

**CONSTITUTION ET VIE D'UNE SOCIETE MINIERE EN REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU
CONGO A LA LUMIERE DES REGLES SPECIALES DE CONSTITUTION DES SOCIETES A STATUT
PARTICULIER EN DROIT DE L'OHADA**

Par

Roger MULAMBA KATAMBA

Avocat au Barreau de Kinshasa/Matete et Associé-Gérant au Cabinet RMK & Associés

La République Démocratique du Congo offre un potentiel minier diversifié et éparpillé dans toutes ses provinces. La gamme extrêmement variée des minerais offre ainsi des possibilités énormes d'exploitation¹.

L'importance de ce secteur dans l'économie national n'est plus à démontrer ; en témoignent quelques chiffres : l'industrie minière a contribué au P.I.B. à environ 50 % et à 80 % aux exportations de la RDC en 1970. Actuellement, en dépit des difficultés qu'il connaît et grâce au nouveau Code minier qui a attiré les investissements étrangers, le secteur minier contribue à hauteur de 46 % au P.I.B. et à 25 % à son taux de croissance². Il représente environ 70 % de la valeur totale des exportations du pays³.

Sont ainsi au cœur de l'exploitation industrielle et capitalistique de ces substances minérales, les sociétés minières publiques, mixtes et privées qui, grâce au nouveau concept gagnant-gagnant dans les partenariats et diverses conventions minières où l'Etat est directement ou indirectement partie prenante, ont amélioré en général la production nationale dans ce secteur par rapport à la période d'avant 2002⁴.

Compte tenu de la forte dose de souveraineté nationale qui marque le domaine des mines et carrières⁵, ces sociétés sont, de par la volonté du législateur congolais soumises à un régime particulier lié notamment à certains éléments de leur constitution en tant que personnes morales. Il convient donc qu'au moment de leur formation, toutes les précautions soient prises par les associés en vue de satisfaire aux critères d'éligibilité à détenir les droits miniers et/ou de carrières en rapport avec leur constitution⁶.

¹ www.mines-rdc.cd, Potentialités minières de la RDC.

² Guide économique et commercial de la RDC 2013, DRC Contacts 2013, p. 16.

³ www.mines-rdc.cd.

⁴ Statistiques minières 2003 à 2012, Ministère des mines RDC, septembre 2013.

⁵ Voir Joseph Kanga et Atinoukê Amadou, Droit et politiques de l'énergie en Afrique subsaharienne : les tendances d'harmonisation, revue des juristes de Sciences Po automne 2013, pp 62-77, lien, voir aussi Ohada.com, actualités du 26-11-2013.

⁶ En application de l'article 9 de la constitution de la R.D.C, le Code minier, dans son exposé des motifs, réaffirme le principe de la propriété de l'Etat sur les substances minérales contenues dans les gîtes minéraux naturels, artificiels, géothermiques et les eaux souterraines se trouvant sur la surface du sol et du sous-sol.

Cependant, il est reconnu au titulaire d'un droit minier ou de carrière d'exploitation, la propriété des produits marchands, c'est-à-dire, les substances minérales, sous quelque forme que se soit, extraites en vertu des droits miniers ou de carrières d'exploitation et/ou tout produit élaboré à partir de ces substances dans les usines de concentration à des fins commerciales.

En d'autres termes, il est question d'examiner la constitution et la vie de ces sociétés, à la lumière des règles du droit des sociétés OHADA et en rapport avec le statut particulier qui est le leur en tant que sociétés minières.

Ces règles ont connu une évolution historique importante allant de ce que l'on peut qualifier d'ancien droit au nouveau droit des sociétés⁷.

En effet, depuis l'accession de la République Démocratique du Congo à l'indépendance, la matière relative au droit des sociétés était régit de manière éparse notamment par le Décret du Roi souverain du 27 février 1887 sur les sociétés commerciales, le Décret du 19 septembre 1965 complétant celui du 23 juin 1960, lequel prescrit certaines règles de forme et de publicité communes à toutes les sociétés et qui abroge certaines dispositions du Décret du Roi souverain. Il convient aussi de citer l'Arrêté royal du 22 juin 1928 et le Décret du 24 mars 1956 sur les sociétés coopératives⁸.

Le 13 juillet 2012, la RDC a déposé les instruments d'adhésion au Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique⁹ et par ricochet, au droit des sociétés adopté sous l'égide de ce système juridique, scellant de ce fait la rupture avec l'ancien droit des sociétés hérité pour l'essentiel de l'arsenal juridique colonial¹⁰.

Ainsi, avec une actualité marquée par l'attractivité qu'exerce le secteur minier congolais sur les investisseurs nationaux et étrangers et compte tenu de l'engouement des acteurs économiques à appliquer le nouveau droit des sociétés OHADA, il nous a paru important d'apprécier certaines de ses dispositions au regard des règles particulières applicables aux sociétés exerçant des activités réglementées (société à statut particulier) dont les sociétés minières.

I. CADRE JURIDIQUE REGISSANT LE SECTEUR MINIER EN REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO.

Le secteur des mines en République Démocratique du Congo a connu une évolution législative graduelle allant de la période du Congo belge (législation coloniale) à la période du Congo indépendant (législation postcoloniale).

