

LA PRISE DE CONTRÔLE DES SOCIÉTÉS MINIÈRES IMPLANTÉES EN RÉPUBLIQUE DÉMOCRATIQUE DU CONGO : IMBROGLIO SUR L'ACCORD PRÉALABLE DE L'ÉTAT

Par

Philippe MBUYAMBA TSHIBENJI

*Doctorant en droits des affaires et des investissements à l'Université Paris I
Panthéon-Sorbonne*

*Affilié à l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne
Membre de l'Association Internationale de Droit Economique
Assistant d'enseignement à la Faculté de Droit*

Membre du Département juridique au Cadastre minier

*Master II en droit de l'environnement et de l'urbanisme de l'Université de Limoges
Diplômé interuniversitaire en droit des affaires de l'OHADA des Universités Paris II*

Panthéon-Assas et Sorbonne Paris Nord

Licencié en droit, option droit économique et social de l'Université Protestante au Congo

RÉSUMÉ

Le présent article analyse les difficultés d'expression de l'accord préalable de l'État requis lors des opérations entraînant le changement de contrôle d'une société minière établie en RDC. Il est basé sur l'hypothèse selon laquelle ce type de contrôle peut revêtir une autre finalité recelant, outre la poursuite d'objectifs économiques, l'ambition de mettre en œuvre des politiques interventionnistes centrées sur la contribution d'un secteur d'activités considéré comme stratégique au développement du pays, avec une participation accrue des nationaux. Il s'agit d'opérations fréquentes dans la vie des entreprises, dont la liberté de mouvement et de restructuration participe au fonctionnement harmonieux de l'économie mondiale. Pour éviter qu'elles n'aboutissent à une situation de concentration préjudiciable à la concurrence, les États s'évertuent à les encadrer afin de préserver et sauvegarder l'ordre public économique. Bien que l'industrie minière représente un secteur important dans la croissance économique de la RDC, elle a souvent été disproportionnellement plus avantageuse pour les bénéficiaires réels des actifs miniers qui, se cachant derrière les sociétés mères et donneuses d'ordre, sont spécialisées dans la rentabilisation des opérations de restructuration et de ventes d'entreprises au niveau international. Face aux limites du droit commun des sociétés, le Code des investissements miniers a conditionné ces opérations à l'accord préalable de l'État sans cependant en déterminer l'autorité compétente, ce qui s'avérerait alors porter un coût dur à l'attractivité économique pour laquelle le pays ne cesse d'entreprendre des réformes.

MOTS-CLÉS : *Accord préalable, parts sociales, sociétés minières, sociétés mères, fusion, cession de parts sociales, mines.*

SUMMARY

This article analyzes the difficulties of expressing the prior agreement of the State during a change of control of a mining company established in the Democratic Republic of Congo. It is based on the hypothesis that states control of acquisitions and takeovers of companies may have another purpose, which, in addition to pursue economic objectives, is to implement interventionist policies focused on the contribution of a sector of activity considered strategic to the country's development, with increased participation by nationals. These are frequent operations in the life of companies, whose freedom of movement and restructuring contributes to the smooth functioning of the global economy. In order to prevent them from leading to a situation of concentration that is detrimental to competition, governments strive to regulate them in order to preserve and safeguard economic public order. Although the mining industry represents an important sector in the economic growth of the DRC, it has often been disproportionately more advantageous for the real beneficiaries of the extractive companies that are behind the parent and principal companies, specialized in making profitable restructuring operations and sales of companies at the international level. Counting on the unavoidable character with regard to its natural resources, the DRC has taken the risk of establishing the prior agreement of the State for all operations that lead to a change of control of a mining company, revising its legislation on mining investments and adding, in particular, the desire to use its geological position to influence certain minerals that it intends to subject to stricter rules because of their scarcity and importance in the global economy. This also concerns its desire to promote Congolese capitalism in a sector, however strategic for its economic and social development, dominated by foreign companies that it also intends to control and subject to special rules that derogate from common company law, which was then supplementary, particularly for the mining sector. This growing trend has resulted in more interventionism, not only underlined by a more rigorous supervision of the mining activity itself, but also by a control of movements and restructuring operations of companies leading to a change in their control, when the final stake amounts to the transfer of a fraction or all of the tangible and intangible assets and mining reserves belonging to the patrimony of the company established in the DRC. Faced with the limitations of common company law, the Mining Investment Code requires prior approval by the State for all such operations when they result in control of the mining company or the company on which it depends, without determining the authority empowered to do so, which would then prove to be a heavy cost to the economic attractiveness for which the country is constantly undertaking reforms.

KEYWORDS: *Prior agreement, shares, mining companies, parent companies, merger, transfer of shares, mining.*

INTRODUCTION

Les prises de contrôle constituent, avec les simples placements des capitaux et les prises des participations¹, quelques-unes des activités légitimes de la vie des affaires, participant à la croissance externe des sociétés commerciales – dont le dynamisme fait tourner le commerce international² –, et se fondent sur « [...] les décisions d'investissement les plus importantes que la plupart des entreprises réalisent, à savoir l'acquisition d'autres entreprises »³. En effet, « [l]a réalité des acquisitions et des prises de contrôle recouvre différentes transactions [...] : cela peut aller d'une firme fusionnant avec une autre entreprise pour créer une nouvelle entité à une société achetant les titres des actions [...] »⁴. Il s'agit d'opérations relevant du droit des sociétés puisque globalement liées à la titularité des parts sociales peu importe leur degré (premier, deuxième ou troisième degré, etc.) de réalisation et, lorsque l'une au moins des sociétés est cotée en bourse, également du droit financier ou boursier⁵. Le droit des sociétés en vigueur⁶ consacre la cessibilité des parts sociales et, pour les actions sociales, leur négociabilité⁷. Matérialisées par les titres sociaux émis par la société, ces parts sociales « [...] représentent les droits des associés et sont dénommés actions dans les sociétés par actions et parts sociales dans les autres sociétés »⁸. Tel qu'il est posé par l'AUSCGIE, ce droit s'applique à toute « [...] société commerciale, y compris celle dans laquelle un État ou une personne morale de droit public est associé »⁹. Bien qu'impérative, cette prescription bute cependant sur les sociétés soumises à régime particulier¹⁰. Ce dernier n'étant pas organisé par l'AUSCGIE lui-même –

¹ C. LUKOMBE NGHENDA, *Droit OHADA des sociétés en application en R.D.C.*, vol. I, Kinshasa, Publications des Facultés de Droit des Universités du Congo, 2018, pp. 311 et suivants.

² G. BAKANDEJA wa MPUNGU, *Droit du commerce international en Afrique. À la quête d'une mondialisation économique équilibrée et porteuse d'espoir*, Bruxelles, Bruylant, 2020, p. 12.

³ A. DAMODARAN, « Chapitre 26. Acquisitions et prises de contrôle », *Comptabilité, Contrôle Finance*, De Boeck Supérieur, 2006, p. 1140.

⁴ *Ibidem*, p. 1141.

⁵ Il faut noter que la République démocratique du Congo (ci-après « RDC ») ne connaît pas à ce jour un marché financier ou boursier organisé, en

⁶ Le droit des sociétés en vigueur est substantiellement porté par l'Acte uniforme révisé du 30 janvier 2014 relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, *JO OHADA*, n° spécial du 4 février 2014 « ci-après « AUSCGIE » »).

⁷ Article 57 de l'AUSCGIE.

⁸ Article 51 de l'AUSCGIE.

⁹ Article 1 de l'AUSCGIE.

¹⁰ Articles 21, 120, alinéa 2, et 916 de l'AUSCGIE.

laissant ainsi aux États parties la latitude de l'édicter le cas échéant¹¹ –, des questions ont alors surgi notamment quant à son fondement ainsi qu'à la portée de ses potentielles, mais inéluctables, dérogations. D'aucuns ont estimé que « [c]e statut ou régime particulier [...] peut trouver sa justification notamment dans le souci du maintien d'un ordre public monétaire et financier interne sain (secteurs des assurances, bancaire et de crédit, etc.), à l'origine publique d'une fraction au moins du capital social de la société d'Etat ou à économie mixte mais aussi, dans certaines considérations liées à la notion de souveraineté nationale (secteur minier) ». ¹² Pourtant, au moins deux éléments permettent de fonder un tel régime (avec ses dérogations) dans le droit de l'OHADA lui-même, indépendamment des facteurs internes aux États parties qui restent néanmoins maîtres d'apprécier leur opportunité. Premièrement, « Lorsque l'activité exercée par la société est réglementée, la société doit se conformer aux règles particulières auxquelles ladite activité est soumise » ¹³. C'est notamment le cas, en droit congolais, des activités minières¹⁴ qui sont régies par la Loi n° 007/2002 du 11 juillet 2002 portant Code minier, telle que révisée le 09 mars 2018 par la Loi n° 18/001 (ci-après « Code minier »), et dont l'essentiel de mesures d'application est porté par le Décret n° 038/2003 du 26 mars 2003 portant Règlement minier, également révisé par le Décret n° 1/024 du 08 juin 2018 (ci-après « Règlement minier »).

