

Examen de la propriété réelle : mesures pratiques pour réduire les risques de corruption dans les procédures d'octroi de licences extractives

Erica Westenberg et Aaron Sayne

INTRODUCTION

Dans la plupart des pays riches en ressources naturelles, lorsqu'une entreprise cherche à obtenir des droits d'exploration ou d'exploitation pétrolière, gazière ou minière, les règles de l'industrie exigent que les régulateurs vérifient certaines informations fondamentales avant d'octroyer une licence et le contrat s'y rattachant à l'entreprise. Fréquemment, par exemple, le régulateur est censé juger la compétence technique, la santé financière et la conformité environnementale et sécuritaire de l'entreprise. Toutefois, en général, les règles d'octroi de licence n'exigent pas l'examen des intérêts possibles des fonctionnaires dans l'entreprise soumissionnaire, ce qui pourrait créer de graves conflits d'intérêts. Nous avons étudié plus de cinquante lois minières et pétrolières et nous avons constaté qu'environ la moitié contient des interdictions aux fonctionnaires ou à leurs associés proches (souvent dénommés « personnes politiquement exposées » [PPE]) de détention d'intérêts dans les entreprises qui soumettent des demandes de licences extractives, mais aucune n'exige que les régulateurs vérifient effectivement si des intérêts de telles PPE existent dans le cadre de la procédure d'évaluation des demandes de licences. Ceci constitue une lacune potentiellement essentielle dans la supervision réglementaire, ne fût-ce qu'en raison qu'une grande partie des cas réels suggère que la capacité à dissimuler le vrai propriétaire réel d'une entreprise est un instrument principal de corruption dans l'octroi de droits extractifs.

Un nombre croissant d'Etats développent actuellement des politiques juridiques et des systèmes d'information pour la collecte et la publication des données concernant les propriétaires réels des entreprises extractives, les vraies personnes qui possèdent, contrôlent ou profitent économiquement d'une entreprise. Ces réformes vont de la modification des lois d'enregistrement des entreprises et la création de registres publics nationaux jusqu'à des approches spécifiques à l'industrie telles que l'établissement de lois sur la transparence dans le secteur extractif et des exigences en matière d'octroi de licences. Toutefois pour qu'elles aient un impact, les réformes du secteur extractif peuvent devoir aller au-delà de l'exigence de divulgation de la propriété réelle, notamment en instaurant des règles sur les types de relations de propriété réelle devant être considérés comme des délits d'initié ou de la corruption, et en déterminant les conséquences applicables à de telles infractions. Notre étude a montré qu'un certain nombre de pays a déjà mis en vigueur de telles règles, mais la surveillance et l'application sont lacunaires. Compte tenu des risques de corruption, l'amélioration des politiques et pratiques nationales dans l'adjudication des licences extractives doit être à l'avant-plan de ces efforts.

La présente note fournit des conseils sur la manière dont les Etats peuvent renforcer leurs politiques et procédures d'adjudication de licences pour répondre aux risques fondamentaux de corruption que présentent les relations problématiques de la propriété réelle. Cette note est donc organisée autour des cinq aspects suivants de la procédure d'octroi des licences extractives, avec des recommandations et des exemples de dispositions légales que les intervenants nationaux peuvent utiliser à chaque étape :

- 1 dispositions de lutte contre la corruption — définition de la base juridique de lutte contre la corruption dans le secteur extractif ;
- 2 présélection / soumissions des demandes — collection et publication des informations concernant la propriété réelle ;
- 3 examen initial — disqualification des soumissions présentant des problèmes manifestes d'exactitude et de corruption ;
- 4 procédure adjudicative — examen des risques posés par les propriétés réelles problématiques dans les soumissionnaires retenus, et
- 5 mesures complémentaires — utilisation de la divulgation des informations relatives à la propriété réelle pour lutter contre la corruption.

Les pays riches en ressources naturelles doivent choisir des règles d'évaluation de la propriété réelle qui correspondent le mieux aux réalités politiques, juridiques et sectorielles dans lesquelles ils octroient des licences. *Les dispositions légales proposées comme modèle dans ce briefing ne doivent pas être utilisées sans la bonne personnalisation et harmonisation avec les cadres juridiques nationaux et sectoriels.* Ces recommandations peuvent être applicables aux règles en matière d'octroi des licences en vigueur dans les lois, les règlements ou les directives concernant des procédures d'adjudication particulières. Étant donné la nouveauté relative de l'évaluation des risques de corruption à l'aide des informations portant sur la propriété réelle dans les procédures décisionnelles d'octroi de licences, les fonctionnaires peuvent décider de rapporter la majorité des détails en la matière dans des documents moins formels tels que des directives, afin qu'il soit plus facile d'amender les règles en fonction des enseignements tirés. Nonobstant où les règles sont stipulées, elles doivent faire l'objet d'une consultation publique pendant leur développement et d'une publication une fois finalisées, afin de faciliter la surveillance et l'obligation de rendre des comptes.

Il faut noter que l'analyse et les recommandations qui suivent se concentrent intensément sur la manière dont les Etats peuvent utiliser les informations relatives à la propriété réelle lorsqu'ils octroient des licences d'exploration et d'exploitation pétrolières, gazières et minières en amont, que ce soit par l'entremise d'appels d'offres concurrentielles, de systèmes par ordre de dépôt de demande ou par une forme quelconque de négociations directes. Nous utilisons l'expression « octroi de licences » dans le présent ouvrage pour inclure l'adjudication des licences et des contrats extractifs. Nous n'avons essayé de couvrir ni les meilleures pratiques générales¹ pour ces procédures d'adjudication, ni d'autres octrois de droits (par ex., licences pour lever ou transporter du pétrole, construire des raffineries, vendre du carburant). Nous avons principalement exclu ces autres procédures, car les procédures concernées peuvent grandement différer de l'octroi de licences en amont. En même temps, nous reconnaissons que les risques de corruption

1 Pour des conseils plus généraux sur l'octroi de licences, voir Précepte 3, Cadre de référence de la charte des ressources naturelles (NRGI, 2016, uniquement disponible en anglais).

associés à la propriété réelle qui s'y rattachent peuvent être importants² et il existe un argument solide pour étendre la portée des règles concernant la divulgation et l'examen de la propriété réelle pour les inclure.

Ajouter une composante de propriété réelle aux évaluations des licences et contrats du secteur extractif ne constitue pas un remède miracle contre la corruption, de même que cette composante n'est pas sans risque. Nous avons parfaitement conscience que l'introduction de règles concernant la propriété réelle peut engendrer des préoccupations quant à la création de fardeaux et de coûts administratifs, la réduction de l'efficacité de la procédure d'octroi de licences ou même l'augmentation des risques de corruption en introduisant une nouvelle étape décisionnelle discrétionnaire dans les procédures d'octroi de licences. Ces préoccupations sont fondées et les pays doivent les prendre en compte de manière proactive avant de mettre en œuvre la procédure d'examen de la propriété réelle. En partie en vue de répondre à de telles préoccupations, dans le cadre de cet ouvrage, nous soulignons le besoin pour que les fonctionnaires adoptent des critères clairs et objectifs d'évaluation et de fortes mesures de protection de la transparence. Nous soulignons aussi comment les approches interinstitutionnelles, telles que les registres centraux et l'examen de l'octroi de licences extractives, peuvent se renforcer mutuellement afin de réduire les charges administratives. Et, si les fonctionnaires transmettent plus les informations collectées relatives à la propriété réelle dans le domaine public, ils peuvent aider à instiguer une plus grande confiance générale dans les procédures d'octroi de licences et ouvrir les portes pour que d'autres intervenants puissent avoir une plus grande part à jouer dans la maîtrise de la corruption.

2 Par exemple, pour un aperçu de la corruption possible dans les ventes et le transport de matières premières voir Aaron Sayne et Alexandra Gillies, "Initial Evidence of Corruption Risks in Government Oil and Gas Sales" (NRGI, 2016).

1. DISPOSITIONS DE LUTTE CONTRE LA CORRUPTION : DÉFINITION DE LA BASE JURIDIQUE POUR RÉDUIRE LES RISQUES DE CORRUPTION DANS L'OCTROI DE LICENCES

En général, les règles sectorielles définissent certaines restrictions fondamentales sur qui peut ou ne peut pas faire des demandes d'octroi de licences. Nous avons étudié plus de cinquante lois minières et pétrolières et nous avons constaté qu'environ la moitié interdit aux fonctionnaires ou leurs associés proches de détenir des intérêts dans les entreprises soumettant des demandes de licences extractives, mais qu'aucune n'exige que les régulateurs vérifient effectivement si des intérêts de telles PPE existent dans le cadre de la procédure d'évaluation des demandes de licences. Certains pays demandent des informations concernant les propriétaires réels de l'entreprise soumissionnaire, mais jusqu'à présent nous n'avons trouvé aucun cas où les fonctionnaires utilisent les réponses fournies pour prendre des décisions bien fondées qui servent de manière prévisible l'intérêt public³. Toutefois, de nombreux autres pays riches en ressources naturelles ne possèdent pas la moindre restriction légale empêchant les PPE d'utiliser leurs intérêts dans les entreprises pour profiter des opérations du secteur dans leurs pays. Dans ces pays, même si un conflit d'intérêts extrêmement inapproprié venait à être révélé, il est possible qu'il n'existe aucune base juridique permettant d'agir.

Dans les procédures d'octroi de licences, les PPE en tant que propriétaires réels peuvent introduire des risques de corruption lorsque :

- 1 leur présence crée un conflit d'intérêts pouvant saper les objectifs ou la performance publics légitimes de la procédure d'adjudication, et⁴
- 2 les licences fournissent aux PPE un instrument à plus long terme pour siphonner les fonds qui devraient profiter au public ou pour constituer une source de revenus pour d'autres activités nuisibles à l'intérêt public (par ex., corruption des fonctionnaires, influence sur les processus démocratiques, incitation à l'insécurité⁵).

Pour aider à prévenir ces risques, les règles d'octroi de licences devraient établir la base des efforts de lutte contre la corruption dans le cadre des procédures d'adjudication interdisant clairement à certaines PPE de détenir des intérêts dans les entreprises extractives qui présentent des risques de conflit d'intérêts et à certaines entreprises d'établir des relations avec des PPE qui pourraient être perçus comme des tentatives de corruption.

De nombreux pays possèdent des lois qui stipulent que les entreprises et les PPE ne doivent pas verser de pots-de-vin ou commettre de délits d'initié dans le cadre de transactions dans le secteur extractif, avec certains stipulant même expressément les sanctions encourues en cas de violation des règles (telles que la révocation des mandats ou l'annulation des adjudications).

3 Entrevues de l'auteur avec des fonctionnaires et employés de l'industrie, 2012-17.

4 La Section 5 de cet ouvrage contient plus d'informations sur la prévention des conflits d'intérêts dans les procédures d'adjudication.

