

Université de Montréal

**Le cadre juridique des investissements miniers et
pétroliers chinois en Afrique : instruments pour une *lex
mercatoria* sino-africaine**

Par

Frédérique Youmbi Fasseu

Maîtrise en Droit des affaires

Faculté de Droit

Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures
en vue de l'obtention du grade de Maîtrise en droit option droit des affaires

Juin 2011

© Youmbi Fasseu, 2011

Université de Montréal
Faculté des études supérieures et postdoctorales

Ce mémoire intitulé :

**Le cadre juridique des investissements miniers et
pétroliers chinois en Afrique : instruments pour une *lex
mercatoria* sino-africaine**

Présenté par :

Frédérique Youmbi Fasseu

A été évalué par un jury composé des personnes suivantes :

Konstantia Koutouki,

Président-rapporteur

Emmanuel Darankoum,

Directeur de recherche

Hervé Prince,

Membre du jury

À mes parents, Nathalie et Joseph Youmbi,

Kévin, Yvan et Ornella,

Mireille et Franck Siewe-Gorsuch,

Pour leur amour et leur soutien immense...

Remerciements

À M. Emmanuel S. Darankoum,

Professeur agrégé, faculté de droit de l'Université de Montréal,

Pour les cours suivis dans le cadre du droit des affaires internationales et le grand intérêt accordé à cette recherche.

À M. Pascal Nguihé Kanté,

Docteur en droit privé, enseignant-chercheur à la faculté des sciences juridiques et politiques de l'Université de Dschang (Cameroun).

Pour le suivi et les encouragements dans l'évolution de ce processus.

Résumé

L'intérêt principal de l'analyse du cadre des investissements miniers et pétroliers chinois en Afrique est la détermination du chantier juridique résultant de la cohabitation de deux cultures juridiques en vue de l'émergence d'une *lex mercatoria* dans les investissements sino-africains. Elle comprend deux parties principales.

D'abord, l'étude se penche sur l'origine des fonds chinois investis sur le continent africain qui sont les fonds souverains. La problématique des fonds souverains est celle de savoir s'il s'agit d'instruments politiques ou financiers. Néanmoins, cette inquiétude ne freine pas la force opérationnelle grandissante des fonds souverains chinois sur le continent africain. Rentrant dans l'encadrement et le contenu du contrat proprement dit, l'analyse des figures contractuelles usitées dans l'industrie pétrolière et minière sino-africaine séparément dans les contextes chinois et africains révèle l'inadéquation des contrats et de la législation africaine aux besoins économiques et technologiques du continent. En outre, l'examen particulier des clauses de choix de la loi applicable et de règlement des différends dans les contextes chinois et africain permet de soulever quelques options possibles pour le contexte sino-africain.

Ensuite, l'analyse se penche sur les mécanismes mis en place pour favoriser les investissements chinois miniers et pétroliers sur le continent africain avant de relever les conséquences dans les domaines sociaux et environnementaux desdits investissements. Il ressort donc que des avantages fiscaux et douaniers sont mis en place en faveur des investissements chinois en Afrique ainsi que des traités bilatéraux signés entre la Chine et de nombreux pays africains. Cependant, sur le plan social, l'on s'interroge sur la place accordée à la lutte contre la corruption et la promotion de la transparence dans l'industrie extractive africaine avec ses relations avec la Chine. L'on constate également que l'absence de transfert de technologie influe négativement sur le développement économique et technologique, la concurrence et l'emploi local du pays hôte. De même, la protection de l'environnement dans le contexte sino-africain semble être reléguée au dernier plan. L'environnement africain court donc le risque de connaître une crise comme celle de la Chine causée par l'industrialisation du pays. La société civile nous apparaît donc au regard de ces effets peu glorieux des investissements chinois en Afrique dans les domaines miniers et pétroliers comme une troisième partie de cette relation qui devra être la médiatrice ou régulatrice entre les deux autres.

Mots-clés : *Lex mercatoria*, investissement, fonds souverains, joint-venture, contrat de partage de production, droit applicable, arbitrage, environnement, société civile, pétrole, Chine, Afrique.

Abstract

The main objective of this analysis is to determine the juridical patterns of the Chinese and African legal cultures cohabitations, in order to pursue a Chinese-African *lex mercatoria*. The survey of Chinese mines and oil investments in Africa will be done in two principal parts.

First, the study goes over the origin of the Chinese funds invested in Africa. Sovereign wealth funds in general causes questioning concerning their real purpose: are they financial or political instruments? Nevertheless, it is still obvious that this questioning does not stop Chinese sovereign wealth funds to continue to expand all over Africa. Also, going into the contracts and the legislation itself, the analysis of the contractual figures used in the mining and oil extractive industry individually in the Chinese and African context reveals the African contracts and legislation is not adequate to the continent's economical and technological needs. Continuing into the particular analysis of the applicable law and the arbitration clauses in the Chinese and African context individually, it was possible to outpoint some options to the Chinese-African context.

Secondly, the survey points out the mechanisms enabling Chinese investment into Africa and the consequences of these investments in the economical, social and environmental context. It was then pointed out that fiscal and customs mechanisms and also bilateral investment treaties signed in between China and numerous African countries favors Chinese investments in Africa. Still, the main social impact reveals some interrogations concerning the fight against corruption and promotion of transparency in Africa. Is the Chinese partnership considerate of this aspect? Moreover, the lack of technology transfer gets to negatively influence local competition and employment as well as economical and technological development. Also, environmental protection in the Chinese-African context seems to me sent far behind. Therefore, the African environment risks to face an environmental crisis just like China did because of the country's industrialization. Civil society here, considering these less attractive impacts of Chinese investment in oil and mining sectors in Africa, appears to be a very useful third party with the role of mediation and regulation between the two others.

Keywords: *Lex mercatoria*, Investment, Sovereign Wealth Fund, joint-venture, production sharing contract, applicable law, arbitration, environment, civil society, China, Africa.

Paragraphe 2 : La personnalité juridique distincte de celle du gouvernement chinois.....	22
Paragraphe 3 : Le contrôle public des fonds souverains et la motivation stratégique d'investissement en Afrique.....	23
1- Le contrôle public des fonds souverains.....	23
2- Motivation stratégique des fonds souverains chinois en Afrique : assurer l'indépendance énergétique chinoise	23
Section 2 : Le cadre juridique international et les mesures de protection nationales.	24
Paragraphe 1: Le cadre juridique international	24
1- Les règles de l'OMC et de l'OCDE.....	24
2- Les Principes et Pratiques Généralement Acceptés : Les principes de Santiago	26
Paragraphe 2 : les mesures de protection nationales et communautaires.....	27
1- Les règles de l'Union européenne.....	27
2- La législation africaine communautaire et nationale africaine	28
Paragraphe 3 : Les autres instruments juridiques.....	30
Chapitre 2 : La force opérationnelle des fonds souverains chinois.....	32
Section 1 : La puissance économique des fonds souverains	32

Paragraphe 1 : L'évolution des réserves chinoises.....	32
Paragraphe 2 : L'évolution du prix du pétrole	33
Section 2 : La menace des fonds souverains en Afrique.....	34
Paragraphe 1 : La politique de non-interférence	34
Paragraphe 2 : L'épongée des dettes nationales.....	35
Titre 2 : Les figures contractuelles usitées dans les investissements miniers et	
 pétroliers chinois en Afrique	37
Chapitre 1 : Le contrat de joint-venture Chine-Afrique	38
Section 1 : La joint-venture en Chine.....	39
Paragraphe 1 : L'Equity Joint-venture	40
Paragraphe 2 : La «Contractual ou coopérative» joint-venture.....	41
Section 2 : Le contrat de joint-venture en Afrique	43
Paragraphe 1 : La joint-venture donnant naissance à une entité	
juridique de type sociétaire.....	44
Paragraphe 2 : La joint-venture contractuelle	46
Chapitre 2 : Le contrat de partage de production pétrolière.....	48
Section 1 : La qualification ou la nature du contrat de partage	
de production dans le contexte sino-africain	49
Paragraphe 1 : Le contrat de partage de production : Contrat de	
coopération commerciale	49
Paragraphe 2 : La qualité du contractant qu'est l'État	51
Section 2 : Le transfert de technologie dans le contrat de	
partage de production sino-africain	52

Paragraphe 1 : Le transfert de technologie dans la législation chinoise.....	53
Paragraphe 2 : Le transfert de technologie dans le contexte africain.....	54
Titre 3 : Le droit applicable et le règlement des différends	56
Chapitre 1 : Le droit applicable aux obligations contractuelles sino- africaines.....	57
Section 1 : Détermination de la loi applicable par les parties	58
Paragraphe 1 : Le choix d'une loi nationale unique par les parties.....	58
Paragraphe 2: La possibilité de choix d'une pluralité de lois nationales ou d'une loi tierce.....	60
Section 2 : Les conséquences du choix de la loi applicable.....	61
Paragraphe 1 : L'extension de la loi applicable choisie aux contrats d'application	62
Paragraphe 2 : Vers une lex mercatoria sino-africaine en cas de non-détermination de la loi applicable ?	63
Chapitre 2 : Le règlement des différends	64
Section 1 : L'arbitrage dans le contexte chinois.....	66
Paragraphe 1 : Les principes de l'arbitrage international en Chine	66
Paragraphe 2 : Les formes d'arbitrage en Chine	68
Section 2 : Le règlement des différends dans le contexte africain.....	69
Paragraphe 1 : L'arbitrage du CIRDI.....	69
Paragraphe 2 : Le droit de l'arbitrage de l'OHADA	72
Section3 : La mise en œuvre de la sentence arbitrale	74