A. LEGISLATION MINIERE COLONIALE

⁷ Le nouveau droit des sociétés commerciales en République Démocratique du Congo est le droit OHADA.

⁸ LUKOMBE NGHENDA, Droit congolais des sociétés, T 1, PUC, Kinshasa 1999, p. 14.

⁹ Ce Traité est entré en vigueur en République Démocratique du Congo le 12 septembre 2012 conformément à l'alinéa 2 du Traité qui dispose qu'à l'égard de tout Etat signataire déposant ultérieurement son instrument de ratification, le Traité et les Actes uniformes adoptés avant la ratification entreront en vigueur soixante jours après la date dudit dépôt.

¹⁰ Acte Uniforme du 17 avril 1997 relatif au Droit des Sociétés Commerciales et du Groupement d'Intérêt Economique, J.O. OHADA n° 2, 01/10/97, p. 1 et S, tel que révisé le 30 janvier 2014 à Ouagadougou.

La législation coloniale dans le secteur des mines commence par le Décret du 16 décembre 1910 modifié et complété par le Décret du 16 avril 1919 lequel régit la recherche et l'exploitation minière uniquement dans le Katanga. Il a fallu attendre 1937 pour avoir une législation minière englobant l'ensemble du Territoire national avec la promulgation du Décret du 24 mars 1937. Cette législation était l'émanation du Gouvernement du Congo belge.

Ce dernier décret a subsisté après l'indépendance du Congo le 30 juin 1960 et a accompagné le pays pendant plus de trois ans.

B. LEGISLATION MINIERE POSTCOLONIALE

Le Congo en tant qu'Etat indépendant connaîtra sa première réglementation dans ce secteur avec l'Ordonnance-Loi n° 67/231 du 03 mai 1967 portant législation générale sur les mines et les hydrocarbures plus tard abrogée par l'Ordonnance-loi 81-013 du 02 avril 1981 portant Législation générale sur les mines et les hydrocarbures. Cette législation est restée en vigueur jusqu'en 2002, date à laquelle le Législateur a innové en mettant sur pied une nouvelle législation incitative par la Loi n° 007/2002 du 11 juillet 2002 portant Code minier complétée par ses mesures d'application contenues dans le Décret n° 038/2003 du 26 mars 2003 portant Règlement minier. Ces deux derniers textes constituent la base du cadre juridique régissant le secteur minier en RDC.

Le champ d'application de la réforme du cadre juridique mise en place par l'Etat congolais à travers ce nouveau Code concerne uniquement la recherche, l'exploitation, la transformation, le transport et la commercialisation des substances minérales classées en mines ou en carrières ainsi que sur l'exploitation artisanale des substances et à la commercialisation de celles-ci. Les domaines des hydrocarbures et les eaux thermales ou minérales sont régis par des législations particulières¹¹.

Par ce nouveau cadre juridique, l'Etat congolais a voulu offrir aux investisseurs, personnes physiques ou morales, un environnement juridique, fiscal, douanier et de change favorable au développement de leurs activités dans ce secteur des mines¹².

Comme il ressort de l'exposé des motifs du nouveau Code minier, le législateur a tenu à mettre sur pied une législation incitative avec des procédures d'octroi des droits miniers ou de carrières objectives, rapides et transparentes.

C. L'INCIDENCE DE LA LEGISLATION MINIERE SUR LA CONSTITUTION DES SOCIETES COMMERCIALES

¹¹ Voir l'exposé des motifs de la Loi n° 007/2002 du 11 juillet 2002 portant Code minier, Journal Officiel de la R.D.C, 43^{ème} année, Numéro spécial, 15 juillet 2002.

¹² E. MUKENDI WAFWANA, Le Droit minier, Vol. 1, Principes de gestion du domaine minier, éd. Juricongo-Bruylant, 2005, p. 8.

En principe, le Code et le Règlement minier n'édicte nullement des conditions ou règles supplétives à la constitution des Sociétés commerciales de ce secteur¹³.

Raison pour laquelle lorsqu'ils parlent des sociétés minières, ces textes renvoient aux personnes morales régulièrement constituées, c'est-à-dire dans le respect des règles légales de constitution des sociétés commerciales en vigueur au moment de leur constitution¹⁴.

Depuis le 13 juillet 2012, date de l'adhésion de la République Démocratique du Congo au Traité de l'OHADA¹⁵, le Droit en vigueur en cette matière est l'Acte Uniforme sur les Sociétés Commerciales et le Groupement d'Intérêt Economique (AUSCGIE)¹⁶.

1. CARACTERE ABROGATOIRE ET IMPERATIVE DU DROIT OHADA DES SOCIETES COMMERCIALES

L'article 10 du Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique dispose que « les Actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les Etats parties nonobstant toute disposition contraire du droit interne antérieure ou postérieure ».

Cette disposition présente la particularité d'abroger, pour les matières que le droit OHADA régit, toutes les dispositions de droit national qui ont le même objet que les Actes uniformes ou qui leur sont contraires¹⁷.