5 Ils ne représentent absolument pas les seuls coûts de permettre aux entreprises détenues ou contrôlées par des PPE de se voir octroyer des licences et contrats extractifs par l'entremise de la corruption. Une telle situation peut aussi saper l'intégrité et la performance d'institutions publiques fondamentales, affaiblissant leur capacité générale à gérer le secteur. Ceci peut dissuader les investisseurs avertis au risque qui ne veulent pas être associés à des scandales. Les impacts d'une telle corruption sur les entreprises ont aussi été dramatiques : poursuites judiciaires et condamnations de haut profil, surtout dans le cadre de la Loi sur les pratiques de corruption à l'étranger des États-Unis (U.S. Foreign Corrupt Practices Act [FCPA]) ; des milliards de dollars en amendes, pénalités et honoraires ; chute des prix des actions ; marchés avortés ; couverture négative par les médias, les organisations non gouvernementales (ONG) et autres observateurs du secteur ; et dégradation générale de la réputation.

La Loi mexicaine de 2014 sur les hydrocarbures⁶ fournit un tel exemple :

Article 93. ... Sans préjudice aux dispositions particulières de la lutte contre la corruption, les personnes physiques ou morales, nationales ou étrangères, qui participent aux procédures contractuelles ou d'octroi de permis régies par la présente loi, seront sanctionnées si elles se livrent à la moindre des actions suivantes :

- I. Proposer ou donner de l'argent ou tout autre type d'avantage à un fonctionnaire public ou une tierce partie qui d'une quelconque manière intervient dans n'importe laquelle des actions de la procédure contractuelle, avec l'intention que le fonctionnaire agisse ou s'abstienne d'agir dans le cadre de ses fonctions ou celles d'un autre fonctionnaire, afin d'obtenir ou de préserver un avantage, que de l'argent soit perçu ou que des avantages soient obtenus ou pas ;
- II. S'engager dans n'importe quelle conduite ou omission dont le but ou le résultat est de contourner les exigences ou règles établies en vue d'obtenir n'importe quel type de contrat ou de simuler le respect de ces exigences ou règles ;
- III. Agir en son nom propre, mais dans l'intérêt d'une ou plusieurs autres personnes qui ont interdiction de participer aux marchés publics, dans le but d'obtenir, en totalité ou en partie, les avantages provenant de la procédure contractuelle, ou
- IV. D'influencer ou d'exercer un pouvoir politique sur n'importe quel fonctionnaire, dans le but d'obtenir pour elle-même ou pour une tierce partie un avantage ou un profit, indépendamment de la volonté du ou des fonctionnaires ou du résultat obtenu.

Article 94. Les sanctions concernant les conduites mentionnées dans l'Article précédent seront déterminées par les autorités compétentes, conformément à la réglementation en matière de lutte contre la corruption et elles peuvent entraîner la résiliation des adjudications, contrats, permis ou autorisations concernées.

– Loi mexicaine de 2014 sur les hydrocarbures

Tout comme le Code minier 2014 de la Côte d'Ivoire le stipule⁷ :

Article 10. ... Aucun fonctionnaire ou agent de l'État en service dans l'Administration publique, aucun agent des sociétés d'État et aucun agent des sociétés à participation financière publique majoritaire ne peut détenir un intérêt direct ou indirect dans une activité minière, ni être titulaire d'un titre minier ou bénéficiaire d'une autorisation.

Article 11. Les membres du Gouvernement, les agents de l'Administration des Mines, ainsi que tous les fonctionnaires et agents de l'État jouant un rôle dans la gestion du secteur minier, ne peuvent prendre des intérêts financiers directs ou indirects dans les entreprises minières et leurs sous-traitants directs ou indirects, dans un délai de cinq (5) ans après la cessation de leur fonction.

– Code minier 2014 de la Côte d'Ivoire

Néanmoins, en général, de telles lois ne contiennent pas de règles claires stipulant quand les autorités doivent vérifier la violation de ces types de prohibitions. Lorsqu'il existe des politiques de surveillance des conflits d'intérêts potentiels, il est parfois attendu que cette surveillance soit entreprise par les membres de l'institution en examen, ce qui rend la mise en application stricte peu probable. Ceci crée un décalage important entre les règles que les pays ont mis en place pour réduire la corruption et la surveillance et l'application réelles de telles règles. Dans la Section 2 infra, nous suggérons des moyens de combler cet écart en utilisant les certificats et divulgations en matière de propriété réelle dans le cadre de l'examen initial de la procédure d'octroi de licences.

6 https://www.mayerbrown.com/files/uploads/Documents/PDFs/2015/January/UPDATE-HydrocarbonsLaw_Translation.pdf (uniquement disponible en anglais ou en espagnol)

7 <https://www.a-mla.org/masteract/40> (uniquement disponible en anglais)

Toutefois, afin de permettre la surveillance et l'application par l'entremise de l'examen dans le cadre de la procédure d'octroi de licences, les pays doivent d'abord définir des règles concernant les types de relations de propriété réelle que les organismes d'adjudication devraient considérer comme des preuves inacceptables de délits d'initiés ou de corruption, ainsi que les conséquences applicables en cas de violation de ces règles. Les décideurs doivent savoir ce qui constitue un scénario problématique de propriété réelle et ce qui doit être fait lorsque de tels problèmes sont identifiés. Sans des directives claires sur lesquelles s'appuyer, de nombreux fonctionnaires ne se sentiront pas à l'aise ou pas en mesure d'agir contre l'entreprise.

Dans l'Encadré 1 infra, nous proposons un modèle de dispositions de lutte contre la corruption qui peut être personnalisé pour être inclus dans les lois, les règlements ou les directives du secteur pour interdire les scénarios problématiques en matière de propriété réelle pouvant présenter des risques clairs de corruption :

Encadré 1. Modèle de langage pour les dispositions de lutte contre la corruption

Langage modèle	Considérations
<p>Article 93 [] : Lutte contre la corruption</p> <p>(a) Interdictions de bénéficiaire aux fonctionnaires : il est interdit aux personnes physiques ou morales, nationales ou étrangères, ou à toute personne physique ou morale agissant en leur nom (y compris, mais non limité à tout agent, directeur, employé, représentant ou sous-traitant) d'acquiescer ou de détenir, directement ou indirectement, tout droit ou intérêt dans n'importe quel droit [pétrolier] / [minier] si elles se sont livrées à la moindre des actions suivantes :</p>	
<p>(i) Proposer ou donner de l'argent ou tout autre type d'avantage (y compris de la propriété réelle) à un fonctionnaire public ou une tierce partie qui d'une quelconque manière intervient dans n'importe laquelle des actions de la procédure contractuelle ou d'octroi de licences en relation avec les droits ou les intérêts, avec l'intention que le fonctionnaire ou la tierce partie agisse ou s'abstienne d'agir dans le cadre de ses fonctions ou celles d'un autre fonctionnaire, afin d'obtenir ou de préserver un avantage pour toute telle personne physique ou morale, que de l'argent soit perçu ou des avantages soient obtenus ou pas ;</p> <p>(ii) S'engager dans n'importe quelle conduite ou omission dont le but ou le résultat est de contourner les exigences ou règles établies en vue d'obtenir n'importe quel type de licence ;</p> <p>(iii) Agir en son nom propre, mais dans l'intérêt d'une ou plusieurs autres personnes qui ont interdiction de participer aux marchés publics, dans le but d'obtenir, en totalité ou en partie, les avantages provenant de la procédure d'octroi de licences, ou</p> <p>(iv) D'influencer ou d'exercer un pouvoir politique sur n'importe quel fonctionnaire, dans le but d'obtenir pour elle-même ou pour une tierce partie un avantage ou un profit, indépendamment de la volonté du ou des fonctionnaires ou du résultat obtenu.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Les intérêts de la propriété réelle peuvent ne pas toujours impliquer l'échange direct d'argent. • Il est important d'inclure tout intermédiaire pouvant agir au nom des autres. • Il est important de traiter des avantages de l'octroi de licences pouvant être acquis par un fonctionnaire s'abstenant d'agir « en regardant ailleurs ». • La simple proposition de recevoir ou de donner des avantages indécentes doit être interdite, que cette proposition se concrétise ou pas. • Cette disposition est essentielle, car elle couvre les mandataires qui peuvent travailler au nom de fonctionnaires sous interdiction d'obtenir des licences et associe de telles violations avec les actions interdites du côté de l'entreprise. • Encore une fois, la simple proposition de donner ou de recevoir des avantages indécentes devrait être pénalisée, qu'elle se concrétise ou pas.
<p>(b) Toute conduite mentionnée dans le paragraphe a) précédent peut faire l'objet de sanctions supplémentaires déterminées par les autorités compétentes conformément aux dispositions de la présente loi et aux lois de lutte contre la corruption pertinentes et [peut] / [doit] inclure la révocation de licences précédemment octroyées.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Bien que les régulateurs puissent suspendre l'octroi d'une licence, ils ne sont pas bien équipés pour traiter des pénalités plus conséquentes pouvant être nécessaires dans les cas de corruption. Cette disposition garantit que les activités peuvent être référées aux autorités pénales concernées. • Si les actions de corruption ne sont révélées qu'après l'adjudication, il peut être nécessaire de révoquer les licences mal-acquises.

Langage modèle	Considérations
<p>(c) Interdictions concernant l'acquisition d'intérêts par des fonctionnaires : Les personnes suivantes n'ont pas le droit d'acquérir ou de détenir, directement ou indirectement, le moindre droit ou intérêt dans tout droit [pétrolier] / [minier] ou d'acquérir ou de détenir de propriété réelle dans une entreprise détenant un droit [pétrolier] / [minier] :</p> <p>(i) un chef d'État ou de gouvernement, ii) un ministre, iii) un secrétaire d'État, iv) un fonctionnaire impliqué dans l'administration du secteur ou v) un membre d'un organisme d'administration, de gestion ou de supervision d'une entreprise publique.</p>	<ul style="list-style-type: none"> La liste des types de fonctionnaires prohibés dans la sous-section c) doit être adaptée au contexte du pays afin d'éviter d'être trop générique et de bloquer inutilement les applications présentant des risques moindres, mais autrement acceptables. Une compréhension de ces types de mandats pouvant présenter un haut niveau de risque de corruption sectorielle dans le pays doit dicter quels mandats sont sous interdiction d'acquérir des intérêts dans le secteur extractif. Au minimum, les plus hauts fonctionnaires, ainsi que les fonctionnaires impliqués dans l'administration du secteur extractif et dans les entreprises d'État du secteur doivent se voir interdire de détenir des intérêts dans le secteur extractif, sur la base du principe que de leur permettre leur participation commerciale dans le secteur représenterait au prime abord des risques de corruption importants.
<p>(d) Aux fins du paragraphe c) précédent, l'acquisition ou la détention de droit ou de propriété réelle [pétrolier] / [minier] dans une entreprise par un membre immédiat de la famille ou un associé proche du fonctionnaire concerné sera considéré constituer l'acquisition ou la détention d'un tel droit ou propriété réelle par le fonctionnaire concerné.</p>	
<p>(e) Au cas où n'importe laquelle des personnes susmentionnées dans le paragraphe c) précédent détient un droit [pétrolier] / [minier] avant de prendre ses fonctions, alors toute telle personne doit disposer d'un tel droit ou le mettre en fiducie.</p>	
<p>(f) Toute conduite mentionnée dans le paragraphe c) précédent peut faire l'objet de sanctions supplémentaires déterminées par les autorités compétentes conformément à la présente loi et autres lois de lutte contre la corruption et [peut] / [doit] inclure la résiliation du mandat officiel.</p>	<ul style="list-style-type: none"> Bien que les régulateurs puissent suspendre l'octroi d'une licence, ils ne sont pas bien équipés pour traiter des pénalités plus conséquentes pouvant être nécessaires dans les cas de corruption. Cette disposition assure que les activités peuvent être renvoyées devant les autorités d'application des lois concernées.
<p>(g) Rien dans le présent article n'aura pour effet d'empêcher l'État de convenir d'un accord, d'une opération conjointe ou d'un partage de production ou tout autre accord de partenariat [pétrolier] / [minier].</p>	