Deuxième partie : L'impact socio-économique des investissements chinois en Afrique.....	77
Titre 1 : L'impact du contrat dans les domaines fiscaux, douaniers et économiques.....	79
Chapitre 1 : Les mécanismes juridiques favorables à l'investissement chinois en Afrique	80
Section 1 : Les mécanismes contractuels favorables à l'investissement chinois en Afrique	81
Paragraphe 1 : Les clauses fiscales et douanières	81
Paragraphe 2 : Les assurances contre les risques	83
Section 2 : Les traités bilatéraux de protection et de promotion des investissements sino-africains.....	84
Paragraphe 1 : Définition et champs d'application	85
Paragraphe 2 : Le traitement des investissements	87
Chapitre 2 : Les enjeux du développement économique africain	89
Section 1 : Le transfert des fonds.....	90
Paragraphe 1 : Le champ d'application.....	90
Paragraphe 2 : Le rapatriement des fonds investis	91
Section 2 : Le sort des infrastructures construites	93
Paragraphe 1 : Les formules contractuelles usitées.....	93
Paragraphe 2 : L'absence de transfert de technologie	94
Titre 2 : L'impact socio-environnemental des investissements chinois en Afrique et l'implication de la société civile dans sa protection	97
Chapitre 1 : La lutte contre la corruption et pour la transparence dans les investissements pétroliers et miniers en Afrique.....	98

Section 1 : Définition des notions de corruption et de transparence.....	99
Paragraphe A : La notion de corruption.....	99
1 - La corruption en Chine.....	99
2 - La Corruption en Afrique.....	101
Paragraphe 2 : La Notion de transparence.....	103
Section 2 : Mécanismes de lutte contre la corruption et de promotion de la transparence.	104
Paragraphe 1 : L'Initiative pour la Transparence dans les Industries Extractives.	104
Paragraphe 2 : Évaluation de la mise en œuvre de l'ITIE dans les investissements pétroliers et miniers chinois en Afrique : le cas du Cameroun.....	105
Chapitre 2 : Les enjeux socio-environnementaux	107
Section 1 : L'impact social de l'implantation chinoise dans l'industrie pétrolière et minière en Afrique	108
Paragraphe 1 : La concurrence entre investisseurs chinois et investisseurs nationaux.....	108
Paragraphe 2 : L'impact sur l'emploi local	109
Section 2 : L'impact environnemental de l'implantation chinoise dans l'industrie pétrolière et minière en Afrique	111
Paragraphe 1 : La protection de l'environnement en Chine.....	112

Paragraphe 2: La protection de l'environnement en Afrique	113
Chapitre 3 : Le rôle de la société civile	115
Section 1 : Société civile, actrice des relations internationales et de la protection de l'environnement	117
Paragraphe 1 : La société civile : nouvelle actrice des relations internationales	117
Paragraphe 2 : Société civile et droit de l'environnement.....	119
Section 2 : Le contexte de la société civile en Chine et en Afrique	121
Paragraphe 1 : La société civile en Chine	121
Paragraphe 2 : La société civile dans le contexte Chine-Afrique.....	122
Conclusion générale	125
Bibliographie	xiii
I. LEGISLATIONS ET REGLEMENTATIONS.....	xiv
A. ALGERIE	xiv
B. ANGOLA	xv
C. BOTSWANA.....	xv
D. CAMEROUN.....	xv
E. CHINE.....	xvi
F. ETHIOPIA.....	xix
G. MAURITANIE	xix
H. REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO	xx
I. TUNISIE	xxi
J. INSTRUMENTS REGIONAUX ET INTERNATIONAUX.....	xxi
1. INSTRUMENTS REGIONAUX	xxii
2. INSTRUMENTS INTERNATIONAUX.....	xxiii

II.	DOCTRINES	xxiii
A-	MONOGRAPHIE ET OUVRAGES COLLECTIFS.....	xxiii
B-	OUVRAGES GÉNÉRAUX ET SPECIALISES	xxv
C-	MEMOIRES.....	xxviii
D-	ARTICLES DE REVUES	xxviii
E.	PUBLICATIONS GOUVERNEMENTALES	xxxiii
F.	RESSOURCES ÉLECTRONIQUES	xxxiv
III.	DICTIONNAIRES	xxxv
ANNEXES.....		xxxvi
K.	ANGOLA	xxxvii
L.	CAMEROUN.....	xxxvii
M.	REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO	xxxvii
N.	TRAITES BILATERAUX D'INVESTISSEMENTS ENTRE LA CHINE ET LES PAYS AFRICAINS	xxxvii

Liste des Abréviations

ADP: African Development Fund

AIE: Agence internationale de l'énergie

CCI : Centre du Commerce International

CCI : Chambre de Commerce International

CE : Communauté Européenne

CEMAC : Communauté Économique et Monétaire d'Afrique Centrale

CIC: China Investment Corporation

CIETAC : Commission Internationale d'Arbitrage Économique et Commercial de Chine

CJV : Cooperative/ Contractual Joint-Venture

CNOOC: Chinese National Offshore Oil Company

CNPC: China National Petroleum Company

CNUCED: Conférence des Nations Unies pour le Commerce et le Développement

EJV : Equity Joint-Venture

FMI : Fonds monétaire International

GEI: Global Environmental Institute

ITIE: Initiative pour la transparence dans les industries extractives

KRC: Khartoum Refinery Corporation

NEPAD : New Partnership for Africa's Development

OCDE: Organisation de Coopération et de Développement Économique

OHADA : Organisation pour l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique

OMC : Organisation Mondiale du Commerce

ONG : Organisation Non Gouvernementale

PNB: Produit National Brut

PPGA : Principes et Pratiques Généralement Acceptés

RPC: République Populaire de Chine

SAFE: State Administration of foreign exchange

SARL: Société A Responsabilité Limitée

SNH : Société Nationale des Hydrocarbures

TBI : Traité Bilatéral d'Investissement

UA: Union Africaine

UE : Union Européenne

Introduction

Les premiers rapports entre la Chine et l'Afrique commencent lorsque l'explorateur chinois Zheng He remonte la mer Rouge jusqu'en Égypte puis redescend les côtes africaines jusqu'au Mozambique. Il inaugure les relations diplomatiques avec l'Afrique en 1415 avec le sultan du Malindi dans l'actuel Kenya¹. Vers la fin des années 1990, les rapports Chine-Afrique se sont consolidés notamment dans le domaine de l'aide au développement et du commerce. À partir de ce moment les rapports se sont amplifiés et les investissements directs étrangers² chinois en Afrique ont augmenté de plus en plus ainsi que les échanges économiques et universitaires. Ainsi, en octobre 2000, s'est tenue la première conférence du Sommet Chine-Afrique³ avec 44 pays africains représentés sur 53 et le gouvernement chinois donnait en fin 2003 l'autorisation à plus de 602 entreprises chinoises d'investir en Afrique⁴. L'intérêt de la Chine en Afrique s'est donc fait de plus en plus grandissant surtout en matière pétrolière et minière.

Au regard de l'ampleur des liens grandissant entre la Chine et l'Afrique, la question générale qui demeure est celle de savoir si la coopération entre la Chine et l'Afrique surtout en matière d'investissements est à long terme un nouvel axe de coopération Sud-sud capable d'apporter le développement durable économique et social en Afrique ou alors est-ce une nouvelle forme de colonisation en Afrique?

¹ Robert D'ABOVILLE et Qian SUN, *Investissements pétroliers chinois en Afrique, conséquences géopolitiques*, Paris, Éditions L'Harmattan 2010.p. 61

² Investissement direct étranger (IDE) : «investissement dans lequel une entité résidente dans une économie à pour objectif d'acquérir un intérêt durable dans une économie et que cet intérêt durable puisse impliquer l'existence d'une relation à long terme l'investisseur direct et l'entreprise ainsi que la possibilité pour l'investisseur d'exercer une influence notable sur la gestion de l'entreprise.» Manuel de la balance des paiements du Fonds Monétaire International.

³Site officiel du Sommet Chine-Afrique http://french.focacsummit.org/focacsummit/2006-07/19/content_318959.htm

⁴ Etienne GIROUARD, « La Chine en Afrique néocolonialisme ou nouvel axe de coopération Sud/sud ? » (2008) Forum Afrique-Canada.

Cela étant, la coopération sino-africaine étant devenue une réalité, un encadrement juridique adapté à ce contexte bien défini s'impose. Une *lex mercatoria* sino-africaine pourrait être en gestation. Cependant, avant d'y arriver, il faudrait circonscrire le cadre juridique existant dans le contexte défini. Les questions qui se soulèvent dès lors vont du financement desdits investissements jusqu'aux conséquences économiques, sociales et environnementales qui en découlent. En effet, le financement des investissements chinois par les fonds souverains en Afrique s'accompagne-t-il d'une implication politique? En outre, les législations africaines sont généralement caduques en matière de contrats internationaux, la présomption d'ignorance appliquée en faveur des pays sous-développés est elle encore valable dans ce contexte? Une possibilité de modélisation contractuelle adaptée au contexte socio-économique africain inspirée du droit international, africain et chinois par exemple ne serait-elle pas envisageable? Également, les questions de droit applicable et de résolution des différends sont essentielles. Enfin, les conséquences de l'implantation chinoise en Afrique dans les domaines économiques, environnementaux et sociaux notamment pour ce qui est de l'emploi local et du jeu de la concurrence montrent la nécessité d'une réforme juridique et de modèles contractuels adéquats.