Ainsi, lorsqu'un Acte uniforme entre en vigueur, il devient directement applicable et obligatoire ; il se substitue donc aux règles de droit interne existantes. Cette règle est impérative et concerne tout texte de droit interne présent ou avenir. C'est le principe de l'applicabilité directe consacré par l'article 10 du Traité.

Il se dégage le caractère de supranationalité des Actes uniformes qui est la manifestation de la suprématie du droit communautaire sur le droit interne pour les matières faisant l'objet de

¹³ Loi n° 007/2002 du 11 juillet 2002 portant Code minier, Journal Officiel de la R.D.C, 43^{ème} année, Numéro spécial, 15 juillet 2002 et le Décret n° 038/2003 du 26 mars 2003 portant Règlement minier, Journal Officiel de la R.D.C, 44^{ème} année, Numéro spécial, 1^{er} avril 2003.

¹⁴ Comme nous l'avons souligné dans l'introduction, les règles de constitution des sociétés commerciales renvoyaient à un certain nombre des textes de loi notamment au Décret du Roi souverain du 27 février 1887 sur les sociétés commerciales, au Décret du 19 septembre 1965 complétant celui du 23 juin 1960. Il y a aussi l'Arrêté royal du 22 juin 1928 et le Décret du 24 mars 1956 sur les sociétés coopératives.

¹⁵ C'est l'article 3, alinéa 1 de ce Traité qui institue l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) comme l'institution devant assurer les tâches prévues audit Traité.

¹⁶ L'Acte Uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique a été adopté le 17 avril 1997. Cet Acte a fait l'objet de révision le 30 janvier 2004 ; la publication de l'Acte révisé au J.O. de l'OHADA se trouve dans son numéro spécial du 04 février 2004.

¹⁷ Traité signé à Port Louis le 17 octobre 1993 par 16 pays d'Afrique auxquels s'est joint la République Démocratique du Congo le 12 septembre 2012.

l'harmonisation¹⁸. La jurisprudence précise en outre que la publication de ces Actes au Journal officiel d'un Etat partie est sans incidence sur leur entrée en vigueur immédiate¹⁹

Il en découle que les dispositions de l'Acte Uniforme sur les Sociétés Commerciales et le Groupement d'Intérêt Economique (AUSCGIE) s'appliquent sans exception à toutes les sociétés commerciales quelle que soit leurs formes ou leurs objets étant entendu que ces dispositions sont impératives. Telle est la volonté du Législateur OHADA exprimée par l'article 2 dudit Acte Uniforme²⁰.

C'est dire que le droit uniforme est marqué d'une très forte dose de caractère d'ordre public²¹.

Ainsi, le statut particulier reconnu à certaines sociétés commerciales étant uniquement lié à leur objet social, il va de soi que celles-ci sont aussi régis par cet Acte Uniforme. Cette position a été consolidée par la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA (CCJA) en son Avis n° 001/2001/EP du 30 avril 2001 lorsqu'elle affirme que les dispositions de l'Acte Uniforme relatif au Droit des Sociétés Commerciales et du Groupement d'Intérêt Economique étant d'ordre public et s'appliquant à toutes les sociétés commerciales à raison de leur forme et quel que soit leur objet régissent les sociétés soumises à un régime particulier entrant dans le cadre juridique ainsi défini.²²

En cette matière, les seules dérogations admises sont celles prévues par l'Acte uniforme (AUSCGIE) lui-même et qui renvoie à cet égard aux dispositions législatives du droit interne applicables aux sociétés soumises à un régime particulier.

2. REGIME PARTICULIER

Pour cette dernière catégorie des sociétés commerciales, c'est-à-dire celles soumises à un régime particulier, l'article 916 de l'AUSCGIE apporte un tempérament au principe du caractère abrogatoire édicté par l'article 10 du Traité.

¹⁸ KENFACK DOUAJANI Gaston, L'abandon de souveraineté dans le Traité OHADA, Revue PENANT n° 830 Mai-août 1999, cité par Alhousseini MOULOUL, Comprendre l'Organisation pour l'Harmonisation en friquet du Droit des Affaires (OHADA), 2^{ème} Edition.

Voir aussi l'Avis de la CCJA n° 001/2001/EP du 30 avril 2001.

¹⁹ CA du Centre, n° 333/civ, 2/8/2002 : KINGUE Paul c/ HAJAL MASSAD, www.ohada.com, Ohadata J-o4-470, cité par Mahutodji Jimmy Vital KODO, L'application des Actes uniformes de l'OHADA, Academia Bruylant, P.U.R, p. 49.

²⁰ L'article 2 du Traité dispose que : « Les statuts de la société commerciale et du groupement d'intérêt économique ne peuvent déroger aux dispositions du présent Acte uniforme, sauf dans les cas où celui-ci autorise expressément l'associé unique ou les associés, soit à substituer des clauses statutaires aux dispositions du présent Acte uniforme, soit à compléter par des clauses statutaires les dispositions du présent Acte uniforme ».