Les fonctionnaires responsables de la rédaction des nouvelles règles doivent bien entendu se souvenir que les preuves démontrant qu'une PPE détient des parts ou reçoit des avantages économiques d'une entreprise extractive ne constituent pas automatiquement des preuves de corruption. Certaines PPE en tant que propriétaires réels présenteront très fortement ces risques (comme noté en ce qui concerne les hauts fonctionnaires, les fonctionnaires impliqués dans l'administration du secteur extractif et les entreprises d'État extractives), alors que d'autres absolument pas. Paradoxalement, une entreprise détenue ou contrôlée par une PPE peut parfois être l'entreprise soumissionnaire la plus qualifiée et la plus souhaitable, particulièrement dans les secteurs plus petits ayant un nombre limité d'intervenants commerciaux de bonne foi. Ainsi, bien que tous les demandeurs de licences ou de contrats ayant des PPE comme propriétaires réels nécessitent au minimum un examen plus approfondi pour prévenir tous les risques de conflit d'intérêts (discuté infra dans la Section 3), tous ne présenteront pas le même niveau de préoccupation en matière de lutte contre la corruption. Comme proposé dans le modèle de langage supra, au minimum, les hauts fonctionnaires, ainsi que les fonctionnaires impliqués dans l'administration du secteur extractif et les entreprises extractives d'État doivent être sous interdiction de détenir des intérêts extractifs.

PRÉSÉLECTION / SOUMISSIONS DES DEMANDES : COLLECTION ET PUBLICATION DES INFORMATIONS CONCERNANT LA PROPRIÉTÉ RÉELLE

Les entreprises compétentes et respectueuses des lois, plus que les entreprises incompetentes et corrompues, sont plus à même de réaliser des découvertes, de maximaliser le revenu découlant de ces découvertes et d'éviter les accidents et la corruption. L'Etat a besoin d'une procédure de sélection des entreprises qui évalue les détenteurs éventuels de licences et qui empêche l'octroi de licences pour le gain personnel des fonctionnaires publics. Les Etats utilisent souvent des procédures de présélection dans ce but.

– Précepte 3.2, Cadre de référence de la charte des ressources naturelles

Que les droits extractifs soient attribués par l'entremise de procédures d'appel d'offres concurrentielles ou de négociations directes, et que l'exploration ou l'exploitation soit concernée, une étape initiale dans la plupart des projets extractifs implique que les entreprises intéressées soumettent un dossier de demande auprès de l'institution gouvernementale supervisant la procédure d'adjudication. Les informations que les entreprises doivent fournir dans la demande de licence ou la procédure de présélection sont généralement stipulées dans les exigences préétablies. En général, ces exigences sont définies dans le droit sectoriel primaire ou une telle loi établit des catégories générales des informations nécessaires et stipule que des détails supplémentaires devront être inclus dans les règlements et/ou directives subséquents. **Il devrait être exigé que les entreprises soumettent des certificats de lutte contre la corruption, ainsi que les informations concernant la propriété réelle et les PPE dans le cadre de leurs demandes de licences et les Etats devraient publier ces informations concernant la propriété réelle et les PPE.**

La Loi pétrolière de 2014 du Liberia est un exemple de loi sectorielle contenant une exigence générique imposant l'inclusion des détails concernant la propriété réelle dans les directives de présélection et la publication des informations relatives à la propriété réelle des entreprises sélectionnées :

15. Présélection des soumissionnaires

15.1 Une entreprise souhaitant faire une demande pour un accord pétrolier dans le cadre d'un appel d'offres doit soumettre une demande de présélection conformément aux directives de présélection préparées par l'Autorité et approuvées par le Comité.

15.2 Les directives de présélection doivent fournir, au minimum :...

d) la documentation légale exigée prouvant la bonne réputation de l'entreprise et l'identité de ses directeurs, actionnaires et propriétaires réels.

15.7 Une entreprise ayant un avis de présélection doit informer par écrit le Directeur général dans les quarante-cinq jours suivant tout changement important, y compris les changements de propriété réelle par rapport à celle initialement reportée...

15.10 L'Autorité maintiendra un registre des entreprises sélectionnées en tant qu'opérateurs et participants et devra consigner, en ce qui concerne ces entreprises, les raisons sous-jacentes à l'octroi d'un avis de présélection et les raisons attendant à son annulation. Le registre doit comprendre tous les documents soumis à l'Autorité dans le cadre d'une demande d'avis de présélection ou reçu dans le cadre de l'Article 15 alinéa 7 de la présente loi.

64. Disponibilité des informations au public

64.2 L'Autorité doit rendre disponible au public sur le site Internet de l'Autorité et par tout autre moyen approprié et doit fournir au secrétariat de LEITI à fins de publication sur le site Internet de LEITI conformément avec la politique de LEITI toutes les annonces des audiences publiques publiées dans le cadre de la présente loi, ainsi que les copies intégrales des documents suivants dans les vingt jours suivant la date de signature, d'émission, d'approbation ou de réception : ...

f) les directives concernant la présélection et le registre des soumissionnaires présélectionnés, le protocole d'appel d'offres, le rapport d'évaluation des soumissions et l'annonce du soumissionnaire retenu, et ce pour chaque étape de toute procédure d'octroi de licences...

– Loi pétrolière 2014 du Liberia

Il existe des avantages d'avoir les détails des divulgations obligatoires précisés dans des directives, car ces documents peuvent être personnalisés pour s'adapter aux circonstances uniques de chaque étape particulière d'un appel d'offres. Toutefois, il peut aussi exister des risques de localiser les exigences détaillées principalement dans des directives, car cela permet un haut niveau de discrétion aux régulateurs quant aux informations relatives à la propriété réelle à collecter et publier. Ceci pourrait saper l'intégralité de l'objectif de ces divulgations, particulièrement si ces régulateurs cherchent à dissimuler la propriété problématique des entreprises soumissionnaires. Dans l'idéal, les exigences en matière de divulgation de la propriété réelle devraient être incluses dans la phase de présélection.

L'approche la plus efficace variera d'un pays à l'autre en fonction de nombreux facteurs contextuels. Dans la pratique, nous avons observé que la plupart des régulateurs et militants de la société civile poussent pour l'intégration des divulgations relatives à la propriété réelle dans les instruments juridiques les plus à même d'être modifiés à court terme, quel que puisse être le cadre légal idéal. Le message que nous avons souvent entendu de la part des parties prenantes nationales est un message d'impératif de lancement de ces réformes et de renforcement de l'approche lorsqu'il existe des ouvertures futures de modification d'autres lois.

De nombreux pays ont commencé par des réformes de la législation sur l'enregistrement des entreprises afin de créer des registres nationaux de propriété réelle. Un registre mondial de propriété réelle est aussi en cours de développement⁸. Ces registres non spécifiques au secteur peuvent s'avérer très utiles, car les défis de la

8 Pour plus d'informations concernant le registre mondial de la propriété réelle de OpenOwnership, visitez : <https://register.openownership.org/> (uniquement disponible en anglais)

gouvernance dans le domaine de la propriété cachée vont au-delà des démarcations sectorielles et juridictionnelles. Bien que de tels registres ne remplacent pas une évaluation des risques de conflit d'intérêts en utilisant les informations relatives à la propriété réelle dans les demandes d'octroi de licences extractives, ils peuvent néanmoins représenter un outil complémentaire important. Le Royaume-Uni est un exemple de la manière dont un registre national de la propriété réelle peut fonctionner en parallèle avec une politique sur les divulgations d'informations relatives à la propriété réelle dans les procédures d'octroi de licences extractives. Le Royaume-Uni a développé un registre de propriété réelle non spécifique au secteur⁹. En parallèle, l'Oil & Gas Authority (OGA) du Royaume-Uni a développé des directives¹⁰ pour les demandes de licences de production qui stipulent que : « L'OGA publiera la liste des noms de tous les soumissionnaires pour les licences d'exploitation et de leurs propriétaires réels parmi d'autres informations dont la publication est exigée dans le cadre de la norme de l'Initiative pour la Transparence dans les Industries Extractives. » En Sierra Leone, l'Agence nationale des mines (National Minerals Agency) est en train de changer la conception des formulaires de demande de licences afin d'y inclure des informations relatives à la propriété réelle, et elle œuvre aussi à la rédaction d'un protocole d'entente sur le partage des informations avec la Commission des affaires commerciales responsable de l'enregistrement général des entreprises.

L'approche proposée dans ce rapport comprend une option pour que les demandes de licences extractives fassent des références croisées avec les informations contenues dans les registres nationaux ou internationaux de propriété réelle, mais cette approche ne devrait être utilisée que lorsque de tels registres contiennent le même niveau de détails résumés dans le modèle, sont dans des formats ouverts et sont à jour. Dans la pratique, il peut être nécessaire de collecter une partie des informations concernant la propriété réelle par l'entremise des demandes d'octroi de licences, avec d'autres parties collectées dans des registres centralisés.

