EXPOSE DES MOTIFS D'UNE LOI SUR LA PROPRIETE REELLE DANS LES INDUSTRIES EXTRACTIVES

I- CONTEXTE JUSTIFICATION

Depuis 2013 la lutte pour la transparence s'engage dans une nouvelle dynamique, celle qui combat la propriété secrète des entreprises et inscrit la propriété effective dans le registre de priorité majeure.

En effet le recours à des sociétés écrans anonymes pour dissimuler ou blanchir de l'argent et masquer d'éventuels conflits d'intérêts est révélé par les « panama papers » mettant à nu le risque particulièrement élevé pour les citoyens des pays riches en ressources naturelles de voir les revenus tirés des industries extractives leur échapper.

Cette pratique lorsqu'elle a pu éluder ou atténuer les charges fiscales est illégale. Cependant les administrations fiscales sont bien en peine de distinguer ces personnes dont l'identité est généralement dissimulée derrière les « hommes de paille » , et en particulier dans des Etats peu coopératifs.

Si de règle commerciale, une société ne détient pas de compte, elle peut néanmoins servir uniquement à detenir des biens et conséquemment, elle ne devra être être déclarée si elle verse des dividendes ou si le contribuable est assujetti à l'impôt sur la fortune, car dans ce cas cet impôt est taxable sur son patrimoine mondial.. Enfin, si la société offshore exerce une activité commerciale sur le territoire national, il faut également la déclarer au titre de l'Impôt sur les sociétés (IS).

Les sociétés offshores sont utilisées également par les ressortissants de pays politiquement instables, afin de protéger leur patrimoine des expropriations ou autres atteintes à la propriété et plus généralement, par de nombreux entrepreneurs pour faciliter leur développement international.

Les révélations des « panama papers » provoquent de telles secousses , parce qu'ils révèlent des pratiques occultes par essence , qui concernent l'ensemble de l'économie mondiale.

Ce scandale engendre une prise de conscience généralisée qui fait de l'année 2016, une année charnière pour les pays mettant en œuvre l'ITIE. Ces pays , au nombre de 52, conviennent d'adopter de nouvelles règles portant divulgation de la propriété effective pour toutes les entreprises extractives intervenant sur leurs territoires.

La lutte contre la fraude fiscale est très vite devenue un enjeu important de la politique fiscale dont l'ITIE s'est saisie à travers des règles de transparence sur la divulgation des véritables propriétaires des sociétés ou entreprises.

Ces règles sont édictées dans l'Exigence ITIE 2.5c, en ces termes : "A l'horizon 2020, les entreprises qui déposent une demande pour ou qui détiennent une participation dans une licence ou un contrat d'exploration ou de production de pétrole, de gaz ou de minerais dans un pays de l'ITIE devront déclarer le nom, la nationalité et le pays de résidence de leur propriétaire réel, et identifier toutes les personnes politiquement exposées".

En application de ces nouvelles règles, les pays producteurs de pétrole, de gaz et de minerais mettront en place le cadre juridique institutionnel et juridique d'identification des propriétaires des entreprises qui exploitent leurs ressources naturelles, quel que soit le nombre de couches qui séparent ces entreprises de leurs propriétaires réels.

Comme tous les pays mettant en œuvre l'ITIE la République de Guinée est tenue d'élaborer et de publier une feuille de route indiquant les mesures à prendre, en vue de parvenir à la transparence en matière de Propriété effective d'ici à 2020.

Parmi les mesures de mise en place du cadre juridique institutionnel et juridique figurent notamment :

- l'établissement d'un processus de déclaration et de registres où seront consignées les données sur la Propriété effective;
- le renforcement des capacités des fonctionnaires qui font respecter les exigences en matière de déclaration est également prévu;
- l'élaboration d'une loi portant identification des propriétaires réels et divulgation des informations sur la Propriété effective.

Ces pays, dont la République de Guinée, devront désormais révéler l'identité du propriétaire réel, plus exactement propriétaire effectif, c'est-à-dire son nom, sa nationalité et son pays de résidence, toutes autres informations identificatrices utiles et demander aux entreprises de fournir davantage de renseignements, par exemple la date de naissance, le numéro d'identité nationale, l'adresse du domicile, etc.