Au regard de tout ce qui précède, il semble nécessaire de se pencher sur le cadre juridique des investissements miniers et pétroliers chinois en Afrique pour pouvoir apporter une analyse juridico-stratégique à la question de l'implantation chinoise en Afrique. Depuis le financement de ces contrats d'investissements par les fonds souverains issus de réserves monétaires nationales chinoises jusqu'aux conséquences de ces investissements sur le sol africain en passant par le contenu du contrat et le regard du droit de l'Organisation Mondiale du Commerce (O.M.C.). Il convient de préciser néanmoins que les investissements chinois ne se réduisent pas qu'au domaine minier et pétrolier. Il part du bâtiment et des travaux publics aux télécommunications en passant par le commerce, les textiles, l'agriculture et le bois. Cependant, nous avons choisi d'analyser le cadre juridique des investissements pétroliers et miniers uniquement à cause de leur importance économique et stratégique. Pour cela, l'étude se divisera en deux parties.

La perspective d'analyse de notre sujet consiste à faire ressortir les éléments qui pourraient déboucher sur un ordre juridique encadrant les relations économiques entre la Chine et l'Afrique : une *lex mercatoria* sino-africaine. En effet, la coopération économique Chine-Afrique est aujourd'hui une réalité. Par conséquent, il y a accroissement des besoins juridiques du cadre de l'échange et des besoins de sécurisation. Ces besoins appellent un ordre juridique à créer ou en tout cas un ensemble juridique cohérent et fiable.

Cet ensemble découlerait des ordres juridiques en confrontation (africains et chinois), des pratiques issues des rapports Chine-Afrique, des pratiques transnationales vectrices d'un ordre juridique international normalisé, des pratiques de financement, des pratiques contractuelles, technologiques, environnementales et sociales. Toutes ces prémices pourraient conduire à une *lex mercatoria* sino-africaine.

Le but de notre travail est donc, avant l'avènement d'un ordre juridique, de prouver l'existence d'un cadre juridique, objet d'un ordre juridique sino-africain. Pour se faire, la technique juridique sera essentiellement analytique, descriptive et prescriptive.

Sur le plan analytique et descriptif, il s'agira d'examiner le contenu des sources de droit et d'en préciser les contours.⁵ Les sources légales chinoises et africaines, contractuelles et jurisprudentielles entourant les rapports sino-africains et particulièrement dans le domaine des ressources naturelles minières et pétrolières seront analysées sous l'angle critique de la politique de développement économique et de coopération gagnant-gagnant qui entoure la coopération sino-africaine.

Cet angle d'analyse nous conduira directement au volet prescriptif⁶ de l'étude qui consiste à proposer des solutions aux lacunes relevées dans l'analyse et répondre à la question de savoir ce que devrait être le contenu de ces règles pour épouser justement l'idée de

⁵ Olivier CORTEN, *Méthodologie du droit international public*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2009, p. 20.

⁶ Ibid.

coopération gagnant-gagnant entre lesdits pays et surtout de développement économique , technologique et social africain.

Notre technique juridique précédemment expliquée est principalement encadrée par deux courants théoriques. Il s'agit du pluralisme juridique et de constructivisme juridique. La théorie du positivisme juridique de Hans Kelsen principalement a été écartée car les sources du droit que nous étudions vont au-delà des sources purement légales et législatives⁷ mais inclus les considérations économiques, sociales et développementalistes des pays du Sud. En effet, le positivisme juridique consistant

« à ne reconnaître de valeur qu'aux règles seules de droit positif et à réduire tout le droit aux règles en vigueur à une époque donnée dans un État donné...Le droit étant donc l'expression de la volonté de l'État. »⁸

Nous envisageons plutôt la construction d'un ordre juridique interétatique puisant dans les ordres juridiques étatiques considérant les valeurs économiques et sociales partagées et tournées vers le pluralisme et le constructivisme juridiques.

Le pluralisme, d'après Philippe GERARD, François OST et Michel VAN DE KERCHOVE (Dir.), dans *Droit négocié, droit imposé*,

« Se conçoit comme la coexistence d'une pluralité d'ordres juridiques distincts qui établissent entre eux des rapports de droit. »⁹

Dans le contexte sino-africain, le droit national du pays hôte des investissements cohabite avec le droit communautaire, le droit international et le droit du pays investisseur dans les contrats et les traités bilatéraux signés entre les protagonistes. C'est dans cette optique que

⁷ Hans KELSEN, *Controverses sur la théorie pure du droit : remarques critiques sur Georges Scelle et Michel Virally*, Paris, éditions Panthéon Assas, 2005.

⁸ Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du droit*, 4^e édition, Paris, Dalloz, 2003.

⁹ Philippe GERARD, François OST et Michel VAN DE KERCHOVE (Dir.), *Droit négocié, droit imposé?* Bruxelles, Publications des facultés universitaires de Saint-Louis, 1996, p. 353.

J-G BELLEY voit le contrat comme un « *un instrument d'harmonisation avec un ordre juridique tiers* »¹⁰ et de « *coopération entre ordres juridiques indépendants.* » Le contrat est donc un vecteur du pluralisme juridique. Nous pensons par conséquent qu'une modélisation contractuelle est nécessaire pour les parties africaines en ce qui concerne les traités bilatéraux d'investissements, les contrats complexes tels que les contrats de joint-venture, de transfert de technologie ou encore de partenariats public-privés. Il en est de même pour le droit du travail et de l'environnement entre autres. Notre travail fera donc ressortir les modèles africains et les modèles chinois dans tous ces domaines dans le but d'envisager la construction d'un ordre juridique sino-africain.

Le constructivisme juridique vient donc pousser la théorie pluraliste beaucoup plus loin car un perspectif constructiviste consisterait dans la construction d'une politique de pluralisme juridique adaptée au contexte qui saurait survivre à la diversité juridique.¹¹ Il s'agira donc pour nous ici de soulever les lacunes du droit africain en matière d'investissements et d'en proposer des pistes de solution inspirée soit du droit chinois en confrontation et dont la politique d'investissement nationale a clairement guidé la législation en la matière, ou inspirées du droit et des principes internationaux.

En effet, nous pensons que les modèles chinois peuvent être une inspiration dans certains cas pour les modèles africains car, ils ont été pensés pour une nécessité d'attrait des investissements étrangers en Chine et d'acquisition de la technologie étrangère. D'après nous, non seulement cette même politique est aujourd'hui la politique africaine en quête de développement, mais également, des similitudes culturelles se feront ressentir et de plus une facilité de compréhension et d'application pourrait ressortir car les investissements

¹⁰ Jean-Guy BELLEY, « Le contrat comme vecteur du pluralisme », dans Philippe GERARD, François OST et Michel VAN DE KERCHOVE (Dir.), *Droit négocié, droit imposé?* Bruxelles, Publications des facultés universitaires de Saint-Louis, 1996.

¹¹ G. TEUBNER, dans « Pour une épistémologie constructiviste du droit », dans *Droit et réflexivité, L'auto-référence en Droit et dans l'organisation*, trad. De l'allemand par N. BOUCQUEY (en coll. Avec G. MAIER) Diegem-Paris, E. Story Scientia-L.G.D.J. 1994, p. 171-204.

chinois en Afrique seront confrontés aux mêmes exigences que les investissements étrangers en Chine. C'est dans cette optique que les modèles chinois seront présentés et confrontés aux modèles africains. L'ordre juridique sino-africain sera donc le résultat d'un pluralisme et d'un constructivisme juridiques du meilleur des deux mondes. L'on parlera de la *lex mercatoria* sino-africaine.

Notre travail ayant pour principal intérêt de mettre en exergue les éléments pouvant déboucher sur une *lex mercatoria* sino-africaine, il importe dans ce chapitre préliminaire d'une part de présenter l'intérêt d'une *lex mercatoria* sino-africaine et d'autre part de soulever les chantiers de ladite *lex mercatoria*.

Section 1: L'intérêt d'une *lex mercatoria* sino-africaine

Les piliers de la *lex mercatoria* telle que Philippe KHAN ont pensé à un ordre juridique interétatique qui encadrerait les relations commerciales internationales. Il importe dans un premier temps de s'arrêter sur l'existence et la légitimité de cet ordre juridique, avant d'envisager son apport dans un contexte sino-africain.

Paragraphe 1: L'existence et la légitimité de la *lex mercatoria*

La *lex mercatoria* est définie comme un:

«Droit élaboré par les milieux professionnels du commerce international ou spontanément suivi par ces milieux indépendamment de tout Droit étatique et dont l'application échapperait pour cette raison à la méthode du conflit des lois»¹²

¹² Gérard CORNU (Dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, édition Quadriga, PUF 2008

En effet, les pionniers de cet ordre transnational ont évoqué l'émergence d'une « loi nouvelle des marchands »¹³ : matérielle et transnationale du commerce international.