En gardant ces réalités en tête, dans l'Encadré 2 infra, nous proposons des dispositions modèles qui peuvent être personnalisées afin d'être incluses dans la législation sectorielle, la réglementation sectorielle ou les directives concernant chaque étape de la procédure d'appel d'offres (ainsi que n'importe quelle combinaison de telles règles) pour stipuler les exigences en matière de présélection ou de soumission concernant la collecte et la publication des informations relatives à la propriété réelle. Il est important de noter que ces dispositions modèles seront inefficaces si elles ne sont pas accompagnées des termes définis et des dispositions de lutte contre la corruption supplémentaires comme remarqué ci-dessous :

9 Pour plus d'informations concernant le registre mondial de la propriété réelle de OpenOwnership, visitez : register.openownership.org/ (uniquement disponible en anglais)

10 www.ogauthority.co.uk/media/3951/general-guidance.pdf (uniquement disponible en anglais)

Encadré 2. Modèle de langage pour les exigences en matière de présélection / de soumissions

Langage modèle	Considérations
Article 93 [] : Exigences en matière de [présélection] / [soumission]	
() [Pour être présélectionnée une demande d'octroi de licence [d'exploration] / [d'exploitation] doit contenir :	<ul style="list-style-type: none"> À l'idéal, les exigences en matière de divulgation détaillée de la propriété réelle devraient être incluses dans une phase de présélection.
() un certificat que chaque soumissionnaire n'a pas enfreint les interdictions de profit et d'acquisition d'intérêts de la part des fonctionnaires contenues dans les alinéas a) à g) au présent Article [] (Lutte contre la corruption) ;	<ul style="list-style-type: none"> Bien que n'étant pas infaillible, exiger des soumissionnaires qu'ils certifient ne pas avoir enfreint les dispositions de lutte contre la corruption peut s'avérer être une première étape pour décourager ou détecter certains scénarios problématiques de propriété réelle. Même si les violations des interdictions ne sont découvertes qu'après l'adjudication, le fait qu'une entreprise fasse une fausse déclaration au cours de l'étape de présélection ou de soumission peut aider à fournir une base légale à l'action. Les dispositions de lutte contre la corruption interdisant les pots-de-vin et les délits d'initiés doivent être incluses ailleurs dans les règles applicables (voir les dispositions modèles de la Section 1 supra).
() l'identité du ou des propriétaires réels de chaque soumissionnaire, y compris pour chaque propriétaire réel : le nom complet actuel et tout nom précédent, la nationalité et le numéro d'identité nationale, le pays de résidence, la date et le lieu de naissance, indication en tant que personne politiquement exposée (y compris le poste et les dates d'entrée et de fin de fonction), le niveau de propriété réelle et des détails sur la manière dont la propriété, le contrôle ou l'intérêt économique est exercé ; [et si tous tels détails ont été renseignés dans un registre centralisé de propriété réelle, la soumission peut satisfaire à cette exigence par référence croisée et en joignant une telle déposition], et	<ul style="list-style-type: none"> Chaque membre d'un partenariat doit divulguer les informations relatives à la propriété réelle. Les expressions « propriétaire réel » et « personne politiquement exposée » doivent être bien définies ailleurs dans les règles applicables. Pour plus d'informations sur de telles définitions, voir infra. Ces dispositions modèles comprennent une option pour que les soumissions fassent des références croisées avec les informations relatives à la propriété réelle contenues dans les registres centralisés nationaux ou internationaux, mais ceci ne devrait être utilisé que lorsque de tels registres contiennent le même niveau de détails résumé dans le modèle, sont dans des formats ouverts et sont à jour.
() un certificat par un représentant dûment autorisé de chaque soumissionnaire que toutes les représentations, déclarations et informations contenues dans l'offre sont basées sur des recherches raisonnables et sont vraies, exactes et complètes.	<ul style="list-style-type: none"> Encore une fois, exiger des soumissionnaires de certifier l'exactitude de toutes les informations peut aider à soutenir les remèdes légaux au cas où des omissions ou fausses déclarations soient découvertes plus tard. Les dispositions de la norme ITIE relatives à la propriété réelle exigent l'assurance d'exactitude de la part de l'entreprise¹¹.
() Le ou les soumissionnaires aviseront avec diligence le [ministère] / [département] de tout transfert de propriété réelle ou de tout autre changement dans les informations précédemment communiquées relatives à la propriété réelle et ils doivent fournir des documents et certificats mis à jour à propos de tout tel transfert ou de tout autre changement dans les [5] jours suivants le transfert ou tout autre changement.	<ul style="list-style-type: none"> Exiger les notifications concernant les transferts et les changements est essentiel, car une des stratégies pour dissimuler les propriétaires réels est de faire une soumission avec des informations données et ensuite de changer la propriété ou le contrôle une fois la publication et/ou les décisions d'adjudication faites.
() Chaque déclaration en matière de propriété réelle faite par un soumissionnaire et l'intégralité des pièces justificatives soumises aux présentes doivent, dans les [5] jours suivant la date d'échéance de dépôt des candidatures et pas plus de [15] jours avant la date d'annonce des [soumissionnaires présélectionnés] / [bénéficiaires de licences], doivent être publiées dans un format ouvert [sur le site Internet du ministère / département] / [dans le registre public maintenu pour les demandes de licence dans le cadre de la loi].	<ul style="list-style-type: none"> Le plus tôt l'organisme d'adjudication publie les informations concernant la propriété réelle, plus les intervenants en matière de responsabilisation auront de possibilités de surveiller la procédure d'adjudication en temps réel et signaler les inquiétudes avant la finalisation des décisions. Les informations relatives à la propriété réelle doivent être publiées aux côtés d'autres informations concernant la demande de licences dans un format ouvert. La norme ITIE exige des divulgations publiques¹².

11 Initiative pour la Transparence dans les Industries Extractives, la norme ITIE 2016, sec. 2.5 § e).

12 Initiative pour la Transparence dans les Industries Extractives, la norme ITIE 2016, sec. 2.5

Définition des principaux termes

Pour que la divulgation de la propriété réelle réduise de manière efficace les risques de corruption dans les étapes des procédures d'octroi de licence, les entreprises doivent connaître les informations à fournir et les décideurs doivent savoir comment les évaluer. Les complexités du monde réel sur la manière dont la propriété cachée est utilisée pour faciliter la corruption, en sus des zones floues entourant même les meilleures définitions, donnent inévitablement aux entreprises et à leurs propriétaires un espace pour se cacher, ou des motifs pour contester (d'une manière crédible ou pas) l'application des exigences en matière de divulgation. Pour aider à se protéger contre ses réponses intéressées, les règles de la procédure d'adjudication doivent clairement définir certaines expressions principales, « propriétaire réel » en premier.

Définition du propriétaire réel

Il n'existe pas de définition qui s'adapte parfaitement à tous les contextes, toutes seront trop ou pas assez inclusives, au moins dans certains cas. Néanmoins, dans cette section, nous proposons certains conseils fondamentaux sur les bonnes pratiques en matière de définitions. Les recommandations sont principalement basées sur i) l'expérience continue de NRGi assistant à la mise en œuvre des divulgations d'informations relatives à la propriété réelle dans près d'une douzaine de pays et ii) les résultats de notre étude en 2017 sur les « signaux d'alerte » de corruption dans les procédures d'adjudication de contrats et de licences dans le secteur extractif¹³. Pour cette dernière, nous avons examiné plus de 100 cas réels d'adjudication de contrats et de licences dans les secteurs pétroliers, gaziers et miniers où des accusations de corruption ont été faites. Les affaires provenaient de 49 pays producteurs de ressources. Dans 55 de ces cas, l'utilisation d'entreprises pour acheminer les profits vers un propriétaire réel caché constituait un signal d'alerte principal de corruption.

Nous recommandons la définition suivante pour l'expression « propriétaire réel » :

« Propriétaire réel » signifie une personne physique qui, directement ou indirectement, exerce un contrôle conséquent sur une entreprise, possède un intérêt économique conséquent dans une entreprise ou reçoit un avantage économique conséquent de la part d'une entreprise.

Nous pensons que cette définition est la mieux placée pour répondre aux cas où un fonctionnaire ou ses associés proches (souvent nommées « personnes politiquement exposées » [PPE]) ou toute autre personne impliquée dans la corruption reçoit une partie importante de l'avantage économique de l'entreprise non par l'entremise d'un pourcentage de participation formel (c.-à-d. des actions dans l'entreprise), mais plutôt en vertu de relations indirectes ou d'autres canaux d'influence.

En plus de déterminer une définition pour les propriétaires réels, les régulateurs doivent définir d'autres aspects concernant la portée de ce concept. Dans cet esprit, nous recommandons qu'en plus de l'établissement d'une définition claire de « propriétaire réel », les régulateurs fournissent des conseils aux entreprises soumissionnaires prospectives sur la manière de déclarer les informations concernant la propriété réelle et les PPE pour aider à expliquer la définition. Ci-après, nous avons résumé les enseignements tirés des affaires de corruption que nous avons étudiées qui peuvent être utilisés pour la rédaction des conseils.

¹³ Pour plus d'informations, voir Aaron Sayne, Alexandra Gillies et Andrew Watkins, *Douze signaux d'alerte : risques de corruption dans l'octroi de permis et l'attribution de contrats dans le secteur extractif* (NRGI, 2017).

Final par rapport à tous. Tout d'abord, les résultats de notre étude conseillent que le langage, que ce soit dans la définition de « propriétaire réel » ou ailleurs, utilisé pour exiger que les entreprises divulguent leurs propriétaires réels « finaux », ne soit pas utilisé. Le propriétaire final d'une entreprise, quelle que soit la manière dont il est défini, n'est pas toujours clair. En lieu, les entreprises devraient divulguer i) l'intégralité de leurs structures de propriété et ii), au sein de l'intégralité de la structure, *tous* les propriétaires correspondant aux critères sélectionnés pour « propriétaire réel ». Les affaires de corruption que nous avons analysées comprennent une gamme de cas où une entreprise a fourni « un avantage économique conséquent » à plusieurs PPE. Par exemple, nous avons rencontré des cas où :

- une entreprise agissait comme un centre d'échanges ou canal pour les paiements de nombreuses PPE ;
- une PPE agissait comme mandataire ou prête-nom pour une PPE de plus haut niveau, et
- la structure de propriété de l'entreprise comprenait un ou plusieurs actionnaires prête-noms professionnels qui représentaient de nombreux fonctionnaires ou d'autres personnes.

Prête-noms. Ensuite, toutes les entreprises divulguant leurs propriétaires réels devraient avoir à identifier tous les prête-noms (aussi bien les personnes physiques que morales) et à déclarer qui ils représentent. Ceci devrait être le cas même si le droit pertinent dans la juridiction n'exige pas la divulgation des prête-noms dans les déclarations d'entreprises ou autres documents officiels.

Limites. Une des difficultés les plus ardues dans la définition de la propriété réelle survient lors de la description pour définir quand le « contrôle », l'« intérêt économique » ou l'« avantage économique » d'une personne dans une entreprise est suffisamment « conséquent » pour qu'elle soit considérée être son propriétaire réel. Notre étude des affaires de corruption suggère que la définition de limites pour la divulgation de la propriété et du contrôle à un pourcentage particulier d'actions (ou autre mesure quantifiable telle que le pourcentage de droits de vote exercé, le nombre de sièges détenu dans le comité directeur, etc.) dans l'entreprise concernée risque d'exempter une grande gamme de propriétaires à haut risque d'être divulgués. La définition d'un « contrôle conséquent » est particulièrement difficile : dans un certain nombre d'affaires de corruption que nous avons analysées, une PPE exerçait un contrôle sur une entreprise via des moyens informels, pas par l'entremise de règles, d'instruments ou de processus généralement acceptés de la gouvernance d'entreprise. Par exemple, nous avons rencontré des cas où :

- aucune personne physique unique et claire n'agissait comme prête-nom, mandataire ou autre « écran » pour la PPE dans la structure de la propriété de l'entreprise concernée ;
- la PPE n'exerçait aucun droit de vote, de procuration ou autre forme courante de contrôle d'entreprise dans l'entreprise concernée, et
- la PPE exerçait un contrôle sur l'entreprise concernée de manières plus informelles et extra-légales, par ex., ancienneté politique, chantage, extorsion, autres menaces, faveurs passées.

