales ou actions dans les sociétés minières, pétrolières et gazières

Il importe de rappeler qu'à l'origine des sociétés commerciales, les associés qui veulent fonder une société, doivent notamment satisfaire à une des exigences légales requises pour sa constitution.

En effet, cette exigence a trait aux apports à faire à la société par les associés ou par l'associé unique dans le cas des sociétés unipersonnelle. La société étant un contrat entre associés, il est exigé des futurs associés, de faire apport à la société en formation.

Le droit positif congolais des sociétés, l'AUDSC-GIE, dispose à l'article 37 alinéa 1er que : « chaque associé doit faire apport à la société ». L'alinéa 2 de l'article 37 ci-dessus ajoute que l'apport de chaque associé peut être, soit en numéraire, soit en nature, ou encore en industrie. Il conviendrait de noter que ces apports sont des biens meubles par la détermination de la loi.

Sous l'ancienne législation des sociétés commerciales du secteur minier et pétrolier, les associés prenaient le plus souvent la forme des sociétés par action à responsabilité limitée (SARL) ou les sociétés privée à responsabilité limitée (SPRL) et ce, en raison notamment de l'importance et du volume des investissements.

Le droit positif congolais en vigueur a introduit, à l'exception de sociétés en nom collectif, sociétés en commandite simple et sociétés anonymes qui existaient déjà sous la loi abrogée, des nouvelles formes de sociétés qui n'existaient pas sous l'ancienne législation en matière de sociétés. En effet, l'article 6 de l'AUDSC-GIE dispose : « Sont commerciales à raison de leur forme et quel que soit leur objet, les sociétés (...) à responsabilité limitée (SARL), les sociétés par actions simplifiées (SAS). »

Les associés ont donc la liberté de choix à opérer sur la forme des sociétés qu'ils souhaiteraient constituer, dans le cas de sociétés à créer, ou de transformer en l'une de formes des sociétés choisies par eux et conformer ou harmoniser les statuts de leurs sociétés préexistantes aux dispositions impératives de l'AUDSC-GIE en vigueur en choisissant l'une des formes prévues.

L'article 51 de l'AUDSC-GIE stipule que : « la société émet des titres sociaux en contre partie des apports faits par les associés. Ces titres sociaux représentent les droits des associés et sont dénommés "actions" dans les sociétés par actions, et "parts sociales" dans les autres sociétés. »

L'obligation ainsi faite aux associés de faire apport à la société nous amène à considérer la question des « propriétaires réels » ou « bénéficiaires effectifs » de l'entité juridique créée. Comme dans les sociétés commerciales œuvrant dans les secteurs autres que des mines et des hydrocarbures, l'identité des propriétaires réels ou des bénéficiaires effectifs de sociétés du secteur minier et pétrolier est à rechercher dans la possession de la majorité des parts sociales ou des actions constitutifs du capital social et dans les droits qui découlent de la souscription au capital social.

1.2. Contrôle de la société par la possession de la majorité des parts sociales ou des actions

Aux termes de l'article 53 de l'AUSC-GIE, les parts sociales ou les actions dans les sociétés confèrent à leur titulaire, les droits et obligations ci-après : le droit aux bénéfices réalisés par la société, le droit sur les actifs nets de la société lors de leur répartition, l'obligation de contribuer aux pertes sociales dans les conditions

prévues pour chaque forme de sociétés, le droit de participer aux Assemblées Générales et le droit de vote. Seuls les droits aux dividendes et le droit de participer aux assemblées générales et d'y voter nous intéressent dans le cadre du présent travail.

En effet, le droit aux dividendes est donc une véritable prérogative d'ordre pécuniaire des actionnaires dans une société donnée. Le principe est que la répartition de dividendes se fait conformément aux dispositions statutaires et, dans le silence des statuts, elle est proportionnelle aux apports de chaque actionnaire. A chaque action, est donc attaché un droit au dividende proportionnel à la quotité du capital qu'elle représente¹.