²¹ J. ISSA SAYEGH, Le caractère d'ordre public des dispositions de l'Acte Uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, OhadataD-09-39 cité par B. Le Bars, Droit des sociétés et de l'arbitrage international, pratique en droit de l'Ohada, Joly édition, Paris 2011, p. 8.

²² F. ONANA ETUNDI et J. M. MBOCK BIUMLA, Cinq ans de jurisprudence de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA (CCJA), 1999-2004, Presse de l'AMA, 1^{er} Edition 2005, p. 145.

En effet, cet article dispose que « Le présent Acte uniforme s'applique aux sociétés soumises à un régime particulier sous réserve des dispositions législatives ou réglementaires auxquelles elles sont assujetties.

Les clauses des statuts de ces sociétés, conformes aux dispositions abrogées par le présent Acte uniforme mais contraires aux dispositions du présent Acte uniforme et non prévues par le régime particulier desdites sociétés, sont mises en harmonie avec le présent Acte uniforme dans les conditions prévues à l'article 908 ci-dessus »²³.

Comme on peut le constater, cette disposition laisse donc subsister les dispositions législatives internes spécifiques auxquelles les sociétés commerciales à statut particulier sont soumises.

Ce statut ou régime particulier reconnu à ces sociétés 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 mixte²⁴ mais aussi, dans certaines considérations liées à la notion de souveraineté nationale (secteur minier).

C'est ainsi que l'exposé des motifs du Code minier de la République Démocratique du Congo affirme le principe de la propriété de l'Etat sur les substances minérales dans les gites minérales, notamment les gites minéraux naturels, artificiels, géothermiques et les eaux souterraines se trouvant sur la surface du sol ou le sous-sol. L'accès à la recherche et l'exploitation de ces substances n'est autorisé qu'au moyen des droits accordés en vertu des dispositions du Code minier²⁵.

Les sociétés à statut particulier restent régies par l'Acte uniforme qui est à ce titre, le droit commun des sociétés tandis que les règles particulières du droit interne ne s'appliquent que pour autant qu'elles ne soient pas contraires à celui-ci²⁶.

Dans le cadre de cette réflexion, nous examinerons uniquement les règles spécifiques applicables aux sociétés minières.

II. REGLES SPECIFIQUES LIEES AU STATUT PARTICULIER DES SOCIETES MINIERES.

L'Acte Uniforme (AUSCGIE) édicte des dispositions légales sur la constitution de toutes les sociétés commerciales. Il s'agit notamment des règles liées au siège, à l'objet social, à la participation au capital social ou actionnariat, aux différentes formes d'apports, etc.

²³ Article 916 de l'AUSCGIE, in Code Bleu OHADA, 3^{ème} édition, RurAfrica 2014.

²⁴ Notes sous l'article 916, Traité et actes uniformes commentés et annotés, 4^{ème} éd. 2012, Juriscop 2012, p. 655.

²⁵ Exposé des motifs de la Loi n° 007/2002 du 11 juillet 2002 portant Code minier, J.O. de la RDC, 43^{ème} année, numéro spécial, 15 juillet 2002.

²⁶ Cour d'Appel d'Abidjan, arrêt n°615 du 20 Mai 2003, Port Autonome d'Abidjan (PAA) C/ Entreprise Gravier et Sables (EGS)). Ohadata J-03-276 ; Cour d'appel de Niamey, ordonnance de référé n° 110 du 11 juillet 2001, SNAR-LEYMA c/ Amadou Hima et autres. Ohadata J-02-36

L'exploitation industrielle des mines, carrières et de tout gisement de ressources naturelles étant un acte de commerce par nature²⁷, les sociétés qui s'adonnent à cette activité sont donc des sociétés commerciales et doivent de ce fait être constituées conformément à l'Acte Uniforme qui constitue actuellement le Droit des sociétés applicable en République Démocratique du Congo.

Cependant, ces sociétés doivent remplir, lors de leur création ou pendant leur existence un certain nombre des conditions édictées par le Code et le Règlement minier pour leur fonctionnement effectif dans ce domaine spécifique des mines.

Comme nous l'avons relevé ci-haut, il s'agit, non pas des conditions de constitution supplétives à celles édictées par l'Acte Uniforme mais plutôt, des conditions ou spécificités dont elles doivent tenir compte pour l'accomplissement de leur objet social.

Il en découle que pareilles sociétés commerciales régulièrement constituées restent valables et aptes juridiquement mais, elles se trouveront paralysées dans leur fonctionnement, surtout en ce qui concerne l'accomplissement de certains actes découlant de la réalisation de leur objet social dans le secteur minier pour défaut d'accomplissement de ces conditions particulières.

Ces conditions sont liées au siège (A) et à l'objet social (B) ainsi qu'à l'actionnariat ou participation au capital social (C).

A. LE SIEGE SOCIAL

S'agissant du siège social, les articles 13 et 23 de l'AUSCGIE en font une mention obligatoire dans les statuts. Aussi, l'article 24 offre la possibilité ou le choix pour les associés de fixer le siège social soit au lieu du principal établissement de la société, soit à son centre de direction administrative et financière. Or, il n'est toujours pas évident en pratique que le centre de direction administrative et financière d'une société se trouve dans le même pays que celui de son principal établissement ou autrement dit, celui dans lequel elle est immatriculée.