De la même manière, notre étude n'a pas conclu qu'il existait une règle ou norme « adaptée à tous » pour définir quand l'avantage économique devrait être considéré comme « conséquent ». Nous avons considéré divers marqueurs, y compris la valeur

de l'avantage conféré à l'Etat (par ex., sous la forme d'un pourcentage des revenus / gains / profits), la valeur au destinataire (sous la forme d'un pourcentage de revenu, salaire, actifs, etc.), la valeur en termes d'économie locale, le nombre et/ou la fréquence des paiements effectués.

Les mécanismes de la corruption associés aux ressources naturelles sont trop spécifiques au contexte pour une définition unique de contrôle, avantage économique ou intérêt économique « conséquent » qui évite d'être trop ou trop peu inclusive dans certains contextes. Nous encourageons vivement les fonctionnaires à créer des définitions qui saisissent le mieux la manière dont la corruption dissimulée dans la propriété réelle se pratique dans leurs juridictions. En même temps, nous estimons qu'une limite à cinq pour cent sur la propriété, l'avantage et l'intérêt, quelle que soit la manière dont ils sont mesurés, fournirait un bon équilibre entre inclusion et efficacité dans la plupart des cas. Les directives devraient aussi exiger des entreprises de divulguer toutes les PPE qui répondent éventuellement à la définition de propriétaire réel, qu'elles soient en dessus de la limite définie ou pas. La sous-section suivante contient plus de conseils sur la définition des PPE.

Avantages futurs. Quatrièmement, tout conseil accompagnant les règles de divulgation devrait établir clairement que les règles s'appliquent toujours aux propriétaires réels qui ne profiteront certainement d'un avantage économique provenant de l'entreprise soumissionnaire que *dans le futur*. Dans le cadre de notre étude sur les affaires de corruption dans le secteur extractif, nous avons rencontré des cas où une PPE n'avait incontestablement pas encore personnellement reçu le moindre « intérêt économique conséquent » ou « avantage économique conséquent » de la part de l'entreprise concernée, mais l'aurait à un moment donné dans le futur. Par exemple, nous avons trouvé des cas où :

- l'entreprise divulgatrice a gagné des revenus pour payer des dividendes à une PPE ou a utilisé ses fonds pour acheter des actifs au nom d'une PPE, mais les a conservés pour la PPE et ne les lui a pas distribués (par ex., détention d'actifs en fiducie) ;
- l'entreprise concernée détient un ensemble d'actions autorisées, mais non distribuées pour une PPE ;
- l'entreprise concernée fournit à une PPE quelque chose qui n'a de la valeur que dans le futur (par ex., un billet non réclamé, des options sur actions non exercées) ;
- l'entreprise concernée a donné à une PPE quelque chose de non liquide, difficile à valoriser, pour laquelle aucun marché n'existe ou qui n'a pas de valeur monétaire claire et immédiate, et
- l'entreprise concernée n'a effectué que de très petits paiements au nom de la PPE (par ex., pour frais de déplacement, d'hébergement ou de divertissement).

Intérêts indirects. En dernier lieu, dans l'idéal, les règles de divulgation devraient établir clairement que les entreprises doivent aussi déclarer les propriétaires réels qui détiennent des intérêts de manière plus indirecte, et éventuellement inclure une liste (non exhaustive) ou une description des types de relations de propriété indirecte couvertes. Pour être un outil efficace dans la prévention et la détection de la corruption dans les procédures d'octroi de licences, les divulgations doivent aller au-delà des cas les plus simples et les plus évidents dans lesquels les PPE possèdent un intérêt caché direct dans une entreprise par l'entremise d'un actionnaire prête-nom, de titres au porteur ou autre forme de mandataire légal. Les affaires de

corruption que nous avons analysées comprennent de nombreux exemples de PPE détenant des intérêts avantageux de manières plus indirectes et par l'entremise d'autres entités juridiques, par ex., par l'intermédiaire :

- de trusts ;
- de chaînes complexes de relations avec des filiales ou des sociétés mères ou filles ;
- de différents types de structures de société de holding, et
- d'autres types d'instruments d'investissements étrangers ou extraterritoriaux.

Il peut aussi être conseillé que les entreprises concernées soumettent des déclarations écrites qui décrivent concrètement la manière dont le propriétaire réel détient son intérêt, y compris un diagramme ou organigramme de l'entreprise qui montre la relation, ainsi que la structure complète de l'entreprise. Sans ces informations complémentaires, les utilisateurs des données peuvent souvent trouver difficile d'évaluer la manière dont une personne détient et exerce sa propriété ou son contrôle ou bien si certaines entités sont réellement des parties liées.

Définition d'une personne politiquement exposée

Bien que les définitions des PPE varient en fonction de la juridiction et du droit, la plupart font écho à celle adoptée par le Groupe d'action financière (GAFI) : « Une personne à qui une fonction publique proéminente est ou a été confiée¹⁴ ». Le droit sectoriel devrait définir une PPE d'une manière qui réponde aux principaux risques de corruption, ce qui peut être spécifique au pays. Notre étude des restrictions concernant les fonctionnaires détenant des intérêts dans des entreprises extractives dans le droit sectoriel indique que certains des postes les plus fréquemment cités étaient : les chefs d'État, les politiciens, les membres du gouvernement, les fonctionnaires impliqués dans l'administration du secteur extractif, les fonctionnaires judiciaires, les fonctionnaires militaires et les directeurs des entreprises d'État. Les anciens fonctionnaires peuvent aussi être des PPE s'ils possèdent toujours des rôles influents dans les affaires de l'État et deux lois sectorielles que nous avons examinées étendent des restrictions aux anciennes PPE pour certaines années après la fin de leurs fonctions (deux ans en Algérie et cinq ans en Côte d'Ivoire). Les membres de la famille couverts peuvent être liés par le sang, le mariage ou toutes autres formes d'union civile et peuvent s'étendre au-delà de la famille directe. Les associations peuvent être à la fois personnelles et professionnelles.

14 fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/Guidance-PEP-Rec12-22.pdf (uniquement disponible en anglais)

Nous recommandons la définition suivante d'une « personne politiquement exposée » :

Comme point de départ, nous recommandons le langage de base suivant pour définir une « personne politiquement exposée » : a) une personne qui se voit, ou s'est vu confier une fonction publique nationale ou étrangère et comprend : i) un chef d'État ou de gouvernement, ii) un ministre, iii) un secrétaire d'État, iv) un fonctionnaire impliqué dans l'administration du secteur, v) un politicien, vi) un agent d'un parti politique, vii) un fonctionnaire de justice ou tout autre haut fonctionnaire d'un organisme quasi judiciaire, viii) un fonctionnaire militaire, ou ix) un agent d'une entreprise d'État ; b) un membre immédiat de la famille d'une personne mentionnée dans le paragraphe a), y compris, mais non limité au conjoint, aux enfants ou aux parents, ou c) un associé proche de la personne mentionnée au paragraphe a).

Encore une fois, ce langage est simple et peut éventuellement laisser trop de marge d'interprétation dans certaines juridictions. Dans le contexte des procédures d'adjudication individuelles, les Etats devraient adopter des définitions personnalisées qui :

- établissent une distinction plus claire entre « PPE nationales », « PPE étrangères » et « PPE d'organisations internationales » conformément à la recommandation du Groupe d'action financière (GAFI)¹⁵ vec, par exemple pour les PPE nationales, une définition qui peut avoir besoin de stipuler les échelons, rangs ou fonctions des fonctionnaires et des institutions gouvernementales concernées, et il peut aussi être nécessaire de clarifier les types de fonctionnaires (par ex., élus, nominations politiques, fonctions publiques, militaires) qui seront traités comme des PPE, et
- au minimum, d'inclure les définitions légales existantes des PPE dans le droit et la réglementation applicable dans la juridiction.

La propriété réelle des entreprises extractives par des PPE, bien que n'étant pas toujours problématique, peut être associée à des délits d'initié et des conflits d'intérêts pendant les procédures d'octroi de licences extractives. Elle peut aussi créer des canaux pour les pots-de-vin, le blanchiment de capitaux, la fraude contractuelle et d'autres types de crimes financiers. La plupart des 55 cas de corruption présentant des problèmes associés à la propriété réelle que nous avons analysés dans le cadre de notre étude sur les signaux d'alerte impliquent une ou plusieurs PPE. Les sections 2 et 3 suivantes abordent les mécanismes d'examen des informations concernant la propriété réelle et les PPE que les soumissionnaires ont divulguées et comment réagir lorsque des facteurs de risque de corruption sont présents.

15 GAFI, Normes internationales sur la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme et de la prolifération : les recommandations du GAFI, GAFI, 2017.

3. EXAMEN INITIAL : DISQUALIFICATION DES SOUMISSIONS PRÉSENTANT DES PROBLÈMES MANIFESTES D'EXACTITUDE ET DE CORRUPTION

Dans la Section 2, nous recommandons qu'il soit exigé des soumissionnaires d'avoir un agent dûment autorisé certifiant que toutes les déclarations et informations contenues dans la soumission sont basées sur des recherches raisonnables et qu'elles sont vraies, exactes et complètes. Dans la pratique, même avec de tels certificats, des examens supplémentaires concernant l'exactitude des informations concernant la propriété réelle et les PPE fournies peuvent être nécessaires dans certaines circonstances.

Dans l'idéal, les organismes d'adjudication auront des informations complètes et exactes relatives à la propriété réelle à leur disposition lors de l'octroi d'une licence extractive à une entreprise. Toutefois, dans la pratique, la réalisation de cette vérification peut constituer une des plus grandes difficultés auxquelles sont confrontés les fonctionnaires des pays riches en ressources naturelles. Pour de nombreuses adjudications, il existe peu ou pas de preuves indépendantes et irréfutables qu'une PPE détienne ou pas un intérêt caché dans une entreprise dans le but de contre-vérifier les informations fournies par l'entreprise. Les preuves existantes peuvent être aussi rares qu'une simple feuille de papier dans un tiroir ou un coffre-fort quelque part, par ex., une lettre d'intention ou une procuration entre une PPE et un actionnaire prête-nom ou un certificat de titre au porteur. Parfois, même des facilitateurs de corruption ouverts ne sont pas certains pour qui ils travaillent¹⁶. Les meilleures preuves disponibles sont souvent circonstancielles, un des signes d'alerte qui indique la possibilité d'une propriété cachée sans la prouver.