A son tour, le droit de participer aux assemblées générales et d'y prendre part aux votes est à la base du processus de décision, de la création d'une expression propre et unifiée de la société en tant qu'institution. Il est l'unique moyen pour un associé d'influer sur la gestion de la société en approuvant ou en rejetant certaines décisions sociales et en nommant les dirigeants de la société. Le droit de vote de chaque associé est proportionnel à sa participation au capital de la société².

Somme toute, l'on conviendrait que la hauteur des dividendes devant être perçus par chaque associé ainsi que la capacité pour un associé d'influer sur les décisions de la société sont tributaires du nombre de parts sociales ou d'actions qu'elle détient au sein de la société, en ce que le principe de la proportionnalité serait donc à la base pour déterminer tant le bénéficiaire effectif des avantages économiques de la société, que l'associé qui influe sur toutes les décisions qui devront être prises au sein de la société.

La possession de la majorité des actions ou des parts dans le capital social d'une société est à considérer dans le critère permettant de dégager la définition de « propriétaire réel » des sociétés minières, pétrolières ou gazières.

C'est de cette même façon que se définissent, tant dans le droit des hydrocarbures que dans le droit minier congolais, les termes de sociétés affiliées qui permettent, entre autres, à l'administration de constater les liens juridiques existants entre différentes sociétés évoluant dans le secteur extractif en RDC, soit en termes d'actionnariat ou de pouvoir de décisions dans les Assemblées Générales.

¹ Article 754 de l'AUDSC-GIE.

² Article 129 de l'AUSCGIE.

En effet, aux termes de l'article 1.47 du Code minier, la société affiliée est entendue comme « toute société qui détient directement ou indirectement plus de 50% des droits de vote du titulaire ou celle dans laquelle des droits de vote sont détenus directement ou indirectement par le titulaire. Ce terme désigne également toutes les sociétés qui ont la caractéristique commune d'avoir plus de 50% de leurs droits de vote détenus directement ou indirectement par une société qui en détient ce pourcentage du titulaire, directement ou indirectement ».

Les CPP conclus par la RDC et en cours de validité retiennent généralement comme société affiliée ou filiale, toute société :

- (a) Dans laquelle plus de cinquante pourcent (50%) des droits de vote dans les Assemblées Générales ordinaires des actionnaires ou associés sont détenus directement ou indirectement par l'une des entités du contractant ;
- (b) Qui détient directement ou indirectement, plus de 50% des droits de vote dans les Assemblées de l'une des entités du contractant ;
- (c) Dont les droits de vote dans les Assemblés sont détenus pour plus de 50% par une société qui détient elle-même directement ou indirectement, plus de 50% des droits de vote dans les Assemblées de l'une des entités du contractant ;
- (d) Dans laquelle plus de 50% de droits de vote dans les Assemblées sont détenus directement ou indirectement par une société ou par plusieurs sociétés ;
- (e) Qui détient directement ou indirectement plus de 50% des droits de vote du titulaire ou celle dans laquelle des droits de vote sont détenus directement ou indirectement par le titulaire³.

Il est à relever que la notion de sociétés affiliée ou de filiale dans le secteur minier et des hydrocarbures se rapproche à celle de société mère et de filiale dans le droit OHADA applicable à toutes les sociétés de droit congolais. En effet, « une société est société mère d'une autre quand elle possède dans la seconde plus de la moitié du capital. La seconde société est la filiale de la première »⁴.

³ Art 1.32 du CPP, 16/11/2005, RDC et l'Association Energuf Africa Ltd-Cohydro sur la ZERE Block-Lotshi ; Art 1.33 du CPP, 07/10/2006, RDC et l'Association South Africa Congo Oil- Cohydro sur la ZERE Offshore Profond congolais-couloir maritime; Art 1.33 du CPP, 11/2007, RDC et l'Association South Africa Congo Oil- Cohydro sur la ZERE Block-III Graben du Albertine de la RDC ; Art 1.32 du CPP, 05/05/2010, RDC et l'Association Capricat Limited et Foxwhelp Limited sur la ZERE Blocks-I et II du Graben Albertine de la RDC ; Art 1.32 du CPP, 16/11/2010, RDC et l'Association Surestream Petroleum-Cohydro sur la ZERE Blocks Yema et Matamba-Makanzi; Art 1.41 du CPP, 05/12/2005, RDC et l'Association Dominion Petroleum Congo, et Cohydro sur la ZERE Blocks Bloc V du Graben Albertine.