Tel ne pas le cas des sociétés à statut particulier. A ce propos, l'article 21 de l'AUSCGIE précise que lorsque l'activité exercée par la société est réglementée, la société doit se conformer aux règles particulières auxquelles ladite activité est soumise.

Il en est ainsi des sociétés minières qui sont constituées pour un but bien déterminé à savoir, la recherche et/ou l'exploitation des substances minières, et qui de ce fait doivent être éligibles à détenir des droits miniers, soit de recherche soit d'exploitation.

²⁷ L'article 3 de l'Acte Uniforme portant sur le droit commercial général classe l'exploitation industrielle des mines, carrières et de tout gisement de ressources naturelles parmi les actes de commerce par nature.

Ainsi, une société peut être constituée régulièrement conformément à la loi, mais n'est pas être éligible à détenir des droits miniers en rapport avec les exigences fixées par la législation minière quant à son siège social en RDC.

A ce propos, parlant des conditions d'octroi du Permis de Recherche et du Permis d'Exploitation²⁸, les articles 96 et 143 du Règlement minier renvoient aux conditions d'éligibilité prévues à l'article 23 du Code minier qui dispose entre autres conditions pour les sociétés commerciales de droit congolais que celles-ci doivent avoir leurs sièges sociaux et administratifs dans le Territoire National.

Est visé ici, le domicile de la personne morale en tant que sujet de droit ; le lieu où se réunissent ses organes d'administration et de direction mieux, là où se trouve son principal établissement²⁹.

Il en découle qu'au moment de la demande des droits miniers, la société minière doit avoir son siège social et administratif en République Démocratique du Congo. Notons que le siège social doit être localisé par une adresse géographique suffisamment précise ; la domiciliation à une simple boîte postale n'étant pas seule suffisante³⁰.

Ces spécificités peuvent faire l'objet de modification aux statuts sociaux lorsque le changement d'activités s'opère au cours de la vie sociale d'une société précédemment créée et n'ayant pas eu au départ les activités des mines comme son objet social.

Une société peut donc, au moment de sa constitution, avoir un siège social en dehors du territoire national ; elle n'est donc pas éligible à détenir des droits miniers. C'est donc au moment de la demande de ces droits qu'elle doit tenir compte des conditions particulières, en l'occurrence avoir le siège social sur le territoire national.

Il y a lieu de constater lors de la constitution de la société minière que c'est en amont que les associés doivent tenir compte de ces conditions particulières car, au départ, elle est une société commerciale comme tout autre dont la notion du siège social obéirait uniquement à l'article 23 de l'AUSCGIE si jamais elle ne se livre aux activités minières.

Quant aux sociétés étrangères, elles ne peuvent prétendre à ne détenir que des droits miniers et/ou de carrières de recherches, à condition d'être régulièrement constituée dans leurs pays d'origine. En outre, elles sont tenues d'élire domicile auprès d'un mandataire en mines et

²⁸ En droit minier congolais, le Permis de Recherche est un droit réel, immobilier, exclusif, cessible et transmissible. Il est constaté par un titre minier appelé Certificat de Recherche. Le Permis d'Exploitation est aussi un droit réel, immobilier, exclusif, cessible et transmissible. Toutefois, à la différence du Permis de Recherche, le Permis d'Exploitation est amodiable. Il est constaté par un titre minier dénommé Certificat d'Exploitation.

²⁹ E. MUKENDI WAFWANA, op cit, éd. Juricongo-Bruylant, 2005, p. 106.

³⁰ Article 25 de l'AUSCGIE du 30 janvier 2014 in OHADA Code bleu, 3 ème Ed. 2014, p. 161.

carrières établi dans le territoire de la République Démocratique du Congo et d'agir par son intermédiaire³¹.

Il convient ici de relever aussi le cas de la succursale. Cette question revêt une importance capitale étant donné que dans l'espace OHADA un véritable statut juridique est reconnu à cette entité sous couvert de laquelle toute entreprise a droit actuellement de mener ses activités³².

L'AUSCGIE définit la succursale comme un établissement commercial ou industriel ou de prestations de services appartenant à une société ou à une personne physique et doté d'une certaine autonomie de gestion (article 116). Elle peut donc être un établissement d'une société ou d'une personne physique étrangère.

Toutefois, bien que soumise à l'obligation de l'immatriculation au Registre de Commerce et du Crédit mobilier, la succursale est dépourvue de personnalité juridique autonome distincte de celle de la société ou de la personne physique propriétaire (articles 117 et 119)³³. Elle est simplement un département décentralisé dénué de patrimoine et jouissant de la surface financière et du crédit de son propriétaire auquel elle est attachée³⁴.

A la différence de la filiale qui est une entité juridique dotée d'une personnalité juridique propre et qui est assujettie à la *lex societatis* du lieu de son siège social, la succursale répond principalement au droit de la société qui l'a créée, avec quelques exceptions en matière de droit local applicable à l'implantation³⁵.