La question de la légitimité de la *lex mercatoria* a divisé les auteurs en deux écoles principales avec leurs extrémistes: *les mercatoristes* et *les antimercatoristes*.¹⁴

Le caractère transnational de la *lex mercatoria* a alimenté les débats sur l'origine du droit :

« création exclusive de l'État ou d'autres acteurs de la société »¹⁵

Pour répondre à cela, il a été soutenu que :

« Un système ne se réduit pas qu'à ce qu'il a inventé, il s'étend à l'ensemble des règles et des pratiques qu'il intègre. »¹⁶

Le contenu et l'enrichissement de la *lex mercatoria* intègrent donc des sources nationales, interétatiques, ainsi que des sources contractuelles et issues de la pratique.

Parti de ce postulat, à l'heure des relations grandissantes et économiquement importantes entre la Chine et l'Afrique, il nous semble important de faire ressortir dans ce cadre particulier des éléments qui concouraient à la construction d'un ordre juridique transnational particulièrement adapté aux besoins de la relation Chine-Afrique.

En effet, les éléments tirés des législations chinoises et africaines, des contrats existants, des traités bilatéraux et de la pratique constituent un vaste chantier pour l'émergence d'un

¹³ Eric LOQUIN, « Ou en est la *lex mercatoria*? », dans Ph. KHAN, *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle: à propos de 30 ans de recherche du CREDIMI: mélanges en l'honneur de Philippe Kahn / à l'initiative de Charles Leben, Eric Loquin, Mahmoud Salem* .Paris, Litec, 2000, p. 24.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ I. FADLALLAH, « le projet de convention sur la vente de marchandises », dans *Les travaux de la commission des Nations Unies pour le droit du commerce international*, JDI, 1991, p. 766, cité par E. LOQUIN, préc.

ensemble de règles et de principes dont l'intérêt sera encadré les relations entre la Chine et l'Afrique et surtout à équilibrer les termes de l'échange.

Paragraphe 2 : La lex mercatoria dans le contexte sino-africain

L'avènement d'un ordre juridique sino-africain enrichi de la législation et des pratiques contractuelles contribuerait à équilibrer les termes de l'échange et de la coopération sino-africaine. En l'état actuel des choses, l'encadrement juridique des investissements chinois en Afrique comme nous le verrons dans la suite de l'analyse révèle de grands manquements pour ce qui est du développement africain.

En effet, L'accroissement des investissements vient avec un accroissement des besoins de sécurisation. Un ensemble juridique cohérent et fiable interétatique est donc nécessaire. En termes de développement économique, il s'agit de puiser dans les législations et les pratiques contractuelles, un ensemble de principes dirigés vers une politique de développement économique, technologique et social tout en considérant les valeurs non marchandes telles que la lutte anti corruption et la protection environnementale. Une considération doit également être faite pour ce qui est de la survie et du développement de l'économie locale.

En outre, en termes de développement des collectivités, il faut un ensemble normatif qui permettrait de négocier le partage d'un même espace entre les entreprises chinoises et les populations, travailleurs et entrepreneurs locaux.

En somme, la relation Chine-Afrique appelle aujourd'hui à un ordre juridique qui saurait incorporer aussi bien les valeurs marchandes que les valeurs non marchandes propres aux réalités et aux besoins des parties. Cet ordre découlerait des ordres juridiques en confrontation, des pratiques issues des rapports Chine-Afrique, des pratiques

transnationales vectrices d'un ordre juridique international normalisé, des pratiques de financement, des pratiques contractuelles et de développement.

Le but de notre travail étant, avant l'avènement d'un ordre juridique, de prouver l'existence d'un cadre juridique. Ce cadre juridique sera constitué des ensembles normatifs et de la pratique actuelle qui sont les chantiers de la *lex mercatoria* sino-africaine.

Section 2: Les chantiers de la *lex mercatoria* sino-africaine...

Contrairement à l'un des reproches faits à la *lex mercatoria*, à savoir la pauvreté de son contenu,¹⁷ la *lex mercatoria* se nourrit des pratiques contractuelles et du droit comparé.¹⁸ Dans le contexte sino-africain, notre analyse consiste à dégager les éléments du cadre juridique contractuel sino-africain et de droit comparé chinois et africain, qui constitue en fait le chantier pour une *lex mercatoria* sino-africaine...

Paragraphe 1 : Une *lex mercatoria* sino-africaine à travers les modèles pratiques contractuels

« *La *lex mercatoria* a pour support naturel le contrat* »¹⁹. En effet, les contrats ont la particularité de refléter la volonté des parties et de prendre en considération leurs besoins économiques et sociaux. La cohésion du milieu bancaire par exemple a été à l'origine de

17 Phillipe KHAN, *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20e siècle: à propos de 30 ans de recherche du CREDIMI : mélanges en l'honneur de Philippe Kahn / à l'initiative de Charles Leben, Eric Loquin, Mahmoud Salem* .Paris, Litec, 2000, p. 28.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Eric LOQUIN, « Ou en est la *lex mercatoria*? », dans Ph. KHAN, *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle : à propos de 30 ans de recherche du CREDIMI : mélanges en l'honneur de Philippe Kahn / à l'initiative de Charles Leben, Eric Loquin, Mahmoud Salem* .Paris, Litec, 2000

nouvelles figures contractuelles.²⁰ En outre, l'utilisation dans le commerce international de modèles de figures contractuelles n'est pas chose nouvelle. Le contenu des pratiques contractuelles, de même que les usages commerciaux constituent inéluctablement une source de la *lex mercatoria*.

Dans le contexte sino- Africain de notre étude, nous relèverons les contrats signés entre la Chine et certains États africains. L'étude de l'encadrement et des clauses contractuelles desdits contrats montrera les lacunes africaines en matière de contrats internationaux en usage dans le commerce international. Dans l'optique d'apporter des améliorations et de pallier à ces lacunes, nous proposons pour les États africains une modélisation contractuelle en ce qui concerne les contrats d'investissements tels que les contrats de joint-venture et de transfert de technologie mais également en ce qui concerne les traités bilatéraux d'investissement, le droit du travail, le droit fiscal et de l'environnement entre autres.

En effet, les contrats d'investissements signés sur le continent africain doivent prendre en compte la situation économique, technologique, le chômage et la protection environnementale qui sont encore à la traîne sur l'étendue du continent. Pour être plus concret, L'Organisation pour l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique (OHADA) pourrait dans l'Acte Uniforme sur le droit des contrats en préparation, par exemple, intégrer des modèles contractuels internationaux pensés pour les besoins africains en matière de joint-venture, transfert de technologie ou contrats de partage de production, principales figures usitées par la Chine en Afrique comme nous le verrons dans la suite de l'étude. Ces modèles serviraient de base de négociation avec le contractant chinois.

De même, les institutions communautaires telles que la Communauté Économique et Monétaire d'Afrique Centrale (CEMAC) ou son correspondant ouest-africain la CEDEAO pourraient envisager de proposer des modèles de traités bilatéraux ou multilatéraux d'investissement adaptés aux besoins communs qui serviront de base de négociation pour

20 Ibid.

les États ressortissants qui pourront par la suite les adapter à des modèles nationaux. En effet, les manquements ou les écarts actuels résultant de la coopération Chine-Afrique particulièrement en matière sociale et environnementale pourront être ainsi corrigés ou du moins améliorés. De façon globale, beaucoup de points lésés par les contrats actuellement signés auront donc été repensés et adaptés en conséquence.

Le mimétisme juridique importé de l'occident ne correspond manifestement pas aux besoins du continent. Nous pensons que les modèles doivent refléter les besoins du continent. Une inspiration des modèles chinois qui a justement connu les mêmes besoins économiques et technologiques, ce qui ressort clairement de ses modèles contractuels et de sa législation dans le cadre des investissements en Chine nous semble plus adéquat.

Ce point de vue justifie que nous confronterons tout au long de l'étude les contrats signés sur le sol africain et la législation africaine en matière d'investissements miniers et pétroliers en Afrique aux modèles et à la législation chinoise correspondante. Car, une perspective de droit comparé africain, chinois et international contribue également à l'enrichissement des éléments de *lex mercatoria* sino-africaine en chantier.

Paragraphe 2 : Une lex mercatoria sino-africaine à travers le droit comparé

La *lex mercatoria* a la capacité d'absorber dans le droit comparé pour intégrer dans sa substance les règles communes à plusieurs systèmes juridiques étatiques.²¹ Les principes d'UNIDROIT par exemple organisent pour les acteurs du commerce international,

²¹ Eric LOQUIN, « Ou en est la *lex mercatoria*? », dans Ph. KHAN, *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle : à propos de 30 ans de recherche du CREDIMI : mélanges en l'honneur de Philippe Kahn / à l'initiative de Charles Leben, Eric Loquin, Mahmoud Salem*. Paris, Litec, 2000, p. 34.

« Un ensemble codifié de règles tirées d'une analyse comparée principes fournis par les principaux systèmes juridiques. »²²

Cet enrichissement concourt au caractère transnational de la *lex mercatoria* car elle réunit des normes communes aux principaux ordres juridiques nationaux des parties.

Dans le contexte particulier sino-africain, dégager des règles communes aux principaux acteurs intéressés pourra déboucher sur des principes communs aux systèmes africains et chinois.