Au minimum, et même si une vérification complète n'est pas faisable, les régulateurs devraient examiner certaines lacunes évidentes dans une soumission qui présente de tels risques de corruption afin de justifier la disqualification automatique et absolue dans le cadre de la procédure d'octroi de licence. Ainsi, les règles d'une procédure d'adjudication devraient explicitement inclure au moins certains des facteurs listés ci-dessous comme étant des contrôles obligatoires et des enfreintes disqualifiantes des dispositions modèles définies dans les Encadrés 1 et 2 du présent ouvrage :

A. Examen de l'exactitude fondamentale des divulgations concernant la propriété réelle et les PPE d'une entreprise — Ceci comprend :

- les divulgations concernant la propriété réelle ou les PPE de l'entreprise ne sont pas certifiées ou elles n'ont pas été soumises ;
- l'entreprise affirme ne pas avoir de propriétaire réel ou qu'il est impossible de l'identifier ;
- l'entreprise identifie une autre entreprise comme étant son propriétaire réel, et
- les vérifications croisées des certificats et des divulgations de l'entreprise par rapport aux pièces justificatives fournies révèlent qu'une ou plusieurs déclarations contenues dans la soumission sont en contradiction avec les pièces justificatives de l'entreprise ou d'autres informations fiables facilement disponibles à l'organisme d'adjudication (par ex., une soumission déclare ne pas avoir de propriétaire réel, mais les divulgations des actifs des fonctionnaires indiquent qu'une PPE est une propriétaire réelle de l'entreprise soumissionnaire).

16 Selon la couverture des « documents panaméens », par exemple, à un moment donné, Mossack Fonseca n'a connu que 204 des 14 000 propriétaires réels des sociétés-écrans enregistrées aux Seychelles qu'il a aidé à incorporer, New York Review of Books, *Panama: The Hidden Trillions*, www.nybooks.com/articles/2016/10/27/panama-the-hidden-trillions/ (uniquement disponible en anglais)

B. Examen des risques manifestes de corruption — Ceci comprend :

- le soumissionnaire omet de certifier la non-violation des interdictions de profit et d'acquisition d'intérêts de la part de fonctionnaires dans les dispositions de lutte contre la corruption des règles de la procédure d'octroi de licences (comme stipulé infra dans les Sections 1 et 2) ;
- les divulgations contenues dans la soumission, ou les efforts de vérification de l'organisme d'adjudication montrent que l'entreprise possède une PPE comme propriétaire réel en violation avec les interdictions de profit et d'acquisition d'intérêts de la part de fonctionnaires dans les dispositions de lutte contre la corruption des règles de la procédure d'octroi de licences (comme stipulé infra dans les Sections 1 et 2), et
- les divulgations suggèrent fortement que l'entreprise a adopté un comportement collusif ou anticoncurrentiel (par ex., plusieurs entreprises ayant le même propriétaire réel soumettent une demande pour le même contrat ou licence).

Dans le cadre de l'examen de ces problèmes fondamentaux, les régulateurs devraient avoir à exercer une obligation de diligence dans la vérification des informations concernant la propriété réelle et les PPE, et ainsi le droit ou la réglementation pourrait devoir stipuler :

Article 93 [] : Vérification

Le [ministère] / [institution] devra prendre des mesures raisonnables pour vérifier les informations concernant la propriété réelle et les personnes politiquement exposées fournies par les soumissionnaires. Si les procédures de vérification révèlent des informations concernant la propriété réelle et les personnes politiquement exposées différentes ou supplémentaires aux informations fournies dans la soumission, toutes telles informations vérifiées seront consignées comme telles et rendues publiques dans un format de données ouvertes [sur le site Internet du ministère / de l'institution] / [dans le registre public maintenu pour les demandes de licences dans le cadre de la présente loi].

Encadré 3. Modèle de langage pour la norme de vérification de diligence

4. PRISE DE DÉCISION : EMPÊCHER L'OCTROI D'ADJUDICATIONS FINALES EN FAVEUR D'ENTREPRISES AYANT DES PROPRIÉTAIRES PROBLÉMATIQUES

Le type de collecte et d'examen fondamentaux des informations concernant la propriété réelle pendant l'étape de présélection recommandée dans les sections précédentes peut ne pas saisir tous les risques de corruption incorporés dans la structure de propriété d'une entreprise. Même après que les régulateurs aient préexaminé la présence de problèmes manifestes et disqualifié les contrevenants évidents, il peut toujours être conseillé dans certains cas de soumettre l'entreprise sélectionnée à un examen supplémentaire au cours des dernières étapes de la considération de la soumission.

Plus particulièrement, les fonctionnaires peuvent parfois rencontrer des cas dans lesquels un soumissionnaire ayant respecté toutes les exigences en matière de présélection affiche toujours certains signaux d'alerte de corruption. Afin d'augmenter les chances de capter ces signaux à temps, l'organisme d'adjudication pourrait évaluer au moins le soumissionnaire sélectionné par rapport à une liste de contrôle des signaux d'alerte en matière de corruption. NRGi a déjà créé une telle liste non spécifique à un pays donné dans le cadre de son étude sur les signaux d'alerte en matière de corruption, dont des portions sont montrées dans l'Encadré 4. Cet outil devra être adapté au pays donné et aux contextes industriels.

Encadré 4. Signaux d'alerte sélectionnés indiquant qu'une entreprise peut avoir un propriétaire réel caché problématique¹⁷

Caractéristiques de la structure actionnariale de l'entreprise

- La structure actionnariale de l'entreprise comprend une chaîne ou un réseau de sociétés-écrans ou une sous-structure complexe de sociétés de holding, qui dissimule qui au final détient ou contrôle l'entreprise.
- L'entreprise a un ou plusieurs actionnaires prête-noms. Les déclarations d'entreprise peuvent explicitement identifier la personne comme un prête-nom ou elle peut présenter les caractéristiques courantes des prête-noms (par ex., en étant un actionnaire ou un directeur dans de nombreuses autres entités, en travaillant pour une entreprise juridique, une entreprise de services d'entreprise ou toute autre entreprise spécialisée dans la création de sociétés-écrans ou la gestion de patrimoine privé).
- Certaines des actions de l'entreprise sont des titres au porteur.
- La structure actionnariale de l'entreprise comprend un nom qui semble avoir été modifié ou fabriqué. Il peut s'agir du nom d'une personne physique ou morale pour laquelle aucune archive publique n'existe ; un nom qui semble avoir été délibérément mal orthographié ; un nom que personne ayant la connaissance pertinente ne reconnaît ; un nom qui autrement ressemble étroitement à un autre nom identifiable ; ou un alias connu ou suspecté, particulièrement d'une PPE.
- Une liste des actionnaires de l'entreprise (contenu dans les déclarations d'entreprise ou tout autre document officiel) ne comptabilise pas toutes les actions émises par l'entreprise.
- Une personne ayant des liens familiaux, personnels, politiques, commerciaux ou autre rapprochés à une PPE est un actionnaire, un directeur ou un cadre dans l'entreprise. Particulièrement lorsque d'autres signaux d'alerte sont présents, ceci peut faire craindre que la personne soit un mandataire ou un « écran » pour une PPE.
- Un actionnaire avec un intérêt important dans l'entreprise a une occupation modeste qui n'est pas en relation avec le secteur extractif et qui ne produirait pas suffisamment de revenus pour acheter sa part ou autrement contribuer financièrement dans l'entreprise.
- Lorsque contacté, un actionnaire ne sait pas qu'il est un des propriétaires de l'entreprise, suggérant que son identité peut avoir été utilisée sans sa connaissance ou sa permission.
- Une personne dans la structure actionnariale de l'entreprise est enregistrée dans une juridiction qui ne déclare pas publiquement les actionnaires ou qui ne collecte pas ou ne divulgue pas les informations relatives aux actionnaires.
- La structure actionnariale de l'entreprise contient un trust avec des bénéficiaires inconnus ou flous.
- L'entreprise partage un siège social ou une adresse physique, un agent enregistré, un espace de bureaux, un numéro de téléphone ou d'autres infrastructures commerciales avec une autre entreprise qui est détenue ou contrôlée par une PPE ou une personne liée à une PPE.

Rumeurs sur le marché

- Des rumeurs circulent qu'une entreprise est en réalité l'entreprise d'une personne particulière en dépit des apparences ou est « liée » ou « rapprochée » à une PPE.
- Une actualité, le rapport d'une ONG ou une affaire judiciaire rapporte des faits similaires.
- Les initiés ou les représentants d'une entreprise refusent de discuter qui détient l'entreprise.
- Une personne, entreprise ou un réseau d'entreprises peu connu apparaît constamment dans différents marchés, suggérant qu'un propriétaire réel possède des intérêts dans tous.

¹⁷ Adapté des conclusions des études reproduites dans Sayne et al., « Douze signaux d'alerte » et Aaron Sayne, Erica Westenberg and Amir Shafaie, *Owning Up: Options for Disclosing the Identities of Beneficial Owners of Extractives Companies*, (NRGI : 2015).

- 1 *Quels facteurs de risques évaluer ?* Les conseils concernant la procédure d'adjudication doivent clarifier la portée. Par exemple, l'organisme d'adjudication enquêtera-t-il simplement sur les questions concernant les propriétaires réels de l'entreprise, sur les résultats d'une diligence raisonnable plus large ou réalisera-t-il un « examen de l'intégrité » de l'entreprise¹⁸? Dans le dernier cas, l'exercice peut ressembler à la diligence raisonnable en matière de lutte contre la corruption que certains investigateurs privés entreprennent avant de conclure des marchés dans les pays riches en ressources naturelles. Ces enquêtes collectent des faits et des opinions probants sur des sujets tels que la réputation de l'entreprise en matière d'éthique commerciale, ses relations et imbroglios politiques généraux, son implication dans des scandales ou des comportements illégaux passés (par ex., crime organisé tel que le terrorisme ou le trafic de stupéfiants), ses transactions douteuses, ses partenaires commerciaux ou ses fournisseurs tiers, son placement dans n'importe quelle liste de sanctions nationales ou étrangères et tous les conflits d'intérêts potentiels.
- 2 *Quelle méthodologie d'enquête adopter ?* La réglementation et les directives doivent aussi clarifier à quel point l'organisme d'adjudication devra se limiter dans l'examen des documents soumis par les entreprises ou dans la recherche de sources de preuves indépendantes. Si un organisme d'adjudication décide d'approfondir l'enquête, il peut s'appuyer sur tout, de la simple recherche dans les sources ouvertes et les enquêtes sur les sources humaines jusqu'aux demandes d'informations et d'échanges avec d'autres institutions gouvernementales, les recherches dans les bases de données et les registres gouvernementaux non publics ou même par l'entremise d'opérations d'infiltration. Une grande gamme de méthodes et d'outils d'enquêtes sont aussi disponibles, par ex., les évaluations fondamentales de la réputation, l'analyse des réseaux sociaux, l'exploration des bases de données ou les techniques de surveillance physique. Ces dernières exigent plus de temps et d'argent et n'offrent probablement pas plus de possibilités de parvenir à des résultats. Dans certains pays, elles peuvent aussi présenter de graves risques à la sécurité du personnel.
- 3 *Qui effectuera le travail ?* Les organismes d'adjudication sans expérience ou manquant de ressources d'évaluation des entreprises ou de leurs propriétaires peuvent envisager de sous-traiter certaines parties de leur mission à d'autres institutions gouvernementales, par ex., les services de renseignements de l'État, les institutions suprêmes de contrôle, les bureaux d'enregistrement des entreprises, un organisme de lutte contre la corruption ou les ambassades. Le recrutement d'investigateurs privés, d'entreprises de diligence raisonnable ou de vérification judiciaire constitue une autre option relativement chère. L'institution choisie aura besoin du bon mélange de compétences, d'outils et de sources d'information, de crédibilité, d'indépendance politique et d'abordabilité. Lorsque deux ou plusieurs institutions gouvernementales sont impliquées, il peut nécessiter beaucoup de temps, d'établissement des relations et de coordination bureaucratique pour développer la confiance et les mécanismes nécessaires au partage des informations.