Etant ainsi dépourvu d'une individualité juridique propre, la succursale ne peut prétendre à détenir les droits miniers et/ou de carrières de recherches et d'exploitation³⁶.

³¹ Les Mandataires en mines et carrières sont des auxiliaires à l'administration des mines. Au terme de l'article 25 du Code minier, ces auxiliaires sont préalablement agréés par le Ministre des Mines suivant les conditions fixées à l'article 32 du Règlement minier. Le Ministère des Mines tient et publie une liste de ces Mandataires laquelle est actualisée annuellement.

³² Michel LECERF et Olivier BOISSEAU CHARTRAIN, Quel avenir pour les succursales des sociétés étrangères dans l'OHADA ?, in Les grands articles de doctrine de l'OHADA parus au Recueil PENANT de 2000 à 2013, Ed. Juris Africa, Paris 2013, p. 128-131.

³³ L'immatriculation de la succursale au RCCM ne lui confère nullement la personnalité juridique ; elle constitue uniquement une mesure de publicité.

³⁴ CA N'djamena, n° 281/2000, 5-5-2000 : SDV Cameroun et SDV Tchad c/ STAR NATIONAL, Rev. Juridique Tchadienne, n° 1, mai-juillet 2001, p.21 ; Ohadata j-06-58, cité par Code pratique Francis Lefebvre, OHADA Traité, Actes uniformes et Règlements annotés, Ed. Francis Lefebvre, 2013, p. 965.

³⁵ Benoit LE BARS, Droit des sociétés et de l'arbitrage international, Joly éditions, Paris 2011, p. 388, 389.

³⁶ L'article 23 du Code minier précise que sont éligibles aux droits miniers et de carrières notamment, toute personne physique majeure de nationalité étrangère ainsi que toute personne morale de droit étranger. Il s'agit ici des individualités juridiques régulièrement constituées alors que la succursale, au vu de l'article 117 de l'AUSCGIE, n'a pas de personnalité juridique autonome, distincte de celle de la société ou de la personne physique propriétaire. Les droits et obligations qui naissent à l'occasion de son activité ou qui résultent de son existence sont compris dans le patrimoine de la société ou de la personne physique propriétaire.

Bien plus, la précarité de sa durée qui est de deux ans lorsqu'elle appartient à une société étrangère³⁷ l'exclue automatiquement de l'éligibilité aux droits miniers de recherche et d'exploitation dont la validité varie entre quatre et trente ans avec possibilité de renouvellement, exception faite des droits de carrières dont la durée minimum est d'une année³⁸.

La situation est la même pour le bureau de représentation ou de liaison qui est aussi dépourvu d'une personnalité juridique distincte de celle de la société qui l'a créé³⁹.

B. L'OBJET SOCIAL

En principe, comme nous l'avons souligné ci haut, la société minière est une personne morale régulièrement constituée conformément aux lois en vigueur en République Démocratique du Congo en l'occurrence, l'AUSCGIE.

Au sujet de l'objet social, les articles 19 et 20 de l'AUSCGIE précisent que toute société a un objet qui est constitué par l'activité qu'elle entreprend et qui doit être déterminé et décrit dans ses statuts ; cet objet doit être licite.

Dans la pratique, il est parfois difficile voire impossible de donner une énumération précise et complète des opérations auxquelles on envisage de se livrer conformément à l'objet social. Il en découle donc une tendance à indiquer de façon approximative et générale le champ d'activités de la société.

Aussi, le grand mouvement d'adaptation des structures qui caractérise l'évolution économique contemporaine et qui implique le regroupement, la diversification ou la transplantation géographique des activités rend plus nécessaire une formulation souple et extensive de l'objet social⁴⁰.

D'où la tendance persistante vers certaines formulations de l'objet social dans les statuts sociaux telles que :

- « ...Il est constitué sous le régime de la législation en République Démocratique du Congo une société à responsabilité limitée ayant pour objet le commerce général et l'import –export » ;
- « ...la société a pour objet l'exploitation, la fabrication, l'importation, l'exportation, l'achat, la vente, la distribution des produits commerciaux ».

³⁷ L'AUSCGIE révisé du 30 janvier 2014 précise que cette durée peut être renouvelée une fois sur dispense accordée par Arrêté du Ministre chargé du commerce de l'Etat partie dans lequel la succursale est située.

³⁸ La société étrangère dont il est question est toute société qui n'a pas son siège social dans l'un des Etats membres au Traité de l'OHADA.

³⁹ Le bureau de représentation ou de liaison est une nouveauté apportée par la réforme de l'AUSCGIE du 30 janvier 2014 (Voir les articles 120-1 à 120-5 de l'AUSCGIE révisé adopté à Ouagadougou le 30 janvier 2014, J.O. de l'OHADA, numéro spécial du 04 février 2014).

⁴⁰ FRANCI LEFEBVRE, Droit des affaires, Sociétés commerciales 2007, Mise à jour au 01 septembre 2006, P. 42.

- « ... la société pourra réaliser toutes opérations mobilières ou immobilières généralement quelconques se rattachant directement ou indirectement à son objet social... » ;

Ce genre des formulations revêtent un caractère aussi large qu'imprécis ne pouvant pas permettre de circonscrire limitativement le champ d'activités de la société.