Deuxièmement, l'AUSCGIE « [...] s'applique aux sociétés soumises à régime particulier sous réserve des dispositions législatives ou réglementaires auxquelles elles sont assujetties » ¹⁵. Il en est ainsi, entre autres, des entreprises publiques ou sociétés d'État¹⁶, « [...] sans qu'il y ait lieu de faire une distinction

¹¹ Articles 21 et 916 de l'AUSCGIE.

¹² R. MULAMBA KATAMBA, « Constitution et vie d'une société minière en République démocratique du Congo à la lumière des règles spéciales de constitution des sociétés à statut particulier en droit OHADA », disponible sur [http://www.ohada.com/content/newsletters/2436/Article-MULAMBA-\(R.\)-KATAMBA-sur-les-societes-mini%C3%A8res-%C3%A0-l-epreuve-du-droit-des-societes-OHADA.pdf](http://www.ohada.com/content/newsletters/2436/Article-MULAMBA-(R.)-KATAMBA-sur-les-societes-mini%C3%A8res-%C3%A0-l-epreuve-du-droit-des-societes-OHADA.pdf) (consulté le 2 janvier 2020).

¹³ Article 21 de l'AUSCGIE.

¹⁴ Il en est également ainsi d'autres activités réglementées telles que activités d'assurances, bancaires, de transport, forestières, d'hydrocarbures,...

¹⁵ Article 916 de l'AUSCGIE. Voir aussi les articles 120, alinéa 2,

¹⁶ P.- G. POUGOUE, J.-C. JAMES, Y. Rachel KALIEU ELONGO et al., « Acte uniforme », *Encyclopédie OHADA*, Lamy, 2011 n° 148, p. 60. Voir aussi P. G. POUGOUE, « Les sociétés d'État à l'épreuve du droit OHADA », *Juridis périodique*, n° 65, janvier-février-mars 2006, p. 99.

selon l'importance de la participation »¹⁷. S'il est vrai que l'AUSCGIE s'applique aussi à ce type de société¹⁸, il ne fait aucun doute cependant que le droit de l'OHADA ait toléré « une cohabitation juridique entre le droit des sociétés commerciales de l'OHADA et le droit des entreprises publiques produit par les États parties ». ¹⁹ En RDC, c'est à l'occasion de la réforme législative du 07 juillet 2008 que le régime juridique des sociétés d'État a été renouvelé²⁰, même s'il s'observe, depuis la révision du Règlement minier en 2018, une certaine confusion pour celles qui exercent des activités minières. En effet, celui-ci soumet à l'appel d'offres, notamment, tout achat ou cession des parts appartenant à une entreprise du portefeuille²¹. L'appréhension indifférenciée des cessions de toutes les parts – y compris celles des particuliers – appartenant « à une entreprise du portefeuille » est maladroite puisque la Loi n° 08/010 du 07 juillet 2008 fixant les règles relatives à l'organisation et à la gestion du portefeuille de l'État fait une nette distinction entre l'entreprise du portefeuille – définie comme « toute société dans laquelle l'État ou toute personne morale de droit public détient la totalité des actions ou une participation »²² – et l'entreprise publique – présentée, quant à elle, comme « toute entreprise du portefeuille de l'État dans laquelle l'État ou toute personne morale de droit public détient la totalité ou la majorité absolue des actions ou parts sociales »²³ -. Or, l'article 71 du Code minier conditionne l'octroi de permis d'exploitation (ci-après « PE »), notamment, à la cession de 10% du capital social de la société à l'État congolais ²⁴, augmentés de 5% à chaque

¹⁷ P.-G. POUYOUÉ, F. ANOUKAHA, V. E. BOKALLI et al., « Note sous Acte uniforme du 30 janvier 2014 relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique », *Traité et actes uniformes commentés et annotés*, Jurisope, 5^e éd., 2015, pp. 381.

¹⁸ Article 1^{er}, AUSCGIE.

¹⁹ S. MOUHOUAIN, « La réforme du droit Camerounais des entreprises publiques et le droit des sociétés commerciales de l'espace OHADA », *Uniform Law Review*, 24, mars 2019, no 1, p. 215.

²⁰ Avec les Lois n° 08/007 et 010 relatives respectivement à la transformation des entreprises publiques ainsi qu'à l'organisation et à la gestion du portefeuille de l'État, *JO RDC*, n° spécial du 12 juillet 2008.

²¹ Article 25 septies du Règlement minier.

²² Article 3, tiret 1, de la Loi n° 08/010 du 07 juillet 2008 précitée.

²³ Article 3, tiret 2, de la Loi n° 08/010 du 07 juillet 2008 précitée.

²⁴ Il faut noter que, lors du dépôt de sa demande au Cadastre minier (Établissement public chargé de la gestion du domaine minier ainsi que celle des titres concédés), le requérant prend l'engagement de céder gratuitement 10% de son capital social. C'est au moment où, après instructions cadastrale, technique et environnementale du dossier, le PE lui est accordé qu'il apporte, préalablement à l'établissement du titre (certificat d'exploitation) correspondant à son PE qu'il apporte les preuves de cette cession effective, fournie par un procès-verbal

renouvellement²⁵, faisant ainsi de toutes les sociétés titulaires de PE, des sociétés du portefeuille de l'État. L'application stricte de l'article 25 septies du Règlement minier conduirait alors à soumettre toutes les cessions d'actions ou parts sociales des sociétés minières titulaires PE à l'appel d'offres, ce qui n'est évidemment pas conforme à l'esprit du législateur²⁶. Cet article 25 septies devrait être regardé comme visant plutôt les parts de l'État dans les entreprises du portefeuille.

Le Code minier – régime particulier applicable aux sociétés commerciales exerçant les activités minières en RDC – a, en date du 09 mars 2018, institué « l'accord préalable de l'État » avant toute opération susceptible d'entraîner le changement de contrôle des sociétés minières titulaires de PE²⁷, sans, cependant assortir cette conditionnalité de la désignation de l'autorité étatique compétente pour ce faire, ni même en fixer la procédure, alors qu'il y est prévu tout un chapitre II consacré au rôle de l'État et à la répartition des compétences. Étant donné que, d'une part, « [...] aucun autre service ou organisme public ou étatique n'est compétent pour faire appliquer les dispositions du présent Code et agir directement dans le secteur minier »²⁸ et que, d'autre part, les « mouvement de « concentration » des entreprises, qu'ils prennent la forme de fusion, d'acquisition ou de prise de participation, font partie des réorganisations nécessaires au bon fonctionnement d'une économie marché »²⁹, il est alors permis de se demander s'il faut en déduire une compétence « naturelle » du ministre ayant les mines ou alors, de celui des finances vu que la principale conséquence reste fiscale. Par ailleurs, l'existence d'une sorte de dualité de régimes applicables, l'un, aux sociétés minières privées et, l'autre, aux sociétés minières publiques, l'accord préalable de l'État concernant la cession d'actions ou de parts sociales entraînant le contrôle ou la fusion

extraordinaire notarié avec preuve de l'inscription conséquente au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier tenu par le Guichet unique de création des entreprises en RDC.

²⁵ Article 80, alinéa 1, point h, du Code minier.

²⁶ Le législateur organise la cession d'actions ou parts sociales appartenant à l'État à travers la Loi n° 08/008 du 07 juillet 2008 portant dispositions générales relatives au désengagement de l'État dans les entreprises du portefeuille, *JORDC*, n° spécial du 12 juillet 2008. Aux termes de son article 7, « La cession d'actifs, d'actions ou de parts sociales ou le transfert de gestion d'une entreprise du portefeuille de l'État se fait, selon le cas, suivant l'une des techniques ci-après : 1. L'appel d'offres général ou restreint ; 2. Le recours au marché de gré à gré à titre exceptionnel, conformément à l'article 20 de la présente Loi ; 3. La cession aux salariés ou au public. »

²⁷ Articles 276 bis et 276 ter du Code minier.

²⁸ Article 16 du Code minier.

²⁹ L. JANIN, et B. MENONI. « Le contrôle des concentrations en France : une analyse empirique des avis du Conseil de la concurrence », *Économie & prévision*, vol. 178-179, n° 2-3, 2007, p. 95.

absorption de ces dernières pourrait-il conduire à l'implication du ministre ayant le portefeuille de l'État dans ses attributions ? Pour mesurer pleinement la problématique de cette imprécision dans le processus d'acquisition du contrôle des sociétés minières, de même que les enjeux de l'accord préalable de l'État – aussi bien pour les sociétés commerciales et que pour l'État lui-même, l'on examinera en premier lieu les facteurs ayant présidé à la consécration de cette conditionnalité (1) avant d'examiner, en second lieu, les problèmes spécifiques qui s'y rapportent dans l'état actuel du droit positif (2).

1. LES FACTEURS D'IMMIXTION DE L'ÉTAT DANS LES PRISES DE CONTRÔLE DES SOCIÉTÉS MINIÈRES

De façon classique, l'intervention de l'État dans différentes opérations susceptibles d'entraîner le contrôle des sociétés ou leur concentration, répond à la nécessité notamment de garantir la structure concurrentielle des marchés dans le but de sauvegarder l'ordre public économique³⁰. Dans le secteur minier congolais, cette intervention, qui prend la forme d'un accord préalable, serait justifiée par la nature stratégique des ressources minérales pour le développement du pays (1.1) corrélée du souci de promouvoir un capitalisme local congolais (1.2).