18 Pour plus de recommandations sur l'inclusion d'un contrôle approfondi dans les procédures d'adjudication, voir Votava, Cari L., Jean M Hauch, et Francesco Clementucci. *License to Drill: A Manual on Integrity Due Diligence for Licensing in Extractive Sectors*, International Development in Practice. Washington, DC : Banque Mondiale, 2018.

4 *Comment les fonctionnaires utiliseront-ils les résultats comme un facteur dans la procédure décisionnelle définitive ?* En dernier lieu, les Etats devront décider quand et si permettre à l'adjudicateur de veto un octroi de licence à une entreprise, quels que soient ces autres points forts, en raison de préoccupations concernant ses propriétaires ou d'autres conclusions de l'examen effectué au cours de cette étape tardive de la procédure d'adjudication. Pour l'instant, ce type d'autorisation n'est pas la norme dans les règles d'octroi de licences des pays riches en ressources naturelles, et il faudrait la considérer soigneusement avant de la mettre en œuvre. Du côté de l'entreprise, les cas de corruption passée dans l'industrie pétrolière, gazière et minière montrent que la diligence raisonnable ne constitue pas toujours une vérification efficace dans la prévention de la corruption dans l'octroi de licences et la passation de marchés. Les méthodologies varient énormément et les informations obtenues ne sont pas toutes fiables. Même lorsque l'organisme d'adjudication est dévoué à la menée d'une procédure propre et performant bien, les conclusions de la diligence raisonnable peuvent parfois brouiller la vue de la meilleure entreprise à choisir. Dans le pire des cas, les intervenants pourraient utiliser un contrôle de lutte contre la corruption pour « fabriquer la possibilité de nier » et masquer les affaires corrompues ou comme un outil prêt-à-l'emploi pour bloquer les rivaux politiques et commerciaux¹⁹. Comme tel, alors qu'une procédure d'évaluation des risques plus large pourrait apparemment donner aux décideurs des informations fraîches pour rendre des jugements informés destinés à éviter la corruption dans la procédure d'adjudication, elle pourrait tout aussi bien être abusée dans la poursuite du patronage et des intérêts personnels.

Ici nous proposons des dispositions modèles qui peuvent être personnalisées pour être incluses dans le droit et la réglementation sectoriels pour stipuler les critères d'admissibilité destinés à limiter l'adjudication de licence dans les cas où les scénarios problématiques de propriété réelle signalent des risques de corruption :

Encadré 5. Modèle de langage pour les critères d'évaluation de l'adjudication définitive

Modèle : critères d'évaluation de l'adjudication définitive	Considérations
<p>Article 93 [] : Critères d'évaluation</p> <p>L'évaluation par l'[autorité réglementaire] des [offres] / [soumissions] devra être basée sur les critères objectifs stipulés dans les présentes [et dans les documents de l'appel d'offres]. De tels critères doivent inclure :</p> <p>() ...</p> <p>() la certification continue de non-violation des interdictions de profit et d'acquisition d'intérêts de la part des fonctionnaires contenus dans les alinéas a) à g) du présent Article [] (lutte contre la corruption).</p>	<ul style="list-style-type: none"> • De nombreuses lois sectorielles peuvent déjà contenir des interdictions concernant les pratiques de corruption, mais elles ne rendent pas l'évaluation proactive de ces facteurs partie de la procédure d'évaluation pour l'octroi de licences. • Si à court terme il n'est pas possible de modifier le droit ou la réglementation sectoriels pour y inclure l'évaluation et les interdictions dans le cadre de la lutte contre la corruption, les inclure alors dans les documents d'appel d'offres pour chaque étape de la procédure d'octroi de licences pourrait représenter la meilleure approche suivante jusqu'à ce que des réformes juridiques plus complètes puissent être réalisées. • Les régulateurs pourraient aussi demander que les entreprises soumissionnaires certifient la non-violation continue des interdictions en matière de lutte contre la corruption.

19 Dans un des pays prioritaires de la NRG1, par exemple, nous avons examiné des documents de présélection non publiés d'un appel d'offres de bloc pétrolier passé suggérant que le régulateur avait utilisé les conclusions de « propriété réelle problématique » ou de « divulgations incomplètes » pour bloquer les entreprises contrôlées par un ennemi politique du président de l'époque..

Aspects fondamentaux de la procédure décisionnelle à réglementer

Quelle que soit la manière dont les fonctionnaires décident d'utiliser les informations relatives à la propriété réelle dans l'octroi de licence ou la passation de marchés, au minimum la réglementation ou les directives devraient :

- décrire quand, et sous quelle forme, les décideurs doivent évaluer les informations, et les règles devraient en particulier clarifier si les fonctionnaires doivent considérer les informations relatives à la propriété réelle pendant l'étape de présélection, pendant l'étape d'adjudication ou les deux ;
- stipuler si l'organisme d'adjudication doit donner à une entreprise ayant une propriété réelle ou une divulgation de la propriété réelle problématique l'opportunité de corriger ou de remédier aux problèmes identifiés, en permettant à l'entreprise de soumettre des pièces justificatives supplémentaires ou de prendre des mesures pour retirer le propriétaire de la structure de propriété, et
- dire comment les décideurs communiquent leurs décisions aux entreprises.
- Les directives ou les recommandations peuvent aussi traiter ce que l'organisme d'adjudication peut ou doit faire dans l'éventualité où des questions concernant la corruption dans la propriété réelle d'une entreprise retenue voient le jour après l'adjudication et la fin de la procédure d'adjudication, par ex., lorsque les fonctionnaires reçoivent une demande ou des informations d'un dénonciateur ou lorsque des questions surviennent au cours du transfert d'un contrat ou d'une licence, d'un renouvellement ou d'une renégociation. Elles devraient inclure des conseils sur l'étendue du traitement en interne de ces questions de la part de l'organisme d'adjudication par rapport à leur transfert à un intervenant externe.

5. MESURES COMPLÉMENTAIRES : UTILISATION DES DIVULGATIONS RELATIVES À LA PROPRIÉTÉ RÉELLE POUR RÉPONDRE À LA CORRUPTION

Ensemble, avec la collecte et la publication des informations concernant la propriété réelle, les mesures suivantes pourraient, au moins dans les contextes de certains pays, aider les organismes d'adjudication à prendre des décisions qui limitent les risques de corruption et assister les intervenants de supervision à exécuter leurs fonctions. Ils pourraient servir de mandataires ou d'alternatives au travail de vérification et de diligence raisonnable en général que certains n'aborderont pas, ou fournir d'autres chances de traiter les types de corruption que la transparence en matière de propriété réelle cherche à contrecarrer. Dans les pays où les organismes d'adjudication sont confrontés à une forte interférence politique, ou autrement à un manque de mandat politique fort pour exclure les entreprises vulnérables à la corruption, les fonctionnaires pourraient utiliser ces mesures pour approvisionner par la foule le travail de lutte contre la corruption dans le domaine de l'octroi de licence et la passation de marchés, en aidant les autres à poser les questions difficiles qu'ils ne sont pas en mesure de poser. L'étendue de la prévention ou de la correction de la corruption la première fois que ces mesures seront essayées dépendra des circonstances attenantes à l'octroi de la licence ou du contrat. Dans le plus long terme, leur adoption pourrait promouvoir une culture de supervision et de rendus de compte autour des adjudications qui pourrait aider à la prévention de la corruption par des entreprises ayant des propriétaires problématiques. Ainsi, nous recommandons que les organismes d'adjudication considèrent prendre ou soutenir les actions suivantes :

Action directe de la part de l'organisme d'adjudication

- *Définir et respecter des critères rigoureux de présélection et d'évaluation des offres.* L'examen technique et financier strict des entreprises et des offres pourrait aider à l'élimination des entreprises non qualifiées bien connectées dont l'avantage principal dans la procédure d'adjudication est l'identité de leur propriétaire caché. Les pays qui veulent utiliser l'octroi de licences et la passation de marchés pour promouvoir l'indigénisation et le développement du contenu local doivent considérer comment équilibrer ce but avec l'importance de contrôler la corruption attendant à la propriété réelle²⁰.
- *Obliger les cadres des entreprises et les décideurs gouvernementaux à considérer et à justifier leurs choix.* Un ensemble croissant d'études des sciences sociales suggère que les personnes s'engagent dans la corruption en partie parce que peu de choses dans leurs environnements quotidiens les obligent à considérer les dimensions éthiques et les conséquences de leurs choix ou à entériner leurs propres choix comme corrects et défendables²¹. Dans une tentative de contrecarrer cette situation, les règlements ou les directives des procédures d'octroi de licences pourraient :
 - exiger que les entreprises soumettent des déclarations signées que leurs déclarations relatives à la propriété réelle sont correctes et complètes et qu'elles sont absolument conformes aux critères d'éligibilité de la procédure d'adjudication, qui, dans l'idéal, devraient être signées par plusieurs intervenants de haut niveau (par ex. la haute direction ou le comité directeur), et

20 Pour plus de recommandations sur ce sujet, fournies dans le contexte d'un appel d'offres au Liberia, voir Liberia's Oil Block Bid Round: Comments and Questions, NRG-ACET, 2014.

21 Pour un résumé récent d'une telle étude, voir Eugene Soltes. *Why They Do It: Inside the Mind of the White Collar Criminal* (New York: Public Affairs, 2016).

- o exiger que les décideurs publient des déclarations expliquant les raisons sous-jacentes à certains types de décisions. Ceci pourrait survenir, par exemple, lorsque le décideur final ignore ou écarte des recommandations provenant de fonctionnaires des étapes antérieures (par ex., un comité d'évaluation des offres), intervient dans la procédure au profit d'une entreprise donnée ou octroie une licence à une entreprise ayant une PPE comme propriétaire réel.