Il se dégage une violation de l'article 23 du Code minier qui exige que pour être éligible à détenir les droits miniers, l'objet social doit porter sur les activités minières.

Il en découle qu'une société peut être régulièrement constituée et avoir un objet social licite conformément aux articles 19 et 20 de l'AUSCGIE sans être pour autant éligible à détenir les droits miniers si cet objet ne porte pas exclusivement sur les activités minières.

Les associés sont donc tenus, s'ils veulent que leur société exerce des activités minières, au respect de cette exigence légale d'éligibilité, lors de la rédaction des actes constitutifs ou lors de la demande des droits miniers en procédant par une assemblée générale extraordinaire modificative des statuts sociaux.

C. ACTIONNARIAT OU PARTICIPATION AU CAPITAL SOCIAL

Les conditions liées à l'actionnariat ou à la participation au capital social sont à considérer dans les cas ci-après :

- L'octroi d'un droit minier d'exploitation (1) ;
- L'acquisition d'un droit minier d'exploitation par cession ou transmission (2).

1. A l'octroi d'un droit minier d'exploitation.

Une société minière qui détient un Permis de Recherche s'attend toujours qu'elle peut exploiter un gisement ainsi découvert à l'issue des travaux de prospection. Pour cela, une fois le gisement trouvé, elle est tenue, avant d'entamer les travaux d'exploitation d'en obtenir un Permis d'Exploitation sur demande auprès du Cadastre minier⁴¹.

Ainsi, lorsqu'il pose les conditions de l'octroi de ce Permis, le Code minier dispose notamment à l'article 71, point d que le requérant a l'obligation de céder à l'Etat 5 % des parts du capital social de la société. Ces parts sont libres de toute charge et non diluables.

Au vœu de l'article 144 du Règlement minier, cette obligation se concrétise lors de l'introduction de la demande du Permis d'exploitation au Cadastre minier par le dépôt d'une déclaration notariée de cession à l'Etat de 5 % du capital social établie par le représentant statutaire de la société.

⁴¹ Au vœu de l'article 12 du Code minier, le Cadastre minier est un service public doté de la personnalité juridique et d'une autonomie financière. Il est placé sous la tutelle des Ministères des Finances et des Mines. Ses attributions sont également fixées dans la même disposition.

Signalons que la situation est aussi identique à l'octroi d'un Permis d'Exploitation des Rejets⁴². Abordant les conditions de ce titre minier, l'article 92 du Code minier renvoie seulement aux prescrits ses articles 71 et 72 évoqués précédemment.

Il en découle que les statuts constitutifs de la société requérante doivent être modifiés pour tenir compte de cette spécificité légale liée au statut particulier applicable aux sociétés minières. Le non-respect de cette exigence rendra la société non éligible aux droits miniers bien que régulièrement constituée. L'accomplissement de l'objet social se trouvera ainsi paralysé faute des titres miniers.

Soulignons la situation d'une société de droit étranger détentrice d'un Permis de Recherche et qui voudrait le transformer en Permis d'Exploitation.

Pour le Législateur congolais, pareille société ne peut en principe détenir que le Permis de recherche comme dit ci-haut. Avant d'en solliciter la transformation en Permis d'exploitation, elle est tenue, au terme de l'article 26 du Règlement minier de créer dans un délai de six mois avant l'expiration de son droit minier ou des carrières, une société de droit congolais à qui elle cédera son titre minier. Cette dernière est tenu au respect des prescrits de l'article 71 point d s'agissant de la souscription obligatoire et sans contrepartie de l'Etat au capital social.

En outre, si le titre à obtenir est un Permis d'Exploitation de Petite Mine (PEPM)⁴³, il y a également une condition liée à l'actionnariat ou participation au capital social qui doit être prise en compte par les associés de la requérante dans les statuts sociaux.

En effet, l'article 104 alinéa 2 du Code minier dispose à ce propos qu'en plus des conditions énumérées aux litera b et c de l'article 71 du même Code, toute personne de nationalité étrangère désireuse d'obtenir un Permis d'exploitation de petite mine 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.

Il y a lieu de relever que lorsque le Permis de recherche est détenu par une personne physique, la transformation en Permis d'exploitation interviendra sans que le Requêteur, personne physique ne soit tenu à l'obligation de l'article 71 point d.

L'explication de cette particularité est liée au fait que le partage du patrimoine des particuliers avec l'Etat n'est pas possible en droit congolais. Aussi, il n'était pas reconnu légalement aux personnes physiques le droit de créer des sociétés unipersonnelles dotées d'un capital social susceptible de modification notamment par la voie de cession des parts sociales⁴⁴.

⁴² Le Permis d'Exploitation des Rejets est un droit réel, immobilier, exclusif, cessible, transmissible et amodiable. Ce droit est constaté par un titre minier appelé Certificat d'Exploitation des Rejets.

⁴³ Le Permis d'Exploitation de Petite Mine est un droit réel, immobilier, exclusif, cessible, transmissible et amodiable. Ce droit est constaté par un titre minier appelé Certificat d'Exploitation de Petite Mine.