Dans la même logique, toutes les personnes politiquement exposées, qui détiennent des droits de propriété dans des projets pétroliers, gaziers et miniers doivent être identifiées.

En effet, il est apparu que l'identité des propriétaires réels ou propriétaires effectifs des entreprises qui détiennent des droits d'extraction du pétrole, du gaz et

des minéraux est souvent inconnue, dissimulée derrière une chaîne de personnes morales, qui ne sont pas tenues de rendre des comptes.

Cette dissimulation affecte également d'autres entreprises ou secteurs et contribue souvent à alimenter la corruption et l'évasion fiscale. Le constat est que ce sont surtout les populations des pays riches en ressources qui en subissent les effets prédateurs, car les revenus tirés des actifs extractifs sont trop souvent mal distribués en raison de l'immensité des pertes et de la corruption.

En plus de nuire aux populations, la propriété dissimulée nuit également aux entreprises intègres qui ne peuvent savoir avec qui elles font affaire.

La divulgation de la Propriété effective contribuera à garantir une compétition équitable pour toutes les entreprises, qui disposeront également d'informations sur l'identité de leurs partenaires commerciaux.

Le but de l'Exigence N° 2.5c de la norme ITIE 2016 est de mettre un terme à l'anonymat des entreprises qui soumissionnent, opèrent ou investissent dans des projets extractifs sur leur territoire national.

Les informations relatives à la Propriété effective permettent de dévoiler les cas de corruption et de népotisme dans le processus d'acquisition. En plus de demander aux entreprises de divulguer volontairement des informations sur leur structure de propriété, en identifiant notamment toutes les personnes politiquement exposées, chaque pays doit mettre en place un mécanisme qui lui permettra de saisir la propriété des zones cédées, les détenteurs de licences, les titulaires de concessions et des entreprises qui soumissionnent pour l'obtention de contrats extractifs.

C'est pourquoi l'élaboration d'une loi nationale, qui met en forme législative les nouvelles Exigences ITIE en matière de Propriété effective devient à fois importante et obligatoire.

II - EN QUOI UNE LOI SUR LA PROPRIETE EFFECTIVE DANS LES INDUSTRIES EXTRACTIVES IMPORTE-T-ELLE ?

Le droit guinéen ne contient pas expressément les notions de « *Propriété réelle* », le projet de loi lui a préféré celles de « *Propriété effective* ». En effet, si on peut déduire de la définition donnée par l'Article 533 du code civil que la propriété est le droit de jouir, d'user, de disposer d'une chose, c'est-à-dire le droit par lequel une chose appartient en propre à quelqu'un ou le droit de bénéficier des fruits ou des profits tirés d'une chose, l'on peut, sur cette base, trouver dans les textes législatifs guinéens en vigueur des dispositions permettant de pouvoir parvenir à une définition de la notion de Propriété effective.

L'élaboration du présent projet de loi procède de l'étude des documents qui traitent la question de la Propriété effective notamment :

- les textes internationaux ;
- le Droit OHADA
- la constitution et les lois guinéennes ;
- les registres existants ;
- les dispositions légales prévoyant la tenue de registres des sociétés, et les exigences en matière de déclaration des informations relatives à la Propriété effective ;
- les registres de sociétés qui existent dans le pays et l'information qu'ils contiennent et leurs accessibilités au public ; et
- la cartographie des entités privées opérant dans le secteur des industries extractives.

Il s'agit d'un inventaire non exhaustif des textes et des politiques concernant la question de la Propriété effective permettant de fixer les règles de transparence qui facilitent l'identification du propriétaire effectif, la collecte et la divulgation des informations relatives à la Propriété effective des entreprises en République de Guinée.

II - DES PRINCIPES DIRECTEURS ET OBJECTIFS DE LA LOI

Le présent projet de loi met en forme législative les principes fondamentaux ci-après de l'ITIE :

- le principe de la transparence ;
- le principe du respect de la réglementation ; et
- le principe du respect de la propriété privée.