Toutes les déclarations devraient être écrites, signées et traitées de manière à ce qu'elles puissent plus tard être utilisées comme preuves pour sanctionner les entreprises et personnes fautives. Les bonnes formes et procédures à suivre dépendront du contenu des lois pertinentes d'une juridiction donnée (par ex., celles régissant la fraude ou les fausses déclarations à l'Etat). Pour plus de détails concernant les sanctions, se reporter infra dans cette section.

- *Prendre des mesures préventives contre les conflits d'intérêts.* Un conflit d'intérêts survient dans une procédure d'adjudication lorsqu'un fonctionnaire a plusieurs rôles ou intérêts dans la procédure, ce qui crée une tension entre l'intérêt personnel du fonctionnaire et ses responsabilités officielles. Selon notre étude sur les signaux d'alerte en matière de corruption, les variations courantes de conflits dans les procédures d'octroi de licences comprennent ceux dans lesquels :
 - o un fonctionnaire impliqué dans la sélection de l'entreprise retenue ou un associé proche détient un intérêt commercial dans le secteur dans lequel l'adjudication est faite ;
 - o le fonctionnaire ou un associé proche est un directeur, un dirigeant ou un propriétaire de l'entreprise soumissionnaire, et
 - o le fonctionnaire ou un associé proche fournit des conseils, des services, a été précédemment employé par ou autrement profite d'une entreprise soumissionnaire.

La présence d'un conflit n'est pas un signe certain de corruption. Plutôt, ceci souligne les risques que le fonctionnaire pourrait utiliser le pouvoir qui lui a été confié d'une manière qui sape l'intégrité, l'équité ou les retours potentiels à l'État de l'adjudication. Parfois, la perception d'un conflit est suffisante à ébranler la confiance des investisseurs et à entraîner un scandale.

Il existe de nombreux mécanismes pour résoudre les conflits d'intérêts dans les procédures d'adjudication, dont la liste complète est en dehors de la portée du présent ouvrage. Toutefois, comme exemple, les organismes d'adjudication pourraient exiger des fonctionnaires supervisant une procédure d'adjudication de soumettre des déclarations légales de leurs employeurs et clients antérieurs ou une déclaration qu'ils n'ont aucun intérêt ou avantage dans aucune des entreprises soumissionnaires. L'organisme d'adjudication pourrait aussi définir des procédures pour la récusation ou pour des « périodes de réflexion » du mandat des fonctionnaires qui ont travaillé dans une partie pertinente du secteur privé. Ces règles et procédures pourraient être contenues dans la réglementation et les directives de la procédure d'adjudication, dans le code déontologique de l'organisme d'adjudication ou autres règles d'éthique ou dans les contrats de travail des fonctionnaires, selon ce qui est approprié dans le cadre du droit juridictionnel.

- *Révocation des licences pour fausses déclarations.* L'organisme d'adjudication peut souhaiter se réserver le droit d'annuler ou de révoquer les licences au cas où des preuves tangibles surviennent après la décision finale comme quoi l'entreprise retenue a soumis des informations fausses, trompeuses ou incomplètes en matière de propriété réelle dans le cadre de la procédure d'adjudication. Une loi de 2017 de la République kirghize inclut les fausses déclarations comme raison de révocation d'une licence extractive²².
- *Agir contre les entreprises non performantes.* Après la fin de la procédure d'adjudication, la révocation des licences des entreprises qui ne respectent pas leurs obligations peut communiquer le message que les procédures d'adjudication ne sont pas des opportunités pour les entreprises bien connectées de spéculer sans rendre de la valeur à l'État. Dans ce but, les organismes d'adjudication pourraient composer des règles d'obligation de performance, des critères d'obligation d'utilisation, des obligations minimales de travail à réaliser ou des programmes de travail convenus stricts (bien que réalistes) dans la réglementation ou les marchés et appliquer ensuite ces règles, retirant les actifs des entreprises contrevenantes par l'entremise de procédures établies de dessaisissement.

Donner du pouvoir aux intervenants de surveillance

Les intervenants de surveillance sont des acteurs vitaux pour contrecarrer la corruption dans l'octroi de licences extractives. Les procédures d'adjudication fournissent aux intervenants de surveillance des chances d'exercer plus efficacement leurs fonctions. Comparées aux décisions réglementaires plus routinières, les adjudications sont plus souvent annoncées publiquement, assujetties à des règles bien établies, couvertes par les médias et, dans certains pays, elles font l'objet d'une approbation du parlement. Ceci en fait des événements concrets, à haut profil que les journalistes, les activistes, les parlementaires et les autorités de lutte contre la corruption peuvent examiner.

Ajouter des exigences en matière de divulgation de la propriété réelle et d'évaluation du risque aux procédures d'adjudication peut donner le pouvoir aux intervenants de surveillance d'enquêter et de rapporter sur la corruption pouvant se produire. D'une manière réaliste, dans de nombreux pays riches en ressources naturelles, la majorité de ce travail leur incombe. La divulgation peut supprimer une des plus grandes difficultés à laquelle ils sont confrontés lorsqu'ils enquêtent sur la corruption : l'évaluation des informations relatives à la propriété réelle de l'entreprise. En particulier, la transparence en matière de propriété réelle pendant la procédure d'adjudication pourrait aider :

- les enquêtes des journalistes, ONG, groupes de réflexion de marchés individuels ou de structures de propriété des détenteurs de licences suspects ;
- la diligence raisonnable, le profilage ou les évaluations de la réputation des entreprises retenues ou soumissionnaires par les mêmes intervenants ;²³
- les fonctionnaires tiers surveillant et supervisant l'octroi de licences et les passations de marchés, par exemple par les organismes parlementaires ou les

22 L'Art. 23.3.6 de la Loi de la République kirghize concernant « le sous-sol » (18 octobre 2017) donne à l'organisme d'adjudication le droit de révoquer une licence si une entreprise manque à déclarer ou fait une fausse déclaration concernant sa propriété réelle. La loi stipule dans la partie pertinente : « Raisons pour la révocation du droit d'utilisation du sous-sol : (comprennent...) manquer à la provision, ou déclaration inexacte, d'informations relatives à la propriété réelle ».

23 Pour un exemple récent, voir *Lebanon Oil and Gas Initiative, Investigating Lebanon's pre-qualified oil and gas bidders: Who are they and how should we assess them?* (LOGI, 2017).

groupes multipartites de l'ITIE cherchant à mettre en œuvre les exigences de la norme ITIE de collecte et de publication des informations relatives à la propriété réelle des entreprises qui « soumissionnent, opèrent, ou investissent dans les actifs extractifs, »²⁴ et à surveiller « toute infraction au cadre légal et réglementaire qui régit les octrois et transferts de licences »²⁵, et

- les enquêtes judiciaires.

Au-delà de la simple publication des divulgations relatives à la propriété réelle qu'ils reçoivent des entreprises, les organismes d'adjudication peuvent soutenir le travail des intervenants de surveillance en :

- *Créant et soutenant d'autres mécanismes externes de rendus de comptes.* Afin d'augmenter les chances que les allégations de corruption associées à la propriété réelle dans les procédures d'adjudication soient clarifiées, l'Etat souhaitant attribuer de nouvelles licences et contrats pourrait :
 - mettre en place un mécanisme de dénonciation ;
 - établir un ombudsman, soit pour une procédure d'adjudication particulière ou pour les décisions générales du secteur public ;
 - proposer aux entreprises non retenues une procédure d'appel des décisions pour certaines raisons listées, y compris la fausse divulgation de la propriété réelle par l'entreprise retenue et la corruption de la procédure d'adjudication impliquant l'entreprise retenue, et
 - créer un rôle pour, et collaborer avec, un surveillant externe ou une surveillance externe par une institution suprême de contrôle.

Les mécanismes de rendu des comptes choisis devraient rester ouverts pour une période appropriée après la fin de la procédure d'adjudication, afin de recevoir les allégations ou les conduites douteuses survenant plus tard.

- *Référer les entreprises délinquantes pour sanctions.* En dernier lieu, les organismes d'adjudication devraient avoir l'option, sinon l'obligation légale formelle, de coopérer avec les autres institutions judiciaires ou de surveillance gouvernementales pour traiter les cas de corruption impliquant les entreprises détentrices de licences. Les pénalités disponibles pourraient être légères, en fonction du comportement concerné et des dispositions de la loi pertinente dans la juridiction. D'autres institutions pourraient être réticentes ou incapables de prendre en charge les affaires. Toutefois, si l'organisme d'adjudication prenait des mesures pour faire des exemples de quelques entreprises, cela pourrait vraisemblablement décourager le mauvais comportement futur des autres. Par exemple, les fonctionnaires pourraient coopérer avec d'autres institutions lorsque les preuves de la procédure d'adjudication ou qui voient le jour plus tard suggèrent fortement :
 - qu'une entreprise a soumis de fausses informations en toute connaissance de cause, et en particulier, a déclaré un faux propriétaire réel ;
 - que le propriétaire réel d'une entreprise est une PPE et que la PPE peut ne pas avoir listé son intérêt dans l'entreprise dans sa déclaration publique d'actifs déposée auprès du gouvernement, et
 - qu'une entreprise a effectué des paiements à un fonctionnaire ayant de l'influence dans la procédure d'adjudication.

24 Initiative pour la Transparence dans les Industries Extractives, La norme ITIE 2016, sec. 2.5 § c).

25 *Ibid.* sec. 2.2 § a) (iv).

CONCLUSION

Il ne manque pas de preuves que l'octroi de licences et de contrats pétroliers, gaziers et miniers à des entreprises dont les propriétaires sont enclins à la corruption peut rendre plus ardu pour les pays de profiter des avantages de leur richesse en ressources naturelles. Des progrès ont été réalisés au cours des dernières années dans le domaine de la divulgation relative à la propriété réelle comme un problème important en matière de gouvernance du secteur extractif et dans l'introduction de mesures de protection fondamentales de lutte contre la corruption dans le secteur des octrois de licences, par ex., les dispositions dans le droit national qui interdisent la propriété aux PPE. Il reste énormément de travail à faire et les fonctionnaires responsables des adjudications ont toujours besoin de directives plus fortes pour répondre aux questions concernant la corruption en matière de propriété réelle qui compliquent les décisions d'adjudication particulières auxquelles ils sont confrontés. Nous espérons que les intervenants concernés dédieront plus d'efforts et de temps au développement d'une connaissance et d'outils pratiques dans ce domaine et que cet ouvrage pourra contribuer à cette mission.

Erica Westenberg est directrice des programmes de gouvernance de l'Institut de gouvernance des ressources naturelles (NRGI). Aaron Sayne est chargé de programme gouvernance senior à NRGI.

La Natural Resource Governance Institute, une organisation à but non lucratif indépendante, aide le public à concrétiser les avantages des richesses pétrolières, gazières et minières de leur pays par l'entremise de la recherche appliquée et des approches innovatrices dans le domaine du renforcement des capacités, des conseils techniques et de la promotion.
Pour en savoir plus, visitez www.resourcegovernance.org



Oil, gas and mining for development