En effet, une analyse économique des systèmes juridiques chinois et africains, gardant à l'esprit les besoins économiques et sociaux des parties, permettrait de dégager un ensemble de principes applicables aux relations économiques sino-africaines. C'est dans cette perspective que notre travail confronte les ordres juridiques africains et chinois tout au long de l'analyse. Il s'agit de commencer par présenter et analyser l'encadrement juridique des investissements pétroliers et miniers chinois en Afrique en relevant les lacunes législatives ou contractuelles pour contribuer à la construction d'une *lex mercatoria* sino-africaine encore en chantier.

De plus, il faut relever que les sociétés chinoises et africaines partagent certaines politiques économiques et valeurs morales. Économiquement, il s'agit d'organiser un climat d'investissement attrayant pour les investisseurs étrangers et d'acquérir la technologie étrangère. Une cohabitation des systèmes juridiques partageant cette politique est tout à fait possible. Sur le plan moral, les systèmes chinois et africains accordent une place importante à la médiation par exemple pour ce qui est du règlement des différends. La plupart des contrats et des traités bilatéraux, s'agissant du règlement des différends, mettent en place une procédure de médiation préalable à l'arbitrage.

Il ressort donc que l'actualisation législative africaine pourrait s'inspirer du droit chinois des investissements, au regard de sa politique d'investissement sur son territoire national. Il

22 Ibid.

en résultera une facilité de compréhension et donc de coopération avec le plus grand investisseur sur le continent qu'est la Chine. Si l'on part du principe que la Chine investira en Afrique comme on investit chez elle, l'on peut espérer une égalité dans les termes de l'échange.

En somme, la perspective d'analyse de notre travail est définitivement tournée vers l'étude du cadre juridique des investissements chinois en Afrique, particulièrement dans le domaine des ressources naturelles pétrolières et minières. Il s'agit de faire ressortir les éléments des contextes juridiques des investissements en Afrique et en Chine, qui amorceront l'émergence des règles transnationales et des principes communs aux ordres juridiques chinois et africains qui déboucheront sur une *lex mercatoria* sino-africaine. Nous ne jugeons pas utile de revenir tout au long de l'analyse sur ce cadre qui détermine l'analyse.

En effet, une réforme du droit des investissements en Afrique se révèle de plus en plus nécessaire au moment où la Chine prend l'assaut du continent. Un examen croisé du cadre juridique actuel chinois et africain permettra de poser les prémices de la *lex mercatoria* sino-africaine.

La première partie de notre travail va donc consister dans l'analyse de la question des fonds souverains, l'encadrement juridique des contrats et du droit applicable. En effet, les fonds souverains font l'objet d'un grand intérêt quand à leur statut juridique : instrument financier ou arme politique?²³ Il s'agira donc d'analyser les fonds souverains chinois investis en Afrique en ce qui concerne leur statut juridique et leur force opérationnelle. La deuxième articulation ou second titre de la première partie va constituer en une étude de l'encadrement et du contenu du contrat. Il s'agira d'analyser les figures contractuelles usitées dans le cadre des contrats miniers et pétroliers Chine-Afrique au regard des recommandations du Centre du Commerce International (C.C.I.) et des conventions

²³ Jean-Marc PUEL, *Les fonds souverains instruments financiers ou armes politiques ?* Paris, Autrement, Collection Monde et nations 2009, p. 2.

minières et pétrolières nationales. Il s'agit généralement de joint-venture comme en République Démocratique du Congo, de partenariat public-privés comme au Soudan ou encore de contrats de partage de production pétrolière comme au Cameroun. Le troisième titre va examiner le droit applicable au contrat entre droit chinois, droit africain et droit de l'O.M.C. et la méthode de règlement des conflits applicable.

Ensuite, la deuxième partie va étudier l'impact socio-économique des investissements chinois en Afrique. En effet, les avantages fiscaux et douaniers accordés dans le cadre des contrats sino-africains méritent une analyse approfondie tout comme les enjeux de développement durable sur le sol africain. Cela constituera le titre premier de cette dernière partie. Le titre second va analyser l'impact du contrat dans le domaine social et environnemental et l'implication de la société civile dans sa protection. Il s'agira dans cette dernière articulation de jeter un regard sur la lutte contre la corruption et la transparence dans les investissements pétroliers et miniers en Afrique, sur le sort des investisseurs nationaux, des travailleurs nationaux et aussi au sort de l'environnement et des peuples autochtones des lieux d'exécution des contrats miniers et pétroliers chinois en Afrique. Nous finirons par démontrer l'importance du rôle et de l'action de la société civile depuis la négociation jusqu'à l'exécution des contrats pour pouvoir assurer la protection des minorités et de l'environnement.

**Première partie : L'encadrement juridique et le contenu
des contrats sino-africains**

Les contrats pétroliers et miniers chinois en Afrique sont généralement financés par le gouvernement chinois par l'intermédiaire des fonds souverains. Il nous semble important de se pencher sur le statut juridique de ces fonds souverains pour pouvoir mieux examiner leur force opérationnelle sur le sol africain dans un premier titre. Ensuite, le deuxième titre de cette partie nous permettra de faire état des figures contractuelles usitées dans les investissements pétroliers et miniers chinois en Afrique. Enfin, le troisième titre nous permettra d'analyser le droit applicable et le règlement des différends. En effet, une confrontation du cadre chinois et du cadre africain en ce qui concerne les figures contractuelles et les formes d'investissement étranger, ainsi que le droit applicable et le règlement des différends mérite d'être faite pour mieux cerner le cadre juridique d'investissements miniers et pétroliers sino-africain.

Titre 1 : La problématique des fonds souverains

Le premier chapitre de ce titre définit et donne les caractéristiques de la notion de fonds souverains avant de circonscrire son cadre juridique et les mesures de protection prises pour paralyser la possibilité qu'il soit utilisé comme une arme politique. Le second quant à lui va examiner les fonds souverains présents en Afrique et leur force opérationnelle.

Chapitre 1 : Le statut juridique des fonds souverains

La notion de fonds souverains soulève de nombreuses inquiétudes à l'heure actuelle : est-ce le retour du capitalisme d'État? Quel est leur rôle dans le nouvel ordre économique mondial? Opportunité ou menace? Quelles conséquences pour l'Afrique? Il faudrait mieux comprendre leur statut juridique pour pouvoir examiner les inquiétudes qu'ils peuvent soulever. D'abord, il faut commencer par distinguer les fonds d'investissement des fonds souverains car tous les fonds d'investissement ne sont pas des fonds souverains. Les fonds d'investissements peuvent être des *private equity* qui ont pour objectif d'investir dans des sociétés sélectionnées sous certains critères. Ils sont le plus souvent spécialisés selon l'objectif de leurs intentions : fonds de capital-risque, fonds de capital développement, fonds de LBO (*leverage buy-out*) qui correspondent à des stades différents de maturité de l'entreprise²⁴. Les fonds de *private equity* s'intéressent à des entreprises de toutes tailles. C'est ainsi que le fonds KKR en 1988 a racheté le conglomérat américain RJR Nabisco pour un montant de 25 milliards de dollars.²⁵ Les fonds d'investissement peuvent être aussi des fonds communs de placement ou des fonds de pension et enfin la troisième des principales catégories de fonds d'investissement est les *hedge funds* qui ont fait couler beaucoup d'encre lors des dernières crises. Ils sont définis comme des « fonds à vocation spéculative cherchant des rentabilités élevées et qui utilisent abondamment les produits

²⁴ Loïc PHILIP et Jean Philippe GAUDEMET, *Dictionnaire encyclopédique de finances publiques*, Paris, Economica, 1991.

²⁵ J-M. PUEL, *Les fonds souverains: instruments financiers ou armes politiques?* Paris, Éditions Autrement, Collection Monde et Nations, 2009. p. 12

dérivés, en particulier les options»²⁶ Ils s'adressent aux personnes physiques ou morales à patrimoine élevé ayant une grande tolérance du risque.²⁷

Les fonds souverains quant à eux sont définis comme étant des fonds d'investissement ayant un but défini et particulier et possédé par le gouvernement ou l'État.²⁸ Les fonds souverains ne sont pas des instruments financiers récents mais inspirent une vague d'inquiétude dans la finance internationale depuis le début des années 2008 à cause de l'importance grandissante qu'ils occupent. Ils sont vus tantôt comme une menace des gouvernements tiers ou comme un espoir de meilleure régulation du marché.²⁹ La Chine en plein essor économique possède quelques principaux fonds souverains : la China Investment Corporation (CIC), la State Administration of Foreign Exchange (SAFE), la China National Offshore Oil Corporation (CNOOC) et le African Development Fund (ADF). Les deux dernières sont les principales actives en Afrique.

Les fonds souverains peuvent avoir une personnalité distincte du gouvernement ou non. La SAFE par exemple est directement gérée par le gouvernement alors que les autres possèdent une personnalité juridique distincte de celle du gouvernement. Les fonds souverains chinois ont des finalités économiques et stratégiques précises dans le financement des entreprises d'investissements miniers et pétroliers en Afrique : il s'agit de sécuriser des approvisionnements énergétiques. Dès lors, quelles conséquences juridiques pour les cosignataires africains de signer des traités avec des entreprises chinoises privées financées en arrière par le gouvernement chinois? La question du statut juridique des fonds souverains est importante à ce niveau pour pouvoir déterminer quel est le niveau d'implication du gouvernement dans les contrats signés entre le pouvoir public africain et

²⁶ Loïc PHILIP et Jean Philippe GAUDEMET, *Dictionnaire encyclopédique de finances publiques*, Paris, Economica, c1991.