1.1 La nature stratégique des ressources minérales pour l'économie du pays

L'exploitation des ressources naturelles de la RDC revêt une importance à la fois stratégique et économique³¹ telle que le constituant lui-même a voulu en

³⁰ T. PEZ, « L'ordre public économique », *Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 49, Dossier : l'entreprise, octobre 2015, pp. 44 et s.

³¹ Voir notamment G. BAKANDEJA wa MPUNGU, *Droit minier et des hydrocarbures en Afrique Centrale*, Larcier, col. Droit économique international, Bruxelles, 2009 ; H. KABWA SABWA, *Droit minier en République démocratique du Congo : Genèse, évolution et perspective*, Bruylant, Bruxelles, 2019, pp. 17 et s. ; J. VANDEBURIE, « Le rôle de l'État dans la genèse des conflits liés aux ressources naturelles : le cas du Congo-Zaïre », in *Écologie & politique*, vol. 34, n° 1, 2007, p. 57 ; M. MAZALTO, « La réforme du secteur minier en République démocratique du Congo : enjeux de gouvernance et perspectives de reconstruction », in *Afrique contemporaine*, vol. 227, no. 3, 2008, p. 53 ; R. POURTIER, « Reconstruire le territoire pour reconstruire l'État : la RDC à la croisée des chemins », in *Afrique contemporaine*, vol. 227, n° 3, 2008, p. 28 ; T. VIRCOULON, Thierry. « Introduction thématique. La République démocratique du Congo : questions autour de la reconstruction post-conflit », in *Afrique contemporaine*, vol. 227, n° 3, 2008, pp. 19-20.

esquisser des règles fondamentales³², dotées d'une nature économique³³, tout en rappelant que « L'État exerce une souveraineté permanente notamment sur le sol, le sous-sol, les eaux et les forêts, sur les espaces aérien, fluvial, lacustre et maritime congolais ainsi que sur la mer territoriale congolaise et sur le plateau continental. »³⁴ Dans cette perspective, l'accord préalable de l'État congolais, découlerait de sa prédilection pour le secteur minier, laquelle exprimerait non seulement sa volonté de maîtriser les propriétaires réels des sociétés minières et d'encadrer davantage les ressources minérales déclarées stratégiques (2.1.1), mais aussi son intention d'accroître les recettes minières (2.1.2) pour soutenir son économie – qui reste néanmoins encore moribonde³⁵.

1.1.1 La volonté de contrôler des propriétaires réels et les minerais stratégiques

Présentée souvent comme un scandale géologique de valeur mondiale, la RDC regorge de ressources minérales considérées parfois comme les plus riches du monde³⁶. Conscient de la demande internationale de ces ressources en tant que matières premières, le pays a longtemps concentré l'essentiel de ses efforts économiques sur la promotion de leur exploitation – dont « nul ignore les effets néfastes [...] sur l'environnement [...] »³⁷ – dans la perspective de

³² Article 56 de la Constitution de la République Démocratique du Congo, modifiée par la Loi n° 11/002 du 20 janvier 2011 portant révision de certains articles de la Constitution de la République Démocratique du Congo du 18 février 2006 (textes coordonnés), *JO RDC*, n° spécial du 05 février 2011 (ci-après « la Constitution »).

³³ Ainsi peut-on lire à l'article 202, point 36, littéra f, de la Constitution que « la législation économique comprenant les lois concernant les mines, minéraux et huiles minérales, l'industrie, les sources d'énergie et la conservation des ressources naturelles ».

³⁴ Article 9 de la Constitution. Alinéa 2 de cette disposition prévoit toutefois que « Les modalités de gestion et de concession du domaine de l'État visé à l'alinéa précédent sont déterminées par la loi ».

³⁵ P. MBUYAMBA TSHIBENJI, *La responsabilité environnementale des sociétés mères pour faits de leurs filiales minières en République démocratique du Congo*, Mémoire de Master II, sous la direction de Koffi AHADZI-NONOU, Faculté de Droit et des Sciences économiques de l'Université de Limoges, année 2020, pp. 9 et s.

³⁶ Fédération pour la Défense des Intérêts Belges à l'Étranger, *La vérité sur le Congo*, *Bulletin mensuel de colonisation comparée*, n° 4, J. LEBÈGUE & Cie LIBRAIRES ÉDITEURS, Bruxelles, 1907, p. 400.

³⁷ G. BAKANDEJA wa MPUNGU, « La concurrence des droits sur les ressources minières », *La paix, un possible objectif pour les juristes de droit des affaires ? (Actes du colloque organisé les 3 et 4 octobre 2014 par le Centre de droit économique de l'Université d'Aix-Marseille sous la direction de Jacques MESTRE)*, LGDJ, 2016, p. 100. Pour plus de détails, voir notamment V. COMMENNE (sous la coordination), 2006, *Responsabilité sociale et environnementale : l'engagement des acteurs*

construire son développement économique et social, vraisemblablement toujours fuyant. Cela s'explique entre autres par la succession des législations et leurs réformes dans le secteur minier dont le point culminant s'avère être l'édiction du Code minier de 2002, lequel sera revu le 09 mars 2018 après plus de dix ans d'application.

La nature stratégique des ressources minérales a conduit le pays à vouloir connaître tous les propriétaires ultimes des sociétés minières d'exploitation. Pour l'ITIE (Initiative pour la Transparence dans les Industries Extractives³⁸)³⁹, l'identité des propriétaires réels des exploitants miniers, comme celle des entreprises extractives en générale, est souvent inconnue et reste dissimulée derrière une chaîne de personnes morales qui ne sont pas tenues de rendre des comptes. Ce problème alimente souvent la corruption et l'évasion fiscale ainsi que l'impunité des entreprises responsables des violations des droits de l'homme et des crimes écologiques. L'identification des propriétaires réels des actifs miniers permet d'éviter l'anonymat dans la détention des actifs miniers et, le cas échéant, conduire les pouvoirs publics ainsi que la société civile à exiger des comptes à ceux qui font un usage abusif des sociétés minières. La transparence qui en résulte permettrait aux sociétés intègres de connaître les entreprises avec lesquelles elles font affaire ou elles sont en concurrence. Cela contribue ainsi à garantir une compétition équitable pour toutes les entreprises. Ayant pris la mesure de cette nécessité et fort de sa souveraineté sur les ressources naturelles⁴⁰, l'État congolais a été amené à exiger des requérants des droits miniers et de carrières, la révélation des bénéficiaires réels des droits qu'ils sollicitent. Il ne s'agit que de la consécration légale d'une des exigences inhérentes au mécanisme de transparence, de traçabilité et de certification des minerais extraits dans ce pays, initié par l'ITIE⁴¹. Depuis lors, tout dossier de demande d'un droit minier contient notamment l'identité des sociétés

économiques. Mode d'emploi pour plus d'éthique et de développement durable, Editions Charles Léopold Mayer, Paris, 303 p.

³⁸ L'ITIE est la norme mondiale pour la promotion d'une gouvernance ouverte et redevable des ressources pétrolières, gazières et minérales. Elle est guidée par la conviction que les ressources naturelles d'un pays appartiennent à ses citoyens et elle a élaboré une norme visant à promouvoir leur gestion ouverte et responsable par les pays qui acceptent de la mettre en œuvre.

³⁹ ITIE, « La propriété réelle : révéler qui se cache derrière les entreprises », disponible sur <https://eiti.org/fr/propriete-reelle> (consulté le 29 janvier 2021).

⁴⁰ Nations-Unies, Résolution 1803 (XVII) de l'Assemblée générale en date du 14 décembre 1962 : « Souveraineté permanente sur les ressources naturelles ».

⁴¹ Article 7 ter du Code minier.

affiliées⁴² du requérant et du propriétaire réel⁴³. Ceci justifie que, lors du changement de contrôle sur une société minière d'un bénéficiaire réel vers un autre, l'État congolais apprécie l'acquisition de ce contrôle par ce dernier.

Toutefois, des règles particulières plus exigeantes peuvent s'appliquer aux sociétés exploitant des substances minérales déclarées stratégiques. En effet, la nomenclature légale des ressources minérales s'est vue enrichie, le 09 mars 2018, par la notion de substance stratégique. Pour Christophe-Alexandre PAILLARD, cette notion « [...] est clairement liée à leur importance dans la chaîne de production, à leur niveau de rareté et à leur position géographique. Un minerai est stratégique au regard de ces différents critères »⁴⁴. Lors de la présentation du projet de loi devant modifier et compléter le Code minier, le ministre des mines avait notamment déclaré que « L'État se réserve le droit de décréter une substance minérale comme stratégique selon la conjoncture économique ».⁴⁵ Aux termes de l'article 1^{er}, point 48 quater, qui sera inséré au Code minier, la substance stratégique est toute celle « [...] qui, suivant la conjoncture économique internationale du moment, à l'appréciation du Gouvernement, présente un intérêt particulier au regard du caractère critique et du contexte géostratégique ». La déclaration en est faite à travers un décret du Premier ministre délibéré en Conseil des ministres, sur avis des ministres sectoriels concernés. Dans ce cas, « l'accès, la recherche, l'exploitation et la commercialisation des substances stratégiques sont régis par des dispositions réglementaires particulières »⁴⁶. Il n'a fallu que huit mois, à dater de cette révision, pour que le Premier ministre décrète comme stratégiques, le cobalt, le germanium et la colombo-tantaline (coltan)⁴⁷. L'article 2 du Décret n° 18/042 du 24 novembre 2018 pris à cet effet précise que « Les conditions

⁴² Aux termes de l'article 1^{er}, point 47, du Code minier, la société affiliée est toute celle « 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 ».

⁴³ Articles 97, 128, 134, 145, 181, 350, 370, 375 du Règlement minier.

⁴⁴ Ch-A. PAILLARD, « La question des minerais stratégiques, enjeu majeur de la géoéconomie mondiale », in *Géoéconomie*, n°59, 2011/4, p. 19.

⁴⁵ Discours du ministre des mines lors de la présentation du projet de loi modifiant et complétant le Code minier, Palais du peuple, inédit, Kinshasa, p. ...

⁴⁶ Article 7 bis du Code minier.

⁴⁷ Article 1^{er} du Décret n° 18/042 du 24 novembre 2018 portant déclaration du cobalt, du germanium et de la colombo-tantaline « coltan » comme substances minérales stratégiques, non publié au JORDC.

d'accès, de recherche, d'exploitation et de commercialisation de ces minerais seront fixées par une réglementation particulière prise par Arrêté des Ministres ayant les Mines et les Finances dans leurs attributions ». Pendant que cet arrêté se fait toujours attendre, le gouvernement a, par le Décret n° 19/16 du 05 novembre 2019, créé, organisé et déterminé le fonctionnement de l'autorité de régulation et de contrôle des marchés des substances minérales stratégiques (ci-après « ARECOMS »), à qui il a confié la tâche de réguler et de contrôler la production et l'exportation des substances minérales stratégiques et de veiller à la stabilité des marchés, à l'attractivité économique et industrielle de la RDC ainsi qu'au respect par les entreprises soumises à son contrôle de la législation contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme⁴⁸. Ainsi, l'ARECOMS pourrait, usant de ses larges pouvoirs statutaires, soumettre la prise de contrôle des sociétés minières recherchant et/ou exploitant des substances minérales stratégiques à d'autres règles qu'à celles prévues par les articles 276 bis et suivants du Code minier.

Mais une contradiction semble découler du cadre réglementaire en vigueur. En effet, alors que l'arrêté interministériel devant organiser l'exploitation industrielle des minerais stratégiques se fait toujours attendre, le gouvernement a voulu appréhender la problématique artisanale liée à ce type de minerais. L'article 2 du Décret n° 19/15 du 05 novembre 2019 portant sauvegarde des activités relatives aux substances minérales stratégiques d'exploitation artisanale⁴⁹, exclut de son champ d'application « [...] la recherche, l'exploitation et la commercialisation des substances minérales stratégiques de production industrielle qui demeurent régis par la loi n° 007/2002 du 11 juillet 2002 portant Code Minier, telle que modifiée et complétée par la loi n° 18/001 du 09 mars 2018 et ses mesures d'application », au lieu de viser ledit arrêté interministériel prévu par le Décret n° 18/042 du 24 novembre 2018 prérappelé. Ceci aurait pour effet de soumettre les prises de contrôle des sociétés minières titulaires de PE à l'accord préalable de l'État de l'article 276 bis et suivants du Code minier, alors que l'arrêté interministériel

⁴⁸ Article 4 du Décret n°19/16 du 05 novembre 2019 portant création, organisation et fonctionnement de l'autorité de régulation et de contrôle des marchés des substances minérales stratégiques, non publié au JORDC, disponible sur https://www.droitcongolais.info/files/753.11.19-Decret-du-5-novembre-2019_Substances-minerales-d-exploitation-artisanal_sauvegarde.pdf (consulté le 24 février 2021).

⁴⁹ Ce Décret n'a pas non plus été publié au JORDC. Il est disponible sur <https://www.leganet.cd/Legislation/Droit%20economique/Code%20Minier/decret.19.15..PDf> (consulté le 24 février 2021).

prévoit un autre mécanisme de contrôle de ces opérations sauf en cas de silence ou de renvoi exprès aux articles 276 bis et suivants du Code minier.

1.1.2 L'objectif fiscal derrière l'intrusion de l'État lors des contrôles des sociétés minières

L'accord préalable de l'État recèle aussi un objectif fiscal. En effet, toute cession d'actions ou de parts sociales d'une société commerciale titulaire d'un titre minier ou de carrières est taxée selon le régime des plus-values⁵⁰. Celle-ci est constituée par la différence entre le prix de cession de l'action ou de la part sociale et la valeur nette comptable de cette action ou part sociale. Cette plus-value, constatée sur la société ayant cédé les actions ou parts sociales, est réputée être de source congolaise dans la mesure où la cession desdites actions ou parts sociales équivaut à la cession d'une fraction ou de la totalité des actifs corporels et incorporels et des réserves minières relevant du patrimoine de la société établie en RDC⁵¹. Le Code minier appréhende ainsi même les opérations de restructuration interne d'un groupe n'ayant aucune incidence sur le contrôle ultime exercé indirectement par la société mère sur la société mère, puisqu'aux termes de l'article 276 bis, alinéa 2, du Code minier, « Toute modification de l'actionnariat d'une société de droit congolais ou de droit étranger, ayant le contrôle d'une société filiale associée ou actionnaire dans une société titulaire d'un permis d'exploitation et entraînant la prise de contrôle de la société filiale contrôlée, est également soumise à l'accord préalable de l'Etat ». Lorsque les actifs sont situés dans plusieurs juridictions, la plus-value n'est calculée que sur la valeur des actifs appartenant à la filiale de droit congolais. Ainsi, l'impôt est retenu à la source par la société cessionnaire qui le reverse ensuite au trésor public congolais. Cette retenue à la source est exigible au moment de l'encaissement ou de la mise à disposition du revenu de la cession d'actions ou de parts sociales. Toute opération de conversion ou d'échange d'actions ou de parts sociales est assimilée à un encaissement de revenu de cession d'actions ou de parts sociales initiales. Concrètement « tout projet de cession des parts sociales ou d'actions est préalablement notifié à la société détentrice des titres et aux associés ou actionnaires. »⁵²

Censé ne préciser que « Les règles concernant les modalités de calcul, de déclaration et de règlement de cet impôt [...] »⁵³ applicable aux cessions

⁵⁰ Articles 253 bis, alinéa 1^{er}, du Code minier.

⁵¹ Articles 253 bis, alinéa 3, du Code minier et 529 bis, alinéa 2, du Règlement minier.

⁵² Article 253 bis, alinéa 5, du Code minier.

⁵³ Article 253 bis, alinéa 6, du Code minier.

d'actions ou parts sociales d'une société titulaire d'un titre minier ou de carrières, le Règlement minier va, lui aussi, décider que « toute cession d'actions ou de parts sociales par des personnes morales établies en [RDC] et celles domiciliées à l'étranger, ayant abouti à la constatation d'une plus-value, est soumise au régime de plus-value prévu à l'article 253 bis du Code minier ». On serait tenté de rechercher la constitutionnalité de cette imposition, puisqu'aux termes de l'article 174 de la Constitution, « il ne peut être établi d'impôts que par la loi ». Or, le Règlement minier en tant qu'acte réglementaire pris en application du Code minier, n'en est pas une. Mais en réalité, le Règlement minier ne fait que reprendre les termes de l'article 253 bis du Code minier, lequel prévoit d'ailleurs à son article 220, un régime fiscal, douanier et des taxes exclusif et exhaustif, préférentiel. Le renvoi par le Code minier au Règlement minier pour déterminer « les modalités d'application » aurait utilement pu servir à préciser l'autorité étatique compétente pour exprimer l'accord préalable au lieu de reprendre machinalement les dispositions légales.

Par ailleurs, le Règlement minier consacre le paiement des droits proportionnels pour la cession des parts sociales et actions, sans cependant intégrer les cas de fusion. En effet, décrète-t-il, « Toute cession d'actions ou de parts sociales d'une personne morale titulaire d'un titre minier ou de carrière est soumise au paiement des droits proportionnels au profit du Trésor Public, dont le taux est de 1% calculé sur la valeur nominale des parts sociales ou actions cédées. Ces droits sont à charge du cessionnaire et payables dans les huit jours de la réception de la note de perception. »⁵⁴ Le Règlement ne prévoit pas les modalités d'établissement du titre constatant cette créance au profit du trésor public. Cela peut conduire le Guichet unique de création d'entreprises (ci-après « GUCE ») à revendiquer, en tant qu'autorité nationale chargée de tenir le RCCM (Registre du Commerce et du Crédit Mobilier), instrument censé informé notamment sur l'actionnariat – et ses modifications – des sociétés commerciales établies en RDC. On pourrait cependant penser que, par analogie aux règles prévues, notamment, par les articles 372, 380 et 384 du Règlement minier, il appartient au Cadastre minier d'établir la note de débit devant constater ladite créance.

Enfin, s'agissant de l'aspect fiscal des cessions d'actions ou part sociales des sociétés exploitant les minerais déclarés stratégiques, il convient de souligner

⁵⁴ Article 527 bis du Règlement minier.

que le taux de la redevance minière pour de telles substances est de 10 %⁵⁵, et « est calculée et due au moment de la sortie du produit marchand du site de l'extraction ou des installations de traitement pour expédition »⁵⁶ (sic). En dépit de toutes ces règles interventionnistes et fiscales découlant de la nature stratégique du secteur minier, l'accord préalable de l'État aurait également pour fondement la volonté de promouvoir un capitalisme congolais.

1.2 La volonté de promouvoir l'entrepreneuriat congolais dans le secteur minier congolais

Le Code minier a, dans le prolongement de la nouvelle vision minière exprimée lors de sa révision du 09 mars 2018, opté pour la promotion d'un capitalisme⁵⁷, dont la poursuite obéit à deux logiques : d'un côté, cette promotion se traduit par la présence obligatoire des Congolais dans les sociétés d'exploitation artisanale (1.2.1) et de l'autre, par leur présence concurrente avec d'autres investisseurs (1.2.2) étrangers.

1.2.1 La présence exclusive des Congolais dans les sociétés d'exploitation artisanale

Légalement, l'exploitation artisanale des minerais n'est possible que « Lorsque les facteurs techniques et économiques qui caractérisent certains gîtes des substances minérales classées en mines ou carrières ne permettent pas d'en assurer une exploitation industrielle ou semi-industrielle [...] »⁵⁸. De tels gîtes sont érigés, dans les limites d'une aire géographique couvrant maximum deux carrés, en zone d'exploitation artisanale (ci-après « ZEA »). L'activité minière artisanale est strictement règlementée par le Code minier qui ne la conçoit que dans les limites d'une ZEA. Aux termes de la loi minière, « seules les personnes physiques majeures de nationalité congolaise détentrices des cartes d'exploitant artisanal et affiliées aux coopératives minières ou des produits de carrières agréées sont éligibles à l'exploitation artisanale »⁵⁹. La coopérative minière est avant tout une société coopérative régies par l'Acte uniforme du 15 décembre 2010 relatif au droit des sociétés coopératives (ci-

⁵⁵ Article 241 du Code minier.

⁵⁶ Article 240, alinéa 3, du Code minier.

⁵⁷ Propos recueillis de l'intervention du Doyen Grégoire BAKANDEJA wa MPUNGU lors du vernissage du Code minier révisé et annoté de la RDC à l'Hôtel du gouvernement, Kinshasa, le 14 juillet 2020.

⁵⁸ Article 19 du Code minier.

⁵⁹ Article 26 du Code minier.

après « AUSCOOP »)⁶⁰ ainsi que par les dispositions pertinentes du Code minier complétées par celles du Règlement minier. La ZEA n'est pas un droit minier ou de carrières, mais « aire géographique délimitée en surface et en profondeur par le ministre »⁶¹, dans laquelle sont affectées les coopératives minières agréées. Même si les parts sociales sont cessibles⁶², le contrôle d'une société coopérative minière en RDC ne peut se faire (directement⁶³) que par les Congolais. En ce sens, l'AUSCOOP prévoit d'ailleurs que « Lorsque l'activité exercée par la société coopérative est réglementée, celle-ci doit se conformer aux règles particulières auxquelles ladite activité est soumise »⁶⁴. Le législateur a ainsi réservée cette activité artisanale aux seuls Congolais pour les préparer à l'activité industrielle, puisqu'il leur reconnaît, à la fermeture⁶⁵ de la ZEA, un droit de préemption pour obtenir un PEPM ou un PE⁶⁶.

1.2.2 La participation inévitable des Congolais dans les sociétés d'exploitation industrielle

Depuis le 09 mars 2018, « La participation des personnes physiques de nationalité congolaise est requise pour la constitution de capital social des sociétés minières »⁶⁷. Le Code minier fixe même la hauteur minimale de cette participation à 10 % de capital social. La répartition de cette participation minimum obligatoire est faite par le Règlement minier qui réserve 5% des parts sociales réservées aux Congolais à un ou plusieurs congolais capables d'acquérir les parts ou actions sociales et les 5% restants aux employés de l'entreprise minière⁶⁸. Même si le principe de la liberté de cession de ces parts ou actions sociales réservées est évoqué par l'alinéa 2 de l'article 144 bis du

⁶⁰ JO OHADA, n° 23 du 15 juillet 2011.

⁶¹ Article 1^{er}, point 56, du Code minier.

⁶² Article 49 de l'AUSCOOP.

⁶³ Indirectement, ce contrôle par des étrangers est possible à travers les alliances entraînant différentes formes de contrôle des sociétés coopératives. En ce sens, voir notamment M. FILIPPI et P. TRIBOULET, « Alliances stratégiques et formes de contrôle dans les coopératives agricoles », *Revue d'Économie Industrielle*, n° 133, 1^{er} trimestre 2011, disponible sur <https://doi.org/10.4000/rei.4952> (consulté le 07 mars 2021).

⁶⁴ Article 20, alinéa 3, de l'AUSCOOP.

⁶⁵ Cette fermeture est faite par le ministre des mines « Lorsque les facteurs qui ont justifié l'institution d'une zone d'exploitation artisanale ont cessé d'exister ou qu'un nouveau gisement ne relevant pas de l'exploitation artisanale vient à être découvert [...] ». Article 110, alinéa 1, du Code minier.

⁶⁶ Article 110, alinéa 5, du Code minier. S'écartant de la disposition légale, le Règlement minier prévoit quant à lui « l'octroi exceptionnel d'un PR » aux articles 234 et suivants. En tout état de cause, il s'agira de faire prévaloir les dispositions légales sur celles des mesures d'application.

⁶⁷ Article 71 bis du Code minier.

⁶⁸ Article 144 bis du Règlement minier.

Règlement minier, il ne s'agit pas d'une liberté absolue puisqu'aux termes de l'alinéa 3, « [...] l'Assemblée Générale, le Conseil d'administration ou la gérance, selon le cas, peut refuser d'approuver ou de consentir à la cession sollicitée si celle-ci est de nature à entamer les 10% des parts ou actions dévolues aux personnes physiques de nationalité congolaise. » Par ailleurs, en cas de décès d'un associé ou actionnaire congolais visé par le présent article, la transmission de ses parts ou actions est faite en faveur de ses héritiers. S'il n'a pas d'héritiers, la transmission se fera conformément au droit commun des sociétés commerciales. Étant donné que la prise de contrôle de telles sociétés, en l'occurrence celles jouissant de PE, est conditionnée par l'accord préalable de l'État congolais, l'acquéreur du pouvoir de contrôle – lorsque celui-ci s'exerce directement sur l'entreprise minière – ne pourra donc pas prétendre racheter, s'il n'est pas une personne physique de nationalité congolaise, celles des actions ou parts réservées aux Congolais. Ceci concerne évidemment les sociétés minières titulaires de PE et de PER étant donné que celles qui jouissent de PEPM sont soumises à d'autres règles

La présence des Congolais est également requise dans le capital social des sociétés minières titulaire de PEPM. Aux termes de l'alinéa 2 de l'article 104 du Code minier, « [...] toute personne de nationalité étrangère doit créer une société de droit congolais en association avec une ou plusieurs personnes de nationalité congolaise dont la participation ne peut être inférieure à 25% du capital social. » Néanmoins, cette participation des nationaux n'a aucune incidence sur l'exigence de l'accord préalable de l'État lors d'une tentative de prise de contrôle, cette conditionnalité n'opérant que pour les sociétés minières titulaires de PE. Il peut, cependant, y avoir des situations « complexes » où une société titulaire à la fois de plusieurs types de droits miniers et de carrières, en ce compris les PE et de PEPM. Lorsque la société est totalement contrôlée par les Congolais, la question ne se pose point ; ce qui n'est pas le cas d'une société détenue par les étrangers ou une filiale étrangère. Dans ce cas, il suffit que 25% de la société soit détenu par les nationaux pour que le problème soit résolu, encore faut-il que 5% de cette participation reviennent aux employés tel qu'exigé par l'article 144 bis, alinéa 1, du Règlement minier. L'acquisition du contrôle direct sur telle société par la détention de la majorité des actions ou parts sociales représentant son capital social, doit pouvoir tenir compte de cette situation et ne pas prétendre entamer le pourcentage réservataire. Une autre société peut être envisagée, celle consistant à créer une société à laquelle seront cédés les PEPM avec une participation des Congolais au capital à hauteur de 25%, et une autre société titulaire de PE où, en sus des 10% du capital réservé

gratuitement à l'État, les Congolais détiendront 10% de ce capital. Les deux sociétés pourront alors être contrôlées par une société qui, elle-même aussi, pourra l'être par une autre et ainsi de suite. Cette volonté de promouvoir un capitalisme congolais s'est également manifestée dans les autres activités connexes à l'exploitation industrielle et artisanale des ressources minérales⁶⁹. Ces différents éléments fondés sur la nature stratégique du secteur minier, vont concourir à la consécration de l'accord préalable de l'État avant la prise de contrôle des sociétés minières titulaire de PE dont les modalités s'entourent cependant d'un flou.

La nature stratégique du secteur minier pour le développement du pays ainsi que la volonté des pouvoirs publics de stimuler un entrepreneuriat congolais dans ce secteur sensible ont milité pour une plus grande immixtion de l'État congolais dans les opérations d'acquisition du pouvoir de contrôle des sociétés minières. Le régime de l'accord préalable prévu à cet effet connaît cependant des problèmes de mise en œuvre dans l'état actuel du droit positif, ce qui pourrait affecter l'attractivité économique du pays pour les multinationales.

2. LES PROBLÈMES LIÉS À L'ACCORD DE L'ÉTAT LORS DE LA PRISE DE CONTRÔLE DES SOCIÉTÉS MINIÈRES

Alors que, du point de vue du droit des sociétés, la prise de contrôle d'une société peut résulter de diverses opérations (cessions d'actions ou de parts sociales, la souscription à une augmentation de capital avec renonciation des actions à leur droit de préférence au profit d'une ou plusieurs personnes déterminées ou telle que la fusion, la scission de sociétés ou l'apport partiel d'une entreprise à une société...)⁷⁰, les modalités visées par le Code minier s'entourent de certaines particularités (2.1). Force est cependant de constater que la révision de 2018 a laissé subsister des ambiguïtés quant au régime de l'accord préalable de l'État en question (2.2).

⁶⁹ Elle est en principe exclusive en matière de sous-traitance (article 108 quinquies du Code minier et 6 de la Loi n° 17/001 du 08 février 2017 fixant les règles applicables à la sous-traitance dans le secteur privé, *JORDC*, n° 4 du 15 février 2017) et d'au moins 25% dans les comptoirs agréés d'achats et ventes des substances minérales d'exploitation artisanale (article 126 du Code minier).

⁷⁰ R. HOUIN, « La prise de contrôle d'une société par actions (à l'exclusion du contrôle des concentrations d'entreprises) », in *Revue internationale de droit comparé*, n° 38-2, 1986, pp. 567-568.

2.1 Les particularités de l'accord préalable à la prise de contrôle des sociétés minières

Le Code minier a limité les modes d'acquisition du contrôle des sociétés minières soumises à accord préalable de l'État (2.1.1), celui-ci ne concernant, par ailleurs, lui-même que certaines sociétés minières (2.1.2).

2.1.1 La limitation des modes d'acquisition du contrôle soumis à accord préalable

Si, suivant le droit commun des sociétés, l'acquisition des sociétés est soumise aux règles posées par l'AUSCGIE, elle doit en outre, lorsque l'entreprise cible est une société minière établie en RDC, se conformer aux règles – distributives selon que l'entreprise est privée ou publique – prévues par le « régime particulier » du Code minier. Pour les entreprises privées⁷¹, d'une part, l'accord préalable de l'État est requis pour « Toute transmission des parts sociales ou d'actions au sein d'une société titulaire d'un permis d'exploitation entraînant la prise de contrôle de celle-ci par le bénéficiaire de la transmission [...] »⁷². Il en est de même pour « Toute modification de l'actionnariat d'une société de droit congolais ou de droit étranger, ayant le contrôle d'une société filiale associée ou actionnaire dans une société titulaire d'un permis d'exploitation et entraînant la prise de contrôle de la société filiale contrôlée »⁷³. L'article 276 bis du Code minier vise deux situations pour la validité desquelles, l'État doit donner son accord préalable à toute opération devant aboutir au contrôle de la société minière.

La situation est aussi la même lorsque ce contrôle résulte d'une « [...] opération de fusion entraînant l'absorption d'une société titulaire d'un Permis d'exploitation par une autre. »⁷⁴ Ainsi qu'on peut le constater, l'accord préalable de l'État est requis, que le contrôle de la société minière résulte d'une acquisition des parts ou actions sociales ou même d'une opération de fusion-absorption. Même si l'expression légale semble écarter l'hypothèse d'un contrôle issu d'une fusion-combinaison (ou fusion-crédation), à y regarder de près on s'aperçoit que celui-ci peut bien s'induire d'une fusion-combinaison au profit de la nouvelle entité créée et donc, nécessiter l'accord préalable de l'État

⁷¹ L'expression « entreprises privées » vise ici uniquement les sociétés commerciales dont le capital social est contrôlé par les personnes privées, par opposition aux entreprises publiques contrôlées par l'État lui-même ou par une personne morale de droit public.

⁷² Article 276 bis, alinéa 1^{er}, du Code minier.

⁷³ Article 276 bis, alinéa 2, du Code minier.

⁷⁴ Article 276 ter du Code minier.

du moment que la transmission universelle du patrimoine emporte celle des actifs miniers en exploitation. On peut se demander s'il n'eût pas fallu appréhender cette transmission universelle du patrimoine elle-même lors des fusions plutôt que, comme l'a fait le législateur, ne viser que les fusions-absorptions.

2.1.2 La limitation des sociétés dont le contrôle est soumis à l'accord préalable de l'État

La question touche ici à la personne-même de la société sur laquelle le contrôle, nécessitant l'accord préalable, est envisagé. De la lecture des articles 276 bis et 276 ter du Code minier, il se soutient que seule la société titulaire du PE est visée. Au vu de la nomenclature des droits miniers et de carrières consacrée en RDC⁷⁵, il est fondé de se demander ce qu'il en serait de celles qui détiennent d'autres types de droits miniers (et même de carrières) que le PE. S'il est moins contestable que le législateur ait voulu écarter les sociétés titulaires des droits miniers (et/ou de carrières) de recherche de l'emprise de cette conditionnalité – même si, considérant leur vocation pour l'exploitation, l'assertion est discutable –, la question semble invraisemblable en ce qui concerne les autres droits miniers (ou de carrières) d'exploitation. L'interprétation devant être stricte à cet effet⁷⁶, il y a lieu de ne s'en tenir, en attendant une application concrète de ces dispositions, qu'au PE. Ceci laisserait croire que seules les sociétés titulaires de ce type de droit acquièrent la qualité de sociétés minières. Cette notion, pourtant abondamment reprise par la législation⁷⁷, n'a pas été définie par le Code minier ou par son Règlement d'application. Toutefois, les articles 1^{er}, point 2, 3, 5 et 23 du Code minier permettent de la présenter comme toute société commerciale se livrant, en vertu d'un titre minier ou de carrière, exclusivement aux activités de recherches et/ou d'exploitation des substances minérales classées en mines ou

⁷⁵ Le Code minier organise, d'une part, les droits miniers et de carrières de recherches – que sont le permis de recherches (PR) et l'autorisation de recherches des produits de carrières (ARCP) – et, d'autre part, les droits miniers et de carrières d'exploitation – que sont le permis d'exploitation (PE), le permis d'exploitation des rejets (PER), le permis d'exploitation de la petite mine (PEPM), l'autorisation d'exploitation de carrières temporaire (AECT) et l'autorisation d'exploitation de carrières permanente (AECP).

⁷⁶ Cette interprétation stricte s'inférerait de l'article 32, alinéa 2, du Code minier, d'après lequel « La procédure d'octroi des droits miniers ou de carrières et de délivrance des titres y afférents est de stricte application. »

⁷⁷ Voir notamment les articles 27, point a, 71 bis du Code minier ainsi que 25 septies et quinquies, 93 ter, 144 bis, 375, 420 et 451 du Règlement minier.

en carrières. Ceci est d'autant plus important que la prise de contrôle de n'importe quelle société minière n'implique pas nécessairement de solliciter préalablement l'accord de l'État congolais, celui-ci n'étant requis que pour le contrôle des sociétés minières titulaires de PE⁷⁸.

L'autre question sous-jacente concerne les contours de la notion-même de contrôle. L'AUSCGIE – droit commun en la matière, sied-il de le rappeler –, explique, sans cependant les définir, les cas dans lesquels une personne physique ou morale est présumée le détenir sur une société commerciale : 1°) lorsqu'elle détient, directement ou indirectement ou par personne interposée, plus de la moitié des droits de vote ; 2°) lorsqu'elle dispose de plus de la moitié des droits de vote en vertu d'un accord ou d'accords conclus avec d'autres associés⁷⁹. Pour la doctrine, « [a]cquérir ou prendre le contrôle d'une société, c'est se mettre en capacité de maîtriser sa gestion et son exploitation, au moyen de la direction et de l'orientation de sa politique sociale »⁸⁰. Le droit positif congolais offre, quant à lui, une définition de la notion de contrôle, mais uniquement celui des sociétés minières, qu'il dit s'agir de « [...] l'acquisition du pouvoir, par le fait de la détention de la majorité des droits de vote, de déterminer les décisions de la société notamment celles de nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance de la société. »⁸¹

Étant donné que les sociétés minières sont bien identifiées et suivies tout au long de la jouissance des droits qui leur sont octroyés, il est normal que, lors du changement de contrôle de la société titulaire ou de celle qui détient ce contrôle, l'État puisse s'intéresser à ces opérations de prise de contrôle qui occasionnent « [...] le plus souvent un bouleversement dans la structure économique de la société : changement des équipes dirigeantes, restructuration des services et des organismes, etc. ; tout se passe comme si le changement des pouvoirs constituait une cession de l'entreprise ou du fonds de commerce »⁸².

⁷⁸ Articles 276 bis et ter du Code minier.

⁷⁹ Article 175 de l'AUSCGIE.

⁸⁰ J. HEYMANN, « Concentration », in *Encyclopédie Dalloz*. Répertoire des sociétés, avril 2019, n° 99.

⁸¹ Article 276 quater du Code minier.

⁸² R. HOUIN, « La prise de contrôle d'une société par actions (à l'exclusion du contrôle des concentrations d'entreprises) », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 38, n° 2, Avril-juin 1986, *Études de droit contemporain*. Contributions françaises au 12^e Congrès international de droit comparé (Sydney-Melbourne, 18-26 août 1986) p. 567.

Il faut cependant se garder de croire que ces opérations sont toujours faciles ; car, « [l]es acquisitions peuvent être amicales ou hostiles. Lors d'une opération amicale, les dirigeants de la société cible encouragent l'opération et parfois même la recherchent. Lors d'une opération hostile, les dirigeants de l'entreprise cible ne veulent pas du rachat. La firme acheteuse propose alors pour l'acquisition un prix plus élevé que la valeur de marché de l'entreprise cible et offre aux actionnaires de l'entreprise cible d'apporter leurs titres à ce prix. »⁸³.

2.2 Les ambiguïtés sur l'accord préalable de l'État lors du contrôle des sociétés minières

Lors de la prise de contrôle d'une société minière, l'assentiment étatique préalable soulève, dans l'état actuel du droit positif, plusieurs questions, dont deux paraissent revêtir une importance particulière : l'une touche à la compétence de l'autorité étatique censée donner cet accord préalable (2.2.1) tandis que l'autre se rapporte aux voies de recours possibles (2.2.2) contre une décision de refus d'accord préalable, prise aujourd'hui, c'est-à-dire en attendant la détermination d'une telle autorité.

2.2.1 Les conflits de compétence sur l'autorité d'octroi de l'accord préalable de l'État

Les articles 276 bis à 276 quinquies du Code minier qui évoquent tour à tour l'accord préalable de l'État lors de la transmission des actions ou parts sociales entraînant la prise de contrôle de la société minière par le bénéficiaire de la transmission ou de la fusion absorption, ne déterminent pas l'autorité étatique devant donner cet accord préalable ni la procédure devant aboutir à celui-ci. Alors que le Code minier confie au Règlement minier le soin de déterminer les modalités d'application de ces dispositions, celui-ci ne se borne qu'à prescrire le paiement des droits proportionnels pour la cession des parts sociales et actions, en précisant que « Toute cession d'actions ou de parts sociales d'une personne morale titulaire d'un titre minier ou de carrière est soumise au paiement des droits proportionnels au profit du Trésor Public, dont le taux est de 1% calculé sur la valeur nominale des parts sociales ou actions cédées. Ces droits sont à charge du cessionnaire et payables dans les huit jours de la réception de la note de perception. »⁸⁴

⁸³ A. DAMODARAN, « Chapitre 26. Acquisitions et prises de contrôle », Comptabilité, Contrôle Finance, De Boeck Supérieur, 2006, p. 1141.

⁸⁴ Article 527 bis du Règlement minier.

Cette impréparation prévisible de certains États membres de l'OHADA – à l'instar de la RDC – a été anticipée par le Conseil des membres de cette dernière qui a, dans l'AUSCGIE, prévu des alternatives. En effet, traitant du document d'information que doit au préalable publier toute société faisant appel public à l'épargne, l'AUSCGIE exige que la société émettrice soumette le projet dudit document au visa de l'organisme de contrôle de la bourse des valeurs de l'État du siège social et, s'il échet, des autres États parties dont le public est sollicité. « En l'absence de cet organisme, il est soumis au visa du ministre chargé des finances de ces Etats parties. »⁸⁵ La référence au ministre des finances, comme palliatif à l'absence d'une autorité de régulation et de contrôle des marchés financiers dans le ou les États parties de l'OHADA, est également faite aux articles 91 et 92 de l'AUSCGIE. En revanche, l'article 120 du même Acte uniforme confie au ministre du commerce extérieur la compétence de dispenser, par arrêté, la succursale appartenant à une personne étrangère, de l'obligation d'être apportée à une société de droit, préexistante ou à créer, de l'un des Etats parties, deux ans au plus tard après sa création.

Face à cette situation, le ministre des mines a estimé que cette compétence lui était de droit. La question pourrait être réglée par l'Ordonnance présidentielle n° 20/017 du 27 mars 2020 fixant les attributions des ministères. Or, la lecture de celle-ci ne révèle aucune attribution de ce type reconnue au ministère ayant les mines dans ses attributions. La seule compétence d'approbation préalable évoquée dans cette Ordonnance est celle, dévolue au ministre du budget, d'accorder le « Visa préalable à tout projet de décision, de convention, d'acte d'administration ou toute autre opération financière susceptible d'avoir une incidence sur les recettes ou les dépenses publiques »⁸⁶. Le vide juridique demeure donc en ce qui concerne l'autorité compétente en matière d'accord préalable aux opérations de prise de contrôle des sociétés minières. Cet imbroglio doit rapidement être corrigé à cause de ses effets sur le ralentissement du commerce international qui est marqué par les opérations d'acquisition des sociétés et ses retombées négatives sur l'attractivité du secteur minier congolais.

S'agissant de la forme d'expression dudit accord préalable, la question de l'autorité compétente n'étant pas précisée, celle de la forme de l'accord préalable en question souffre également. Il va donc falloir la déterminer en

⁸⁵ Article 90, alinéas, de l'AUSCGIE.

⁸⁶ Article 1, point B-3, tiret 13, de l'Ordonnance n° 20/017 du 27 mars 2020 fixant les attributions des Ministères, *JORDC*, n° spécial du 27 avril 2020.

fonction de l'autorité étatique envisagée. Comme tous les indicateurs convergent vers une compétence ministérielle centrale, il va de soi que ce soit alors sous la forme d'arrêté que cet accord préalable serait exprimé. C'est d'ailleurs ce qui est prévu en matière de cession des droits miniers et/ou de carrières. En effet, pour que la cession intervenue entre parties sur un tel droit soit effective, il faut qu'elle soit approuvée par le ministre. Celui-ci prend, après instructions cadastrale, technique et environnementale, un arrêté d'approbation ou de refus d'approbation conformément à l'article 185 bis du Code minier. L'accord préalable de l'État devant être précédé d'une instruction, laquelle viserait au moins à identifier le bénéficiaire réel des actifs miniers ou de carrières octroyés *intuitu personae* à la société exploitante dont, au départ le bénéficiaire ultime était connu. Cette instruction devrait relever du gestionnaire du domaine minier et des titres concédés, à savoir le Cadastre minier, lequel est censé tenir la liste des actionnaires des sociétés minières.

2.2.2 Les recours possibles contre la décision étatique refusant l'accord préalable

Les articles 246 bis à 276 quater du Code minier révisé consacrés à l'accord préalable de l'État pour les opérations de prise de contrôle d'une société minière, ne prévoient pas eux-mêmes la possibilité, au cas où cet accord est refusé, pour les personnes intéressées d'introduire un recours. Ce droit est à chercher dans d'autres dispositions aussi bien dudit Code minier que ceux d'autres textes légaux dont la combinaison décline ce droit en recours administratif (2.2.2.1) et en recours juridictionnels (2.2.2.2).

2.2.2.1 Le recours administratif préalable à la saisine du juge et l'abréviation des délais

Quelle que soit l'autorité administrative qui a pris la décision refusant l'accord préalable de l'État, celle-ci est susceptible de recours. Ce droit est à chercher à l'article 313 du Code minier, qui renvoie au droit commun en la matière. La notion de recours administratif est donnée par la Loi organique n° 16/027 du 15 octobre 2016 portant organisation, compétence et fonctionnement des juridictions de l'ordre administratif, d'après laquelle « Le requérant dispose d'un délai de trois mois à dater de la publicité de l'acte, du règlement ou de la décision mise en cause pour exercer son recours administratif. Le recours administratif peut comprendre le recours gracieux introduit devant l'auteur de l'acte et, si nécessaire le recours hiérarchique ou de tutelle, selon le

cas, introduit devant l'autorité supérieure ou de tutelle à l'auteur de l'acte »⁸⁷. Dès lors, le refus pour l'État de donner son accord préalable aux opérations de cessions d'actions ou de parts sociales ou de fusions des sociétés entraînant le changement de titulaire du pouvoir de contrôle d'une société minière, génère un droit de recours au profit des intéressés.

Pour ne pas attenter au principe de la « rapidité » qui gouverne la législation minière, le Code minier prévoit une abréviation des délais de procédure en cas de recours administratif. Par dérogation aux dispositions de l'article 150 de la Loi organique n° 16/027 ci-dessus, l'article 314 du Code minier prévoit, en matière minière, une abréviation de délais d'exercice du recours administratif. En effet, « [...] la réclamation préalable du requérant, justiciable [...], à l'autorité pouvant rapporter ou modifier l'acte doit être introduite dans les trente jours qui suivent la date de la publication ou de la notification à lui faite personnellement de l'acte entrepris. »⁸⁸ Or, l'alinéa 3 de l'article 314 du Code minier, abrégatif de délais, prévoit que « L'abréviation des délais prévue aux alinéas précédents du présent article ne concerne que le refus d'octroi des droits miniers et/ou de carrières et d'approbation ou de réalisation des hypothèques. » Le terme « approbation » repris dans cette disposition légale pourrait bien être sujet à controverse. Si l'on considère que cette « approbation » peut, au-delà des cessions des droits miniers et de carrières, s'étendre aussi aux opérations d'acquisition de contrôle des sociétés minières, et donc assimilable à l'accord donné par l'État, on pourrait conclure à l'application de l'abréviation des délais au recours administratif exercé contre le refus de cet accord doit être introduit dans les trente jours et non dans les trois mois. En revanche, si l'on considère que le terme « approbation » renvoie uniquement à l'acte par lequel le ministre des mines approuve les cessions partielles ou totales des droits miniers et de carrières, on sera alors mené à admettre que seul le contentieux administration lié au refus de cette approbation sera soumis à la règle abrégative de délais consacrée à l'alinéa 4 de l'article 314 du Code minier révisé, exclusion faite de celui qui naîtrait du refus pour l'État de donner son accord préalable aux opérations visant l'acquisition du pouvoir de contrôler une société minière.

⁸⁷ Article 150 de la Loi organique n° 16/027 du 15 octobre 2016 portant organisation, compétence et fonctionnement des juridictions de l'ordre administratif, *JORDC*, n° spécial du 18 octobre 2016, col. 4.

⁸⁸ Article 314 du Code minier révisé.

2.2.2.2 *Le recours juridictionnel contre la décision de refus d'accord préalable*

La décision de refus d'accord préalable de l'État lors des opérations aboutissant au contrôle d'une société minière titulaire de PE doit être motivée. Même si le Code minier ou son Règlement d'application ne prévoit pas expressément une telle exigence, celle-ci est intrinsèque au pouvoir administratif dans une société démocratique. Dans l'ordre supranational de l'OHADA, cette exigence est notamment contenue dans l'article 90 de l'AUSCGIE, d'après lequel « Si l'organisme de contrôle de la bourse des valeurs ou, le cas échéant, le ministre en charge des finances décide de ne pas accorder son visa, il notifie dans les mêmes conditions de délai à la société son refus motivé ». Ce défaut de motivation ouvre la voie au recours contre la décision de refus. Il faut néanmoins rappeler que « [p]our régler un litige administratif en [RDC], il faut obligatoirement commencer par la voie administrative (réclamation préalable et obligatoire) avant d'amorcer la voie juridictionnelle [...] »⁸⁹. La décision est déférée devant le juge compétent suivant le rang de l'autorité qu'il l'a prise. Il convient de noter que, la loi applicable étant nationale (le Code minier et son règlement) et non supranationale (l'AUSCGIE) – auquel cas le recours ultime serait porté devant la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage –, le Conseil d'État sera compétent pour annuler la décision de refus d'accord préalable prise par une autorité administrative centrale ou par celle prise par un organisme public placé sous tutelle⁹⁰.

La question d'arbitrabilité de ce contentieux peut aussi se poser. À ce propos, aucune difficulté ne se pose puisqu'il est parfaitement possible de recourir à l'arbitrage pour régler un différend, même de nature administrative, en matière minière. Au niveau communautaire OHADA, « L'arbitrage peut être fondé sur une convention d'arbitrage ou sur un instrument relatif aux investissements, notamment des codes des investissements ou un traité bilatéral ou multilatéral relatif aux investissements »⁹¹. A cet effet, le Code minier prévoit, s'agissant de l'arbitrage interne, que « Sous réserve des dispositions relatives aux recours administratif et judiciaire, aux

⁸⁹ F. VUNDUAWE et PEMAKO et J.-M. MBOKO DJ'ANDIMA, *Traité de droit administratif de la République démocratique du Congo*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2020, p. 121.

⁹⁰ Article 85 de la Loi organique n° 16/027 du 15 octobre 2016 précitée.

⁹¹ Article 3 de l'Acte uniforme du 23 novembre 2017 relatif au droit de l'arbitrage, JO OHADA, n° (ci-après « AUA »).

manquements, aux pénalités et sanctions prévues par le présent Code, les litiges pouvant résulter de l'interprétation ou de l'application des dispositions du présent Code peuvent être réglés par voie d'arbitrage prévue aux articles 318 à 320 du présent Code »⁹². Maladroitement modifié, l'article 318 du même Code continue à soumettre l'arbitrage interne « aux dispositions des articles 159 à 174 du Code de Procédure Civil Congolais. », alors que la révision du 09 mars 2018 du Code minier devait conformer cette disposition à l'AUA vu que celui-ci « [...] tient lieu de loi relative à l'arbitrage dans les Etats parties »⁹³. Au regard de l'effet abrogatoire des actes uniformes consacré à l'article 10 du Traité du 17 octobre 1993 relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique tel que révisé le 17 octobre 2008⁹⁴, les dispositions du Code de procédure civile⁹⁵ auquel renvoie l'article 318 du Code minier se trouvent paralyser au profit de l'AUA.

Quant à l'arbitrage international, le Code minier dispose : « [...] les litiges pouvant survenir à l'occasion de l'interprétation ou de l'application des dispositions du présent Code, peuvent être réglés, à la requête de la partie la plus diligente, par voie d'arbitrage conformément à la Convention sur les Règlements des Différends Relatifs aux Investissements entre Etat et Ressortissants d'autres Etats, à la condition que le titulaire soit Ressortissant d'un autre Etat contractant aux termes de l'article 25 de ladite convention »⁹⁶. Afin d'éviter toute confusion sur les règles de consentement à l'arbitrage, le Code minier a trouvé une formulation assez sécurisante à la fois pour l'État congolais que pour les investisseurs⁹⁷. En effet, du fait de l'acceptation de la délivrance du titre minier ou de carrière par le Cadastre minier, le titulaire est censé avoir donné d'office son consentement à un tel arbitrage conformément à ladite convention et l'exprime tant en son nom qu'en celui de ses sociétés affiliées. Il accepte, en outre, qu'une telle société affiliée soit considérée comme ressortissant de l'Etat duquel l'Investisseur est un ressortissant d'un autre Etat contractant. Si l'investisseur a effectué son investissement par l'intermédiaire d'une société affiliée de droit congolais, une telle société est considérée, aux fins de la Convention CIRDI comme un ressortissant de l'Etat duquel l'Investisseur est un ressortissant.

⁹² Article 317 du Code minier.

⁹³ Article 35, alinéa 1^{er}, de l'AUA.

⁹⁴ JO OHADA.

⁹⁵ Décret du 07 mars 1960 portant Code de procédure civile, MC, 1960.

⁹⁶ Article 319, alinéa 1^{er}, du Code minier.

⁹⁷ Article 319, alinéa 2, du Code minier.

CONCLUSION

La maîtrise du secteur minier, en ce compris ses acteurs privés – spécialement les bénéficiaires réels – a poussé l'État congolais à renforcer sa présence dans la gestion du secteur, au point d'apprécier et même agréer les relations entre associés et sociétés et entre sociétés entre elles, ayant une incidence sur la propriété des actifs miniers établis en RDC. Cette option a abouti à l'instauration d'un accord étatique préalable à toute opération d'acquisition du pouvoir de contrôle d'une société minière exploitante, titulaire d'un ou de plusieurs PE. Seulement, les ambiguïtés qui s'observent quant au mode d'expression de cet accord préalable ainsi que sur les autorités étatiques chargées de le faire appellent une révision ciblée afin de combler cette lacune qui s'avère être une obstruction majeure au climat des affaires et constitue une tangente pour l'attractivité économique du pays dans ce secteur particulièrement stratégique pour le pays. En attendant cette correction de la loi au niveau du parlement, ce qui s'avère être difficile à obtenir dans un futur proche vu les implications et les exigences liées à la garantie de stabilité des dispositions légales, la solution provisoirement efficace serait d'essence primo ministérielle. En effet, sur proposition par exemple du ministre ayant les mines dans ses attributions⁹⁸, le premier ministre pourrait prendre un nouveau décret modifiant et complétant le Règlement minier dans le but de déterminer l'autorité étatique chargée de donner cet accord préalable ainsi que les modalités de son expression. En attendant, le ministre national ayant les mines dans ses attributions pourrait revendiquer l'exercice de cette compétence, mais laquelle pourrait également être discutée par ses autres collègues du gouvernement, se fondant sur des dispositions tantôt communautaires tantôt légales et réglementaires leur conférant des compétences assimilées.

⁹⁸ Mais l'initiative peut, vu la transversalité de la question, provenir d'autres institutions (ministère des finances, du commerce extérieur, de l'économie, banque centrale etc.) ou l'autorité de régulation des marchés financiers.