⁴ Art 1. Art 179 de l'AUDSC-GIE.

Cette notion se rapproche-t-elle aussi de la notion de « entité liée » retenue dans l'accord entre le Canada et les Etats-Unis d'Amérique du 5 Février 2014 en vue d'améliorer l'observation fiscale à l'échelle internationale qui considère qu'une entité est liée à une autre entité « si l'une des deux entités contrôle l'autre ou si les deux entités sont sous contrôle commun. A cette fin, le contrôle comprend la détention directe ou indirecte de plus de 50% des droits de vote ou de la valeur d'une entité »⁵.

Cependant, l'on serait à ce stade tenter de conclure hâtivement que la possession de la majorité des actions ou des parts dans le capital social d'une société est le seul ou mieux le meilleurs critère pour définir les termes « propriétaire réel » dans la mesure où il est légalement organisé plusieurs atteintes au principe proportionnel au sein des sociétés.

En effet, l'existence de certaines catégories d'actions affaiblit fortement le principe proportionnel au sein des sociétés. Il s'agit des actions de priorité, des actions privilégiées ou des actions de préférence d'une part et d'autre part, des actions à vote double et/ou à vote plural.

1.3. Contrôle de la société par la possession des actions de priorités, actions privilégiées ou actions de préférence

Les actions de priorités, les actions privilégiées ou actions de préférence sont celles qui confèrent des avantages par rapport aux autres dénommées alors actions ordinaires, en ce qu'elles attribuent à leur titulaire, une quotité supérieure dans les bénéfices sociaux ou dans le boni de liquidation, ou encore un droit de priorité dans les dividendes.

Ainsi, par exemple, dans le cas où le bénéfice serait maigre, il peut être prévu qu'il sera tout de même accordé aux actions de priorités, un dividende en première distribution, même si les actions ordinaires ne reçoivent rien, et que ce dividende privilégié pourra même être « récupérable » sur un exercice ultérieur avant tout dividende quelconque pour toutes autres actions.

Aussi, l'avantage assorti presque toujours aux actions de priorité est le droit privilégié quant au remboursement à la dissolution de la société, et cet avantage est même plus caractéristique des actions de priorité, que celui en matière de distribution annuelle des bénéfices.

⁵ Supra , paragraphe 92.

Les actions de priorité confèrent donc des droits spécifiques qui n'ont pas été assortis aux actions ordinaires. D'un point de vue juridique, les actions de priorité ou de préférences trouvent ainsi leur légalité dans les dispositions des articles 755 et 778-1 et suivants qui reconnaissent qu' « il peut être créé des actions de préférence, avec ou sans droit de vote, jouissant d'avantages par rapport à toutes les autres actions et assorties des droits particuliers de toute nature, à titre temporaire ou permanent ».

Les actionnaires, titulaires de cette catégorie d'actions, tirent donc des avantages économiques spéciaux non consentis aux autres actionnaires et au détriment de ceux-ci. Il s'agit là d'un critère supplémentaire qui rentre en ligne de compte dans la recherche de la définition des termes « propriétaire réel » des sociétés minières ou pétrolières. Les propriétaires de telles actions, même si ils ne détiennent pas la majorité du capital, exercent un contrôle effectif de la société et décident sur les revenus générés par les entreprises minières, pétrolières et gazières de leurs activités extractives en RDC.

1.4. Contrôle de la société par la possession des actions à vote double et/ou à vote plural

Il est relevé ci-dessus que conformément aux prescrits de l'article 129 de l'AUSC-GIE, la logique juridique voudrait qu'au sein des Assemblées Générales, le droit de vote de chaque associé soit proportionnel à sa participation au capital de la société. Une action équivaut à une voix.