L'élaboration de la loi vise 17 objectifs, à savoir :

1. Fixer les règles d'identification des propriétaires effectifs des sociétés et entreprises, de collecte et de divulgation des informations relatives à la Propriété effective de ces entités juridiques ;
2. Donner la définition la plus large et la plus complète du propriétaire effectif, le mode de son identification sur le principe de propriété, l'exercice du contrôle de la société, des actions ou droits de vote, le droit au bénéfice effectif
3. Déterminer les systèmes d'enregistrement publics qui permettent de divulguer facilement des informations ayant trait à la Propriété effective ;
4. Inclure dans le champ de son application toutes les sociétés et entreprises nationales exerçant des activités commerciales et industrielles ou générant des revenus en Guinée, ainsi que celles soumissionnant, opèrent, ou investissent dans des opérations commerciales et industrielles qui génèrent des revenus en Guinée.

5. Appliquer les exigences de transparence aux acquisitions ou cessions directes ou indirectes, partielles ou cumulées du capital, des actions, des parts et toutes autres formes de transactions d'une société ou d'une entreprise, impliquant des changements successifs et fréquents de propriétaires des sociétés entreprises, soit par un rachat direct de l'entreprise, soit par la prise de contrôle de l'entreprise par la cession des actions ou parts;
6. Exiger que des informations révélatrices sur la Propriété effective soient divulguées au moment de la constitution d'une entreprise ou de toute transaction pouvant entraîner le changement de l'actionnariat, du bénéfice effectif ou du contrôle effectif de la société ou de l'entreprise.
7. Fixer les règles de collecte et divulgation des informations relatives à la Propriété effective depuis le moment de l'immatriculation d'une société et préalablement à l'octroi de toute licence, passant par les diverses acquisitions, transactions ou cessions au rachat et la liquidation.
8. Fixer la procédure de collecte, d'enregistrement et de publication des données ;
9. Faire obstacle à la dissimulation des relations inappropriées avec des fonctionnaires et personnes politiquement exposées ;
10. Rendre obligatoire la publication d'informations sur les « propriétaires effectifs » des entreprises, à savoir les personnes qui au final contrôlent une entreprise ou en tirent bénéfice ;
11. Dissuader l'évasion fiscale ;
12. Permettre de mettre en lumière les malversations financières ;
13. Définir les données nécessaires à l'identification des Propriétaires effectifs ou bénéficiaires effectifs et leurs ayants-droits économiques
14. Définir le périmètre de divulgation de la Propriété effective ;
15. Définir les supports de collecte, de divulgation et de publication des données sur la Propriété effective ;
16. Assurer la fiabilité des données divulguées ; et
17. Ouvrir un accès facile à l'ensemble des données ; sauf à respecter certaines règles de confidentialité.

Il ressort de tout ce qui précède que contrairement aux propriétaires juridiques d'une société, qui sont les actionnaires, la loi doit inclure les notions de « bénéficiaires effectifs » d'une société qui sont les personnes physiques possédant et contrôlant effectivement les sociétés et qui peuvent être différents des actionnaires.

Selon la norme ITIE, la Propriété (réelle) effective doit couvrir au minimum les « personne(s) physique(s) qui, directement ou indirectement, possède(nt) ou exerce(nt) en dernier ressort le droit de propriété ou le contrôle de l'entité juridique».

En vertu de cette Norme ITIE, seule une personne physique peut être un propriétaire réel (effectif) d'une société. En conséquence, toute autre structure prenant la forme d'une personne morale ou une fiducie ne peut pas être considérée comme le propriétaire réel (effectif) d'une société.

Il existe à ce principe deux exceptions, à savoir le cas où la société est elle-même cotée ou la filiale exclusive d'une société cotée et le cas où l'Etat a la qualité d'actionnaire dans la société. En conséquence, les sociétés cotés et l'Etat ne sont pas tenus de communiquer des informations supplémentaires sur la Propriété effective.

III - BREF RAPPEL DE LA LÉGISLATION GUINÉENNE EXISTANTE SUR LA PROPRIÉTÉ EFFECTIVE

L'exigence de transparence sur la Propriété effective est présente dans différents textes législatifs guinéens suivants:

1 - CODE MINIER :

Article 153 : Tout titulaire ou demandeur de titre minier ou d'exploitation de carrières ainsi que leurs sous-traitants directs ont l'obligation de fournir au CPDM, l'identité de toutes les parties ayant des intérêts dans le titre, notamment :

- Les actionnaires légalement identifiés de chaque société composant le demandeur et, le titulaire ou son sous-traitant ;
- Les filiales de chaque société composant le demandeur, le titulaire ou son sous-traitant, leur lien avec la société et la juridiction dans lesquelles elles opèrent ;
- L'identité des directeurs et cadres séniors de chaque société composant le demandeur, le titulaire ou son sous-traitant, chaque actionnaire de ces sociétés, toute personne estimée contrôler la société, et toute personne détentrice de cinq pour cent (5 %) ou plus des droits de vote donnant droit au contrôle de la société ou des droits au bénéfice de la société, et la chaîne par laquelle ces droits sont exercés.