²⁷ Ibid.

²⁸ Udaibir S. DAS, Yinqiu LU, Christian MULDER et Amadou SY, « Setting up a Sovereign Wealth Fund: Some policy and Operational Considerations », International Monetary Fund Working Paper, (2009), p. 5.

²⁹ Olivier PROST, Hugues PARMENTIER et Cyrille HUGON, « Fonds Souverains: Quelle réglementation européenne ? » REVUE BANQUE, (2009) 54 n. 709. P. 1.

les sociétés privées chinoises. Le chapitre analysera donc dans sa première section les caractéristiques des principaux fonds souverains chinois agissant en Afrique et consacrer la deuxième section à l'examen du cadre juridique international des fonds souverains et des mesures de protection nationale pour limiter l'utilisation à des fins politiques.

Section 1 : Caractéristiques des principaux fonds souverains chinois en Afrique

Les fonds souverains ont généralement peu d'engagements explicites³⁰. Elles investissent dans les actifs africains et poursuivent des stratégies d'investissement à long terme. Ils réinvestissent les réserves monétaires et financières étatiques chinoises comme nous le verrons dans un premier paragraphe avant d'examiner les implications de la personnalité juridique distincte de celle de l'État en un second paragraphe. Nous nous pencherons enfin en troisième paragraphe sur la souveraineté des fonds souverains.

Paragraphe 1 : Les ressources des fonds souverains chinois : les fonds d'excédants commerciaux et budgétaires

Les sources principales des fonds souverains chinois sont les excédants commerciaux et les excédants budgétaires qui alimentent les réserves de change.³¹ Ces excédants représentent plus du tiers des actifs gérés par les fonds souverains.³² Selon Caroline Bertin Delacour, l'importance des excédants budgétaires et commerciaux s'explique par le renforcement des politiques budgétaires fondées sur les exportations.³³ En effet, la main-d'œuvre, le salaire moyen (beaucoup moins élevé qu'ailleurs) et la sous-évaluation artificielle de la monnaie chinoise (qui fait l'objet de discussions au sommet de G-20 2011) justifient l'importance

³⁰ Caroline Bertin DELACOUR, *Les fonds souverains Ces nouveaux acteurs de l'économie mondiale*, Paris, Édition Les Échos, Eyrolles, 2009, P.32

³¹ Ibid. p. 32

³² Ibid. p. 33

³³ Ibid.

des exportations chinoises. Les fonds souverains déposent les fonds à l'étranger, ce qui contribue à la sous-évaluation du Yen (monnaie chinoise). Aussi les cotisations importantes de santé et pensions diverses des habitants contribuent au financement des fonds souverains. Cela étant, il convient d'examiner la personnalité juridique des fonds souverains chinois.

Paragraphe 2 : La personnalité juridique distincte de celle du gouvernement chinois

La personnalité juridique des fonds souverains signifie qu'ils sont aptes à être titulaires de droits et à être assujettis à des obligations. Les fonds souverains peuvent donc ester en justice. Ils ne peuvent pas dans ce cas invoquer l'immunité de juridiction appliquée à l'État chinois.

Les fonds souverains sont institués par la loi des finances et organisés comme personnes juridiques distinctes de celle du gouvernement et de la banque centrale.³⁴ Ils sont régis par le droit commun des sociétés et des lois spéciales. Les fonds souverains chinois sont gérés par un conseil d'administration avec la majorité des membres nommés par le ministre des Finances.³⁵ Il y a généralement une limite quant au nombre de membres du gouvernement pouvant siéger au conseil. Cependant, le président du conseil est désigné par le ministre des Finances.³⁶

Cela étant, la stratégie d'investissement et la politique de gestion du fonds sont dictées par le gouvernement et le ministère des Finances. Aussi, le fonds souverain rend compte au gouvernement car c'est lui qui fournit les liquidités.

³⁴ C. B. DELACOUR, *Les fonds souverains Ces nouveaux acteurs de l'économie mondiale*, Paris, Édition Les Échos, Eyrolles, 2009, p.32.

³⁵ Ibid.

³⁶ C. B. DELACOUR, préc. Note 16, p. 57.

Paragraphe 3 : Le contrôle public des fonds souverains et la motivation stratégique d'investissement en Afrique

1- Le contrôle public des fonds souverains

Les fonds souverains financent des entreprises chinoises qui viennent constituer des joint-ventures avec les gouvernements ou les entreprises africaines ou investir à leur tour sur le sol africain. Le gouvernement chinois se retrouve donc de près ou de loin, actionnaire de la joint-venture ou du partenariat. À ce titre, le gouvernement chinois a la possibilité d'accéder aux informations du gouvernement hôte, de voter aux assemblées générales ou encore de se faire représenter lors des conseils d'administration de la société formée. Ainsi le gouvernement chinois pourrait donc directement influencer sur les politiques d'investissement et d'exécution des projets, et même sur les politiques en matière d'exploitation des ressources naturelles du pays. C'est cette possibilité qui soulève l'inquiétude de l'utilisation des fonds souverains à des fins politiques : la possibilité qu'en plus d'orienter les politiques d'investissements des fonds souverains, le gouvernement chinois puisse orienter la politique d'investissement et de gestion des ressources naturelles des pays africains ou encore la politique tout court.

2- Motivation stratégique des fonds souverains chinois en Afrique : assurer l'indépendance énergétique chinoise

À travers la CNOOC particulièrement, la Chine s'approvisionne en matière première et en pétrole en Angola, au Nigéria, au Soudan et dans d'autres pays du golfe de Guinée. En effet, 85% des nouvelles réserves pétrolières se trouvent en Afrique.³⁷ La croissance des besoins énergétiques chinois oriente la politique d'investissements des fonds souverains du

³⁷ Ibid, p.107.

pays.³⁸ Le gouvernement chinois signe des traités de partenariat en matière énergétique et les fonds souverains viennent en arrière les mettre en œuvre. En Angola par exemple, lors de sa visite en mars 2005, le ministre chinois Zeng Peiyang a signé 9 traités de coopération avec l'Angola en matière énergétique³⁹. L'Angola est le second pays producteur de pétrole africain, 94% des exportations angolaises sont pétrolières et la Chine est son premier client en la matière.

Au regard de ce qui précède, les fonds souverains financés par l'État et titulaires d'une personnalité juridique distincte dudit État sont quand même contrôlés par ce dernier et peuvent devenir une menace pour l'État hôte des investissements. Dès lors, le cadre juridique international des fonds souverains et les mesures de protection nationales méritent l'attention.

Section 2 : Le cadre juridique international et les mesures de protection nationales.

Il s'agit de la réglementation des investissements directs étrangers au niveau international.

Paragraphe 1: Le cadre juridique international

Le cadre juridique international va des règles de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) sur le libre-échange, à celle de l'Organisation de Coopération et de Développement Économique (OCDE) : le Code de libéralisation des mouvements de capitaux en considérant les codes de conduite tels que les Principes de Santiago : Principes et pratiques Généralement Acceptés (PPGA) par les fonds souverains.

1- Les règles de l'OMC et de l'OCDE

³⁸ J-M. PUEL, *Les fonds souverains: instruments financiers ou armes politiques?* Paris, Éditions Autrement, Collection Monde et Nations, 2009.

³⁹ Cindy HURST, « China's Oil Rush in Africa », (2006) LCDR, Energy security.

L'OCDE réunit en 2010 trente-quatre pays membres mais la Chine et les pays africains n'en font pas partie.⁴⁰ L'OCDE travaille dans le sens de la libéralisation de capitaux entre ses membres. Elle régule les investissements étrangers et a établi un Code de libéralisation des mouvements de capitaux. L'OMC quant à elle compte parmi ses 153 pays membres, 39 pays africains membres et 7 observateurs. Et depuis décembre 2001 la Chine en est membre. Elle s'occupe de la réglementation du commerce transnational.

L'OMC comme l'OCDE établissent le principe de la liberté d'investissements comme moteur de développement économique. Cette liberté d'investissement s'accompagne des principes de non-discrimination et de traitement national. Les pays hôtes ou receveurs d'investissements étrangers doivent le même traitement aux investisseurs nationaux qu'aux investisseurs des autres pays membres. Un traitement moins favorable est prohibé. L'OCDE prévoit la suppression progressive de mesures discriminatoires si elles existent. Le traitement national vise l'égalité de concurrence et de négociation et la libre circulation des capitaux. Ces principes ont force de loi pour les pays membres. Il ressort donc que dans le cadre de l'OMC, les fonds souverains chinois investissant dans les pays africains membres ne peuvent faire l'objet d'aucun traitement moins favorable ou de restrictions. Cela étant, l'exception de sécurité nationale s'applique. L'OCDE par exemple en l'article 3 du code de la libéralisation des mouvements de capitaux autorise la prise de mesures nécessaires

« à la protection des intérêts essentiels à sa sécurité » et au « maintien de l'ordre public ou à la protection de la santé, de la moralité et de la sécurité publique »⁴¹

Les intérêts de sécurité sont déterminés par les États mais il est nécessaire de garder un environnement d'investissement sain. Les mesures prises doivent être codifiées et publiées selon le principe de transparence et de prévisibilité. Et le principe de proportionnalité veut que la mesure prise ne soit pas plus importante que la valeur que l'on tend à protéger.