⁴⁴ E. MUKENDI WAFWANA, op cit, p 162.

Cette particularité n'est plus logiquement d'actualité depuis l'entrée en vigueur en République Démocratique du Congo du droit OHADA le 12 septembre 2012. L'article 5 de l'AUSCGIE consacre la possibilité de la création d'une société unipersonnelle par une seule personne appelée associé unique.

Cela étant, les demandeurs des Permis d'exploitations opérant par des sociétés unipersonnelles seront tenus aussi à l'obligation de la souscription obligatoire et sans contrepartie de l'Etat de 5 % de leur capital social ; ce qui entraîne la fin de l'unipersonnalité et la transformation de la société en société pluripersonnelle avec au moins deux associés ou actionnaires dont l'Etat congolais.

2. L'acquisition d'un droit minier d'exploitation par cession ou transmission.

a. La cession

Le cessionnaire d'un droit minier d'exploitation est soumis aux mêmes conditions que celles du demandeur d'un Permis d'Exploitation lorsque celui-ci est détenu par une personne morale. Il s'en suit pour cela qu'il est aussi tenu de céder à l'Etat congolais 5 % du capital social. Telle est l'économie de la lecture combinée des articles 23, 71 et 182 du Code minier.

b. La transmission

Au vœu de l'article 187 du Code minier, les droits miniers sont susceptibles de transmission en tout ou en partie en vertu d'un contrat de fusion et pour cause de décès.

Pour cela, la procédure y relative reste la même qu'en matière de cession⁴⁵.

Dans tous les deux cas (cession et transmission), la modification des statuts sociaux s'imposera aux associés du cessionnaire avec l'entrée de l'Etat au capital social de ce dernier.

Soulignons le cas de la cession d'un droit minier d'exploitation détenu par une personne physique. En effet, le détenteur d'un tel droit pourra le céder à une société sans l'obligation d'une contrepartie de 5 % de participation étatique au capital social du cessionnaire. C'est ainsi que l'on constatera qu'il y a des sociétés minières détentrices de Permis d'Exploitation avec participation de l'Etat au capital et celles sans cette participation.

III. CONCLUSION

Le cadre juridique régissant le secteur des mines en RDC tel qu'organisé par le Code et le Règlement miniers n'édicte pas des conditions de constitution des sociétés commerciales supplétives à celles édictées par l'Acte Uniforme sur les Sociétés Commerciales et le Groupement d'Intérêt Economique.

⁴⁵ Article 381 du Règlement minier.

Abordant la question de l'éligibilité aux droits miniers et/ou des carrières, ces textes renvoient entre autres aux personnes morales constituées conformément à la loi c'est-à-dire, en conformité avec la législation sur les sociétés commerciales en vigueur au moment de la promulgation du Code et de ses mesures d'application.

Il se trouve cependant que depuis l'entrée en vigueur du droit de l'OHADA en RDC le 12 septembre 2012, l'AUSCGIE qui est l'une des composantes de ce nouvel arsenal juridique communautaire est devenu le droit commun des sociétés avec cette circonstance que toutes les sociétés doivent s'y conformer. Nous avons souligné le principe dégagé par l'article 10 du Traité créant le droit communautaire lequel consacre le caractère abrogatoire et supranational des Actes uniformes issus de l'OHADA donc l'AUSCGIE.

Toutefois, l'article 916 de ce dernier Acte uniforme apporte un tempérament à ce principe. Cette disposition laisse subsister les dispositions législatives spécifiques auxquelles les sociétés à régime particulier sont soumises pour autant que celle-ci ne lui soient pas contraires. Rentrent dans cette catégorie notamment, les Sociétés minières.

Pour celles-ci, nous avons examiné les conditions particulières édictées par le Code et le Règlement miniers. Ces sociétés commerciales, bien que régulièrement constituées conformément à la législation en vigueur c'est-à-dire à l'AUSCGIE et aptes juridiquement, elles se trouveront paralysées dans leur fonctionnement quant à l'accomplissement de certains actes découlant de la réalisation de leur objet social dans le secteur minier comme nous l'avons démontré pour défaut d'accomplissement de ces conditions particulières. Il s'agit principalement des conditions de leur éligibilité aux droits miniers, liées au siège social et à l'objet social ainsi que de la participation de l'Etat au capital social.

Le cadre juridique minier de la RDC permet aussi aux sociétés étrangères de détenir les droits miniers mais, uniquement ceux liés à la recherche.

Les rédacteurs des statuts sociaux des sociétés sont donc interpellés lors de la rédaction ou à l'occasion des modifications de ces actes de tenir compte de la particularité du régime juridique auquel les sociétés minières sont soumises en vue d'éviter un blocage dans leur fonctionnement dû au défaut d'accomplissement de l'objet social qui est exclusivement lié aux activités minières.

Ces particularités des Code et Règlement miniers ne sont nullement des conditions de constitution supplétives à celles édictées par l'AUSCGIE mais plutôt, des conditions ou spécificités à prendre en considération à la création ou au cours de l'existence de la société.