Article 8, § 4 : Toute filiale du titulaire (d'un titre minier) ou d'un des actionnaires de celui-ci doit faire une déclaration d'identité préalable précisant la nature du lien dans toute soumission à enjeu économique et financier concernant les sociétés minières en Guinée ;

Article 15 § 6 : Ne peuvent obtenir des titres miniers ou autorisations, les personnes et les sociétés sujettes à des sanctions internationales ou des investigations criminelles liées à la fraude, à la corruption ou au blanchiment d'argent ;

Article 90 §5, 6, 7, 8, 14 et 15 : Tout changement de contrôle direct ou indirect de tout titulaire d'un intérêt dans un titre minier sera soumis à l'approbation ou à la validation du Ministre en charge des Mines ;

Toute acquisition directe ou indirecte partielle ou cumulée égale ou supérieure à cinq pour cent (5%) du capital de la société détentrice du titre minier, pétrolier ou gazier doit être soumise au ministre en charge des Mines pour sa validation.

La définition de ce qui constitue un changement de contrôle fera l'objet d'un Arrêté conjoint des Ministres chargés des Mines et des Finances ;

Toute décision de cession ou d'amodiation totale ou partielle ou toute acquisition formelle d'un titre minier doit faire l'objet d'un avis favorable ou d'une validation de la Commission nationale des Mines avant d'être soumis à l'approbation du Ministre en charge des mines ;.....

Article 90 § 14 et 15 : Tout changement de contrôle direct ou indirect de tout titulaire d'un intérêt dans un titre minier sera soumis à l'approbation ou à la validation du Ministre en charge des Mines ;

..... Toute décision de cession, de cession ou d'amodiation totale ou partielle ou toute acquisition formelle d'un titre minier doit faire l'objet d'un avis favorable ou d'une validation de la Commission nationale des Mines avant d'être soumis à l'approbation du Ministre en charge des mines ;

Toute modification de l'actionnariat d'une société titulaire d'un titre minier, suite à une opération boursière régulière, doit faire l'objet d'une note d'information adressée au ministre en charge des Mines dans un délai n'excédant pas 48 h ;

Tout changement dans l'actionnariat direct d'une société titulaire d'un titre minier doit faire l'objet d'une publication dans le journal officiel et sur le site internet du Ministère en charge des Mines ou tout autre site désigné par le Ministre.

2 - CODE PETROLIER : (loi L/2014/ 34/AN portant code pétrolier):

L'Article 17 portant attribution des contrats pétrolier⁵, en son 4^{ème} paragraphe exige la publication de l'identité des demandeurs du contrat pétrolier.

L'Article 18 exige au point (d) la qualification juridique portant sur l'organisation de la société et l'identité de ses administrateurs, directeurs et actionnaires.

Dans le cadre de la lutte contre la corruption à l'interne, l'Article 134 de ce code, portant application de l'ITIE-Guinée, prévoit que les contractants sont tenus de participer au mécanisme de transparence des paiements qu'ils effectuent à l'Etat au titre du présent code, tel que prévu par le décret D/2012/014/PRG/SGG portant création, attribution et organisation de l'initiative pour la transparence des industries extractives en République de Guinée (ITIE-Guinée) et aux autres textes réglementaires mettant en œuvre l'ITIE-Guinée conformément à la norme ITIE au niveau international.

3 - ACTE UNIFORME OHADA PORTANT SUR LE DROIT COMMERCIAL GENERAL

L'Acte Uniforme OHADA relatif au droit commercial général, qui régit l'immatriculation des personnes morales, prévoit dans son article 46 que les sociétés ont l'obligation de soumettre « *toute autre indication prévue par une disposition légale particulière* » lors de la demande de l'immatriculation de la société ». Néanmoins, seules les sociétés soumises à l'obligation d'immatriculation au RCCM sont concernées par cette disposition. Cette disposition n'est pas prévue pour les succursales et les bureaux de liaisons.