⁴⁰ http://www.oecd.org/document/1/0,3746,fr_2649_201185_1889409_1_1_1_1,00.html

⁴¹ Code de l'OCDE sur la libéralisation des mouvements de capitaux et des opérations courantes invisibles. Art. 3

2- Les Principes et Pratiques Généralement Acceptés : Les principes de Santiago

Le groupe de travail des fonds souverains est constitué des 26 pays⁴² membres du FMI possédant un fonds souverain dont la Chine. Le groupe s'est réuni à trois reprises à Washington, à Singapour et à Santiago pour recenser et rédiger un ensemble de principes et pratiques généralement acceptés (PPGA) et qu'il a convenu d'appeler principes de Santiago.

Les principes de Santiago sont guidés par les principes tels que :

«Se conformer à toute réglementation et obligation de communication de l'information financière en vigueur dans les pays où ils investissent»⁴³

Aussi cité comme PPGA 15,

«Se doter de structures de gouvernance transparentes et saines permettant de disposer de mécanismes appropriés de contrôle opérationnel, de gestion des risques et de responsabilisation»⁴⁴

Aussi, le PPGA 20 stipule que :

«Le fonds souverain ne peut pas rechercher ou mettre à profit des informations privilégiées ou une position dominante déloyale des entités publiques pour concurrencer les entités privées.»⁴⁵

Les principes de Santiago mettent également l'accent sur la transparence en publiant la finalité du fonds souverain et sa politique d'investissement (PPGA 2 et 18.3). Les informations financières attestant l'orientation économique et financière du fonds (PPGA

⁴² Les pays membres du groupe de travail des fonds souverains sont les suivants: Australie, Azerbaïdjan, Bahreïn, Botswana, Canada, Chili, Chine, Émirats arabes unis et États-Unis, Guinée équatoriale, Iran, Irlande, Corée, Koweït, Libye, Mexique, Nouvelle-Zélande, Norvège, Qatar, Russie, Singapour, Timor-Leste et Trinité-et-Tobago

⁴³ Principes de Santiago. P.4

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ Ibid PPGA. Art 20

17) doivent également être publiées. Le PPGA 11 prescrit un rapport annuel des activités et des résultats du fonds.

En gros les principes de Santiago visent à rassurer les pays d'accueil et prônent à ce titre la transparence des fonds souverains et la conformité aux lois en vigueur dans les pays d'accueil ainsi que l'interdiction de toute influence ou abus du fonds souverain sur son territoire d'accueil.

Reste maintenant à évaluer la mise en œuvre de ces principes par les fonds souverains et aussi les conséquences ou la répression du non-respect des PPGA.

Paragraphe 2 : les mesures de protection nationales et communautaires

L'Union européenne à titre de droit comparé et la Communauté économique et monétaire d'Afrique Centrale (CEMAC) dans les lois régissant les investissements étrangers; ainsi que les codes et chartes d'investissement des pays africains partenaires chinois nous servirons de base dans l'examen des mesures de protection nationales.

1- Les règles de l'Union européenne

Le principe ici reste celui de la libre circulation des capitaux. L'article 56 du traité instituant la communauté Européenne (traité CE) interdit «toutes restrictions aux mouvements de capitaux entre les États membres et entre les États membres et les pays tiers.»⁴⁶ L'UE pose le principe de la libre circulation des capitaux non seulement entre les pays membres mais également entre les pays membres et les pays tiers.

Cependant, l'article 58 du même traité autorise la

«Prise de mesures justifiées par des motifs liés à l'ordre public ou à la sécurité publique.»⁴⁷

⁴⁶ Directive 88/361/CEE du conseil annexe 1, 24 juin 1988

⁴⁷ Ibid.

Et l'article 296 permet de prendre des mesures nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité et qui se rapportent à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériel de guerre.⁴⁸ L'ordre public et la sécurité nationale sont donc des motifs de restrictions à la libre circulation des capitaux.

Aussi, « les prises de contrôle dépassant un certain seuil de chiffre d'affaires doivent être notifiées à la commission européenne ou à une ou plusieurs autorités nationales de concurrence en Europe.»⁴⁹ De plus les États membres peuvent prendre des mesures appropriées pour assurer la protection d'intérêts légitimes autres que ceux pris en considération par le règlement numéro 139/2004 avec les principes généraux et autres dispositions du droit communautaire. Ce contrôle ne se substitue pas à celui de la commission européenne et le même règlement confère à la commission un pouvoir de décision sur la question.⁵⁰

Enfin l'article 87 du traité CE interdit les aides d'État par le Traité CE à moins d'être autorisées par la commission européenne. Il ressort donc que l'UE dispose déjà d'une réglementation assez contraignante dans la protection des intérêts et de la souveraineté des États membres. L'étude de la question sur le plan de la législation communautaire et nationale africaine à ce niveau s'impose.

2- La législation africaine communautaire et nationale africaine

⁴⁸ C. B. Delacour préc. Note 16 p. 122.

⁴⁹ O. PROST, H. PARMENTIER et C. HUGON préc. p. 55

⁵⁰ Ibid.

La CEMAC regroupe 6 pays d'Afrique centrale⁵¹ qui traitent quasiment tous avec la Chine car le golfe de Guinée regorge de ressources naturelles. L'article 23 de la charte des investissements de la CEMAC garantit la libre circulation des capitaux conformément à 8 des statuts du Fonds Monétaire International (FMI) auquel tous les pays membres ont adhéré.⁵² L'article 9 de la charte des investissements stipule que :

*« Sauf motifs d'ordre public, de sécurité ou de santé publique, les États accordent à l'investissement étranger le même traitement qu'à l'investissement national. Toutefois, ils attendent de l'investisseur étranger qu'il évite tout comportement et toutes pratiques nuisibles aux intérêts du pays d'accueil, notamment par la surfacturation des prestations de la société mère à la filiale nationale, l'évasion fiscale, le recours à la corruption, etc., et qu'il s'abstienne de toute implication dans les activités politiques dans le pays. »*⁵³

Il ressort que les principes de libre circulation des capitaux et de traitement national demeurent. Les exceptions concernent l'ordre public, et les «pratiques nuisibles» que la Charte CEMAC considère comme la surfacturation des prestations, l'évasion fiscale et la corruption. La Charte met l'accent sur la non-implication dans les activités politiques du pays. Ce dernier point semble à première vue épouser la politique de non-interférence chinoise. Par exemple, on pourrait noter que la Charte ne fait mention d'aucunes restrictions quant à la production ou le commerce d'armes, de munitions ou de matériel de guerre comme le cas de l'UE. La Chine se révèle être l'un des fournisseurs d'armes qui alimentent les conflits politiques en Afrique : du Darfour Soudanais au Zimbabwe en passant par le Burundi, la Tanzanie et la Guinée équatoriale.⁵⁴ Il s'agit d'équipements militaires, d'armes

⁵¹ Les pays membres de la CEMAC sont : Cameroun, République du Congo, Gabon, Guinée Équatoriale, Tchad et République Centrafricaine. La République Centrafricaine étant le seul pays qui ne fait pas l'objet d'investissements miniers et pétroliers chinois.

⁵² Charte des investissements CEMAC, Règlement n°17/99/CEMAC-20-CM-03 du 17 décembre 1999 Art 23.

⁵³ Charte des Investissements CEMAC préc. Note 34, Art 9.

⁵⁴ Axel HARNEIT-SIEVERS, Stephen MARKS, Sanusha NAIDU, *Chinese and African perspectives on China in Africa*, Nairobi, Pambazuka Press 2010 p. 43.

et d'appareils militaires aériens.⁵⁵ Une réforme juridique s'impose pour épouser les nouvelles réalités d'investissements étrangers en Afrique.

La législation de l'Organisation du Droit des Affaires en Afrique (OHADA) qui compte 17 pays membres et 1 en voie d'adhésion⁵⁶, souffre des mêmes limites quant à l'absence d'encadrement des limites ou restrictions à la liberté d'investissement et de circulation des capitaux.

Les législations nationales telles que celles de la République Démocratique du Congo⁵⁷ et du Cameroun⁵⁸ garantissent aux investisseurs étrangers un traitement équitable et égal que celui des investisseurs nationaux conformément au droit international et communautaire.

Les articles 23 et 25 du Code des investissements congolais⁵⁹ et l'article 10 de la Charte des investissements du Cameroun⁶⁰ garantissent le traitement national et la libre circulation des capitaux. Cependant les seules restrictions évoquées sont celles relatives à l'ordre public.

La législation africaine se révèle ne pas être à jour par rapport aux nouveaux acteurs de la finance internationale et des investissements étrangers tels que les fonds souverains. Dès lors, la protection des intérêts stratégiques nationaux doit venir d'autres instruments juridiques.

Paragraphe 3 : Les autres instruments juridiques

La Chine détentrice de plusieurs fonds souverains actifs à travers la planète,⁶¹ des États-Unis (dans les institutions bancaires telles que Blackstone ou JC Flowers), en passant par

⁵⁵Axel HARNEIT-SIEVERS, Stephen MARKS, Sanusha NAIDU, *Chinese and African perspectives on China in Africa*, Nairobi, Pambazuka Press 2010 p. 43.

⁵⁶ Pays membres de l'OHADA: Bénin, Burkina Faso, Cameroun, République Centrafricaine, Comores, République du Congo, Côte d'Ivoire, Gabon, Guinée, Guinée Bissau, Guinée Équatoriale, Mali, Niger, Sénégal, Tchad et le Togo. La République Démocratique du Congo en cours d'adhésion.

⁵⁷ République Démocratique du Congo, Code des investissements, Loi n. 004 du 21 février 2002.

⁵⁸ Cameroun, Charte des investissements, Loi n. 2002-004 du 19 avril 2002.

⁵⁹ Code des investissements de la République Démocratique du Congo, Loi n. 004 du 21 février 2004

⁶⁰ Charte des investissements du Cameroun, Loi n. 002 du 19 avril 2002

l'Europe (dans l'industrie énergétique avec BP, Total ou Royal Dutch Shell) jusqu'en Afrique, a une réglementation stricte en matière d'investissements étrangers. Une possibilité serait peut-être de poser le principe de la réciprocité dans la signature des traités avec les partenaires africains. Il s'agira de partir de l'idée de faire ailleurs ce que l'on accepterait que l'on fasse chez soi. Cependant, la difficulté d'application de ce principe viendra néanmoins de l'inégalité en matière de force ou de puissance économique. Les pays africains ne seront pas forcément capable de rivaliser avec les investissements étrangers en Chine aussi importants que les investissements chinois en Afrique.

Une autre mesure juridique serait de renoncer par écrit aux immunités étatiques éventuellement applicables dans la rédaction des contrats⁶². En effet, L'État chinois se retrouvant actionnaire dans les entreprises chinoises présentes dans l'industrie extractive africaine, pourrait invoquer l'immunité de juridiction applicable aux États en cas de non-respect des lois en vigueur. Bien que la tendance veuille que l'immunité ne s'applique pas lorsque l'État est impliqué dans les activités commerciales, il est préférable de le stipuler par écrit dans la rédaction des contrats et traités entre la Chine et les États africains.

En somme, l'étude du statut juridique des fonds souverains a révélé que les fonds souverains chinois bien que disposant d'une personnalité juridique distincte de celle de l'État sont tout de même contrôlés par ce dernier et peuvent lui permettre de jouer un rôle ou d'avoir une influence déterminante sur la prise de décisions politiques et économiques sur les États africains récepteurs d'investissements étrangers. Cela étant, une réforme ou du moins une réadaptation du droit des investissements africains est nécessaire pour éviter que le partenariat ne devienne une prise de contrôle de l'Afrique par la Chine surtout au regard de la force opérationnelle grandissante de cette dernière.

⁶¹ J-M, PUEL, *Les fonds souverains, instruments financiers ou armes politique ?*, Paris, Éditions Autrement, Collection Monde et Nations, 2009

⁶² C. B., DELACOUR, *Les fonds souverains Ces nouveaux acteurs de l'économie mondiale*, Paris, Éditions Les Echos, Eyrolles, 2009

Chapitre 2 : La force opérationnelle des fonds souverains chinois

La politique pétrolière chinoise vise à renforcer ses approvisionnements pétroliers. En effet, la croissance économique de la Chine a augmenté de façon spectaculaire ses besoins en énergie et en pétrole. La Chine se trouve aujourd'hui juste derrière les États-Unis en matière de consommation pétrolière. L'approvisionnement pétrolier de la Chine dépend donc de ses importations pétrolières. Les fonds souverains chinois sont par conséquent actifs dans les grandes firmes pétrolières et énergétiques à travers le monde telles que BP, compagnie pétrolière dont la SAFE possède 1% du capital d'une valeur de 2 milliards de dollars ou TOTAL où le même fonds souverain chinois détient 1,6% du capital d'une valeur de 2,8 milliards de dollars.⁶³ En outre, la Chine investit directement et de plus en plus sur le sol africain qui regorge de réserves pétrolières. Les fonds souverains financent les investissements pétroliers en Afrique en échange de leur savoir-faire en matière de bâtiments, de travaux publics et aussi de l'annulation des dettes nationales dans certains pays en prônant la non-interférence dans les affaires politiques.

L'interrogation concernant la performance des fonds souverains chinois et aussi la menace qu'ils peuvent représenter sur le sol africain vont retenir l'attention de ce chapitre.

Section 1 : La puissance économique des fonds souverains

L'évolution des réserves chinoises, l'influence chinoise sur le prix du pétrole et la demande mondiale de cette ressource démontrent la place occupée par la Chine dans cette industrie.⁶⁴

Paragraphe 1 : L'évolution des réserves chinoises.

⁶³ C. B. DELACOUR, préc, note 16, p. 50.

⁶⁴ J-M. PUEL, préc.

L'évolution des réserves chinoises en dollars américains est particulièrement spectaculaire. En 1978, les réserves chinoises étaient à 160 millions. En 1994, elles remontaient à 15 milliards et en 2009 elles ont dépassé le seuil de 1 800 milliards.⁶⁵ Selon les responsables de la Banque Centrale de Chine⁶⁶, « les réserves de change chinoises de juin 2007 à juin 2008 se sont accrues de plus de 400 milliards de dollars américains et chaque semaine, ce montant s'accroît de 8 à 10 milliards.»⁶⁷ En novembre 2008, la Chine était le premier détenteur de bons du Trésor américain avec 585 milliards de dollars.⁶⁸ L'évolution des réserves chinoises et la place qu'elles occupent sur la scène internationale ne font pas de la Chine seulement un acteur important du commerce international mais aussi un acteur politique international déterminant.

Sur le sol africain particulièrement, les échanges commerciaux avec la Chine ont quasiment doublé entre 2003 et 2008. Ils ont progressé de 45,1% pour atteindre 106,84 milliards de dollars américains.⁶⁹ Les exportations de produits manufacturés chinois vers l'Afrique représentent en 2008, 50,84 milliards de dollars soit 36,3% de hausse par rapport à l'année précédente.⁷⁰

Au final, il est facile de se rendre compte de l'importance des fonds souverains chinois et de leur activité grandissante sur tous les continents et particulièrement sur le continent africain. La puissance chinoise en constante évolution en matière pétrolière particulièrement se fait ressentir sur l'influence qu'elle a sur la fluctuation du prix du pétrole.

Paragraphe 2 : L'évolution du prix du pétrole

⁶⁵ J-M. PUEL, préc. p. 34.

⁶⁶ Entretien avec J-M. PUEL dans l'ouvrage préc., note 7.

⁶⁷ Ibid.

⁶⁸ J-M. PUEL, préc. p. 37.

⁶⁹ R. D'ABOVILLE et Q. SUN préc., note 1 p. 62.

⁷⁰ Ibid.

Le prix du pétrole dépend de l'offre et de la demande. Selon l'AIE, les ralentissements des besoins énergétiques chinois et asiatiques à l'exclusion du Japon devraient baisser la consommation de pétrole à 0,8 million de barils par jour en 2008 par rapport à l'année précédente.⁷¹ Pourtant, il y a moins de réserves et les nouvelles réserves vont être plus onéreuses quant à l'extraction car les plus faciles ont déjà été trouvées. La demande pétrolière chinoise devrait doubler d'ici 2020. La tendance semble démontrer que la demande va se faire plus forte que l'offre et le prix du baril n'en sera affecté qu'à la hausse. La croissance de l'implantation chinoise en matière énergétique explique mieux la politique chinoise d'investissement visant à garantir les approvisionnements pétroliers. À cela s'ajoute le fait que le pétrole brut africain dont les réserves représentent 9,5% des réserves mondiales⁷² est beaucoup moins chargé en sulfate que celui du Moyen-Orient et donc beaucoup moins onéreux à raffiner.⁷³

L'attrait chinois pour l'énergie africaine se révèle donc particulièrement stratégique et soulève la question de la menace que les fonds souverains pourraient être pour le continent noir.

Section 2 : La menace des fonds souverains en Afrique.

En effet, sachant que les fonds souverains peuvent mener à l'ingérence et même l'influence et le contrôle des politiques gouvernementales nationales africaines, la question de savoir s'il s'agit d'une nouvelle colonisation du continent africain subsiste et alimente les débats. Pourtant, la Chine prône la non-interférence dans les affaires étatiques d'un côté et éponge les dettes des pays africains de l'autre.

Paragraphe 1 : La politique de non-interférence

⁷¹ Ibid. p. 31.

⁷² R. D'ABOVILLE et Q. SUN préc., note 1, p. 64

⁷³ Ibid.

Il s'agit pour la Chine de ne pas s'ingérer dans les affaires des pays où elle investit en Afrique. Cependant, les troubles politiques en Afrique sont alimentés par les armements chinois comme le cas du Darfour Soudanais. Alors que dans le même temps Khartoum est l'hôte d'une raffinerie (la Khartoum Refinery Corporation) résultant d'un joint-venture entre la China National Petroleum Company (CNPC) et une compagnie soudanaise. De plus la Chine offre une protection diplomatique au gouvernement soudanais accusé par les Nations Unies du génocide dans l'ouest du Darfour.⁷⁴ De plus, les groupes de défense des droits de l'homme accusent le gouvernement soudanais de massacrer les civils et de les chasser de leurs terres ancestrales devenues des aires de production pétrolière⁷⁵. À ce niveau, la non-interférence ne rimerait-elle pas avec maintien du chaos pour mieux se servir ?

La Chine signe et exécute des contrats pétroliers de millions de dollars avec les États africains en pleins troubles