Cependant, les actions à vote double et/ou à vote plural déroge fortement à cette règle, en ce que lors de vote au sein des Assemblées Générales des sociétés, chacune de ces actions vaut le double ou même plus, de voix reconnues ou attribuées à toutes les autres actions de la société.

D'un point de vue juridique, cette pratique est légalement admise dans les Sociétés Anonymes, en ce qu'elle est consacrée expressis verbis par les dispositions de l'article 544 alinéa 1er qui dispose ce qui suit : « Un droit de vote double de celui conféré aux autres actions, eu égard à la quotité du capital social qu'elles représentent, peut être attribué, par les statuts ou par une assemblée générale extraordinaire ultérieure, à toutes les actions entièrement libérées pour lesquelles il sera justifié d'une inscription nominative depuis deux ans au moins, au nom d'un actionnaire ».

Il découle de cet article que la détention de la majorité des actions ne permet pas nécessairement à l'actionnaire majoritaire d'influer sur les décisions prises par les organes de la société, dont l'assemblée générale, ou mieux avoir le contrôle de la société. L'on en déduit donc que le (s) titulaire (s) des actions à vote double, bien que ne détenant pas la majorité des actions d'une société, peuvent, compte tenu du nombre de leur voix lors de vote dans les assemblées générales, avoir à influer sur toutes les décisions de la société.

Il s'agit là d'un contrôle effectif de la société, minière ou pétrolière, qui permet aux propriétaires de telles actions, même s'ils ne détiennent pas la majorité du capital, de décider sur les revenus générés par les entreprises minières, pétrolières et gazières de leurs activités extractives en RDC.

Comme pour la possession des actions de priorités, les actions privilégiées ou actions de préférence, la possession des actions à vote double et/ou à vote plural est donc un critère qui permettra de définir la notion de «propriétaire réel» des sociétés, minières ou pétrolières soient-elles.

2. Enoncé de la définition

En considération des références, indices et critères rappelés ci-dessus, des objectifs du Projet Pilote et de l'Exigence 3.11 de la Norme ITIE, le Comité Exécutif de l'ITIE-RDC a adopté, après avoir parcouru l'ensemble des dispositions légales et réglementaires en vigueur en RDC, la définition de propriétaire réel d'une société minière, pétrolière et gazière en ces termes:

« Pour le besoin de la transparence dans les industries extractives, on entend par « **propriétaire réel** » d'une société minière, pétrolière ou gazière, **tout bénéficiaire effectif**:

- a) des revenus générés ou réalisés des ventes, cession ou aliénation des produits marchands par les titulaires ou détenteurs d'une licence, d'une autorisation ou d'un permis d'exploitation minière ou d'un agrément au titre d'entité de traitement et de transformation en vertu de ces licence, autorisation, permis ou agrément;
- b) des revenus générés ou réalisés des ventes, cession ou aliénation des parts des hydrocarbures liquides par les contractants ou des parts d'intérêt d'un contractant en vertu des conventions pétrolières ou gazières;
- c) des revenus de tous genres, autres que les coûts pétroliers, réalisés ou générés par la société opératrice dans les blocks pétroliers ou gaziers en exécution

des termes des conventions, des lois ou règlements applicables aux travaux pétroliers ou gaziers réalisés par ladite société opératrice.

Par **bénéficiaire effectif**, on entend toute personne physique qui, directement ou indirectement, par tous procédés et même par des artifices légalement admis:

- a) Exerce en dernier ressort un contrôle effectif sur une société, ou
- b) Détiennent un intérêt quelconque ou tire un avantage pécuniaire substantiel de la société, au détriment d'autres actionnaires ou associés.

Par **contrôle effectif**, on entend le fait pour :

- a) la ou les personnes physiques qui, en dernier lieu, possèdent ou contrôlent directement ou indirectement un pourcentage suffisant d'actions ou de droits de vote dans cette entité juridique, y compris par le biais d'actions au porteur, autre qu'une société cotée sur un marché réglementé qui est soumise à des obligations de publicité conformes des normes internationales équivalentes. Un pourcentage de 25 % des actions plus une est une preuve de propriété ou de contrôle par participation, qui s'applique à tout niveau de participation directe ou indirecte;
- b) la ou les personnes physiques qui, en dernier lieu, sans posséder un pourcentage suffisant d'actions ou de droits de vote dans cette entité juridique, contrôlent directement ou indirectement la société par la possession des actions de priorité, des actions privilégiées ou actions de préférence et/ou par la possession des actions à vote double ou à vote plural;

5. Méthodologie de la collecte des informations sur la propriété réelle

- **Recherche d'une définition de la propriété réelle**

Après avoir passé en revue les Termes de référence du projet pilote sur la propriété réelle, la première étape pour le Groupe Multipartite a consisté à rechercher une définition, juridiquement acceptable, du « Propriétaire réel » des entreprises minières, pétrolières et gazières qui devra être conforme aux normes internationales en la matière et à la législation et réglementation nationales. La démarche suivie pour y parvenir est celle qui est décrite au point 4 ci-dessus.

- **Examen de l'information disponible sur la propriété réelle**

Au stade actuel, la RD-Congo ne tient pas un registre public des propriétaires réels des entreprises qui soumissionnent, opèrent et investissent dans le secteur extractif,

incluant l'identité de leur(s) propriétaire(s) réel(s). Seules les informations sur la propriété juridique des entreprises sont disponibles.

A ce propos, les Termes de référence prévoient que « lorsque ce registre n'existe pas, ou est incomplet, il est recommandé que les pays mettant en œuvre l'ITIE demandent aux entreprises participant au processus ITIE de fournir les informations sur leurs propriétaires réels pour les intégrer dans le rapport ITIE » (disposition 3.11 [b])

- **Informations à divulguer**

Faute de registre public des propriétaires réels des entreprises, et conformément aux TDR évoqués ci-dessus, la collecte des informations sur la propriété réelle est à effectuer sur base de trois types de formulaires qui seront envoyés aux entreprises pour obtenir d'elles des informations qui y sont détaillées respectivement sur la participation des Entreprises du Portefeuille de l'Etat dans les Industries extractives, la structure du capital (propriété juridique ou actionnariat) et sur la propriété réelle.

Ces formulaires se trouvent en annexe de la présente Note.

- **Identification des Entités déclarantes**

Le Groupe Multipartite a décidé que seules les entreprises du périmètre du rapport ITIE-RDC 2012, et auxquelles cela est applicable, seront soumises à l'obligation de divulguer les propriétaires réels, voir la liste au point 2 ci-haut. Sont exclues de cette liste, les Entreprises du Portefeuille de l'Etat et les entreprises en liquidation ou en cessation d'activités.

- **Fiabilisation de l'information**

Le mécanisme de fiabilisation de l'information adopté par le Groupe Multipartite consiste en ce que le haut responsable de l'entreprise signe le formulaire de déclaration pour attester que les informations qu'il contient sont sincères et exactes.

- **Ponctualité de l'information**

Le Groupe multipartite a requis la divulgation des informations relatives à la propriété réelle correspondant à la date du 31 décembre 2012.

6. Survol d'exigences complémentaires existantes ou pendantes

Il s'agit par exemple d'une législation faisant obligation à de hauts fonctionnaires de divulguer leurs actifs.

En République Démocratique du Congo, l'obligation à de hauts fonctionnaires de divulguer leurs actifs est consacrée par l'article 99 de la Constitution qui

stipule : « Avant leur entrée en fonction et à l'expiration de celle-ci, le Président de la République et les membres du Gouvernement sont tenus de déposer, devant la Cour constitutionnelle, la déclaration écrite de leur patrimoine familial, énumérant leurs biens meubles, y compris actions, parts sociales, obligations, autres valeurs, comptes en banque, leurs biens immeubles, y compris terrains non bâtis, forêts, plantations et terres agricoles, mines et tous autres immeubles, avec indication des titres pertinents. »

La présente Note de Cadrage sert de base établie par le Groupe Multipartite au lancement de la collecte des informations sur la propriété réelle des entreprises minières et pétrolières du périmètre 2012 concernées. Cette collecte, on l'a dit, se fera au moyen de formulaires de déclaration en annexe.

Annexes

1. Formulaire de déclaration de la participation de l'Etat dans les Industries Extractives
2. Formulaire de déclaration de la structure du capital
3. Formulaire de déclaration de la propriété réelle

Comité Exécutif

DETAIL DES PARTICIPATIONS DE L'ETAT DANS LES ENTREPRISES EXTRACTIVES

Période couverte : 1^{er} janvier au 31 décembre 2012

FORMULAIRE A REMPLIR PAR LE MINISTERE DU PORTEFEUILLE

| Entreprises Extractives | NIF | % Participation au 31/12/2011 | % Participation au 31/12/2012 | En cas de changement du % participation | | | | Engagements attachés à la participation | |
|-------------------------|-----|-------------------------------|-------------------------------|--|--------------------------|---|--|--|--|
| | | | | Nature de la transaction <i>(A remplir uniquement en cas de variation entre 2011 et 2012)</i> | Valeur de la transaction | Modalités de paiements (comptant ou autre à préciser) | Acquereur <i>(A remplir uniquement en cas de cession)</i> | Y'a-t-il un engagement de couvrir une partie des dépenses/coût du projet ? | Les termes attachés à la participation |
| | | | | | | | | | |
| | | | | | | | | | |
| | | | | | | | | | |
| | | | | | | | | | |
| | | | | | | | | | |
| | | | | | | | | | |
| | | | | | | | | | |

Attestation de la Direction de l'entité déclarante

Je soussigné pour et au nom de l'entité déclarante que les informations contenues dans la déclaration ci-attachée sont correctes et fiables.

Nom du représentant légal

Position

Signature et tampon

Comité Exécutif

DETAIL DE LA STRUCTURE DE CAPITAL DES ENTREPRISES EXTRACTIVES

Période couverte : 1^{er} janvier au 31 décembre 2012

Ce formulaire est destiné uniquement aux entreprises extractives

| PARTICIPATIONS AU 31/12/2012 | | Nom/Entité | % Participation | Nationalité de l'Entité | Coté en bourse (oui/non) | Place boursière | Propriétaires et % de détention (A remplir uniquement si l'entité n'est pas cotée) |
|--|---|------------|-----------------|-----------------------------------|--------------------------|-----------------|--|
| Participation publique (Etat -Puissance publique) | 1 | N/A | | N/A | N/A | N/A | N/A |
| Participation publique (Etat-Entreprise publiques) | 1 | | | N/A | N/A | N/A | N/A |
| | 2 | | | N/A | N/A | N/A | N/A |
| % participation des Entités privées | 1 | | | | | | |
| | 2 | | | | | | |
| | 3 | | | | | | |
| | 4 | | | | | | |
| | 5 | | | | | | |
| | | | 0% | <i>Le total doit être de 100%</i> | | | |

Attestation de la Direction de l'entité déclarante

Je soussigné pour et au nom de l'entité déclarante que les informations contenues dans la déclaration ci-attachée sont correctes et fiables.

Nom du représentant légal

Position

Signature et tampon

Comité Exécutif

Propriété réelle

FORMULAIRE DE DECLARATION DE LA PROPRIETE REELLE

Période couverte : 1^{er} janvier au 31 décembre 2012

Ce formulaire est destiné uniquement aux entreprises extractives

Définition de la propriété réelle

Conformément à l'Exigence 3.11(d).i de la Norme ITIE, un propriétaire réel d'une entreprise est la (ou les) personne(s) physique(s) qui, directement ou indirectement, possède(nt) ou exerce(nt) en dernier ressort le contrôle de l'entité juridique. **Les entreprises cotées en bourse, y compris leurs filiales en propriété exclusive, ne sont pas tenues de divulguer les informations concernant leur(s) propriétaire(s) réel(s). Dès lors, les entreprises cotées en bourse ou leurs filiales exclusives ne sont pas tenues de remplir ce formulaire.**

Déclaration de propriété réelle

Conformément à la définition de la propriété réelle, le(s) propriétaire(s) réel(s) de [l'entreprise] en date du 31/12/2012 est/sont :

| Identité du propriétaire réel (1) | Informations sur la manière dont la propriété est détenue ou dont le contrôle de l'entreprise est exercé | | | | Date d'acquisition de la propriété réelle | Moyens de contact |
|--|--|-----------------------------|-------------------------------|---------------------------------|--|-----------------------------|
| <p>[Nom complet, tel qu'il figure sur la carte d'identité nationale]</p> <p>[Date de naissance et/ou numéro d'identification national]</p> <p>[Nationalité]</p> <p>[Pays de résidence]</p> | Par actions | Par un % des droits de vote | Autres | [date] | [adresse résidentielle ou de service] | [autres détails de contact] |
| | [nombre d'actions] | [% d'actions] | [% de droits de vote directs] | [% de droits de vote indirects] | [Si le contrôle de l'entreprise s'exerce par d'autres moyens, ils doivent être détaillés ici.] | |
| Identité du propriétaire réel (2) | Informations sur la manière dont la propriété est détenue ou dont le contrôle de l'entreprise est exercé | | | | Date d'acquisition de la propriété réelle | Moyens de contact |

Comité Exécutif

| | Par actions | Par un % des droits de vote | Autres | [date] | [adresse résidentielle ou de service] |
|---|--------------------|-----------------------------|-------------------------------|---------------------------------|--|
| [Nom complet, tel qu'il figure sur la carte d'identité nationale] | | | | | |
| [Date de naissance et/ou numéro d'identification national] | | | | | |
| [Nationalité] | | | | | |
| [Pays de résidence] | [nombre d'actions] | [% d'actions] | [% de droits de vote directs] | [% de droits de vote indirects] | [Si le contrôle de l'entreprise s'exerce par d'autres moyens, ils doivent être détaillés ici.] |

Est-ce que certains des propriétaires réels sont des personnes politiquement exposées (PPE) ?

- Oui. Nom : _____ Fonction et rôle public : _____ Date de début du mandat : / / Date de fin du mandat, le cas échéant : / /
- Non.

Certification

Je, soussigné, confirme, au nom de l'entité déclarante, que les informations fournies dans la présente déclaration de propriété réelle sont exactes et fidèles.

[Nom] _____

[Fonction] _____

[Signature] _____

[Nous joignons les informations complémentaires suivantes pour permettre de vérifier les informations fournies relatives à la propriété réelle :]

Une PPE est défini comme suit :

L'expression personnes politiquement exposées (PPE) étrangères désigne les personnes qui exercent ou ont exercé d'importantes fonctions publiques dans un pays étranger, par exemple, les chefs d'État et de gouvernement, les politiciens de haut rang, les hauts responsables au sein des pouvoirs publics, les magistrats et militaires de haut rang, les dirigeants d'entreprise publique et les hauts responsables de partis politiques.

L'expression PPE nationales désigne les personnes physiques qui exercent ou ont exercé d'importantes fonctions publiques dans le pays, par exemple, les chefs d'État et de gouvernement, les politiciens de haut rang, les hauts responsables au sein des pouvoirs publics, les magistrats et militaires de haut rang, les dirigeants d'entreprise publique et les hauts responsables de partis politiques.

Les personnes qui exercent ou ont exercé d'importantes fonctions au sein de ou pour le compte d'une organisation internationale désigne les membres de la haute direction, c'est-à-dire les directeurs, les directeurs adjoints et les membres du conseil d'administration et toutes les personnes exerçant des fonctions équivalentes.

La notion de PPE ne couvre pas les personnes de rang moyen ou inférieur relevant des catégories ci-dessus

Comité Exécutif