Cet inventaire sommaire de la législation guinéenne, contenant des règles régissant la Propriété effective, permet d'étendre le champ d'application de l'Exigence 2.5 de l'ITIE au delà des sociétés extractives, à l'effet de couvrir toutes les sociétés ou entreprises soumissionnant ou opérant en Guinée.

IV - IMPACT JURIDIQUE ET STRUCTURE DU TEXTE

La présente loi, qui comprend 36 articles, repartis dans cinq chapitres, d'un point de vue contextuel, vient combler un vide.

Dans les deux articles des dispositions générales définissent l'objet et le champ d'application de la loi.

Le Chapitre premier, articles 3 à 6 définit le propriétaire réel d'une société ou d'une entreprise en ce qu'il est uniquement une personne physique.

Le Chapitre II (articles 7 à 12) fixe les règles de la divulgation des renseignements relatifs à la propriété ou aux changements de propriété.

L'article 7 énonce les obligations d'identification des propriétaires réels des sociétés ou entreprises mentionnées à l'article 2 de la présente loi et celle de divulgation des informations sur la Propriété effective.

L'article 8 établit les procédures de collecte des données en conformité avec les articles 262 à 269 de l'acte uniforme relatif aux droits des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique.

L'article 9 indique les obligations des membres des professions juridiques qui assistent dans l'établissement des relations d'affaires.

L'article 10 pose l'exigence de l'exactitude de l'information relatives à l'identité des propriétaires effectifs.

L'article 11 concerne la ponctualité des informations relatives à la Propriété effective, qui doit être fondée sur des données remontant au maximum à l'exercice comptable de l'année précédente.

L'article 12 a pour objet l'accessibilité des informations, précisément leur disponibilité dans un registre.

Le Chapitre III, (articles 13 à 22), est relatif aux supports de divulgation des informations.

L'article 13, qui a trait à la tenue de registres, donne une définition du registre et de son rôle.

L'article 14 traite du registre des Titres nominatifs que toute entreprise doit obligatoirement tenir.

Les articles 15 et 16 énoncent les règles spécifiques aux sociétés ou entreprises cotées en bourse et aux opérations conjointes au sein d'un partenariat.

L'article 17, relatif au contenu du registre national des propriétés réelles, énumère les renseignements qui doivent y être inscrits.

L'article 18 est spécifique aux renseignements à inscrire au registre national des propriétés réelles en ce qui concerne les personnes physiques.

L'article 19 indique le contenu spécifique du registre national des propriétés en ce qui concerne le mandataire de la personne morale dans les industries extractives.

L'article 20 traite des registres ouverts au CPDM et à l'administration en charge des hydrocarbures.

L'article 21 établit le droit d'accès aux registres et à tous documents permettant l'identification des propriétaires effectifs.

L'article 22, sur la divulgation ponctuelle des informations nécessaires à l'identification des propriétaires réels, crée l'obligation pour les autorités nationales d'y procéder ponctuellement.

Le Chapitre IV contient les règles relatives aux personnes politiquement exposées qu'il répartit entre les articles 23 et 24 (définition de la personne politiquement exposée en Guinée et à l'étranger), article 25 (obligation de détection des personnes politiquement exposées), article 26 (obligation de prendre les mesures

destinées à détecter ces personnes), article 27 (l'obligation de vigilance à travers un système adéquat de gestion des risques et des mesures spécifiques).

Le Chapitre V, articles 28 à 35, édicte les règles de la publication des données sur la Propriété effective en ce qui concerne la constitution des données (article 28), les données d'identification du propriétaire réel (article 29), la collecte et l'accès aux données constituées par les entreprises et sociétés (article 30), au droit à l'information lors de la collecte des données (article 31), au droit de rectification (article 32), à l'obligation de confidentialités, de sécurité de traitement et de secret professionnel (article 33), à la communication transfrontière de données (article 34) et au droit d'accès au fichier de collecte des données personnelles (article 35).

Telle est l'économie de ce projet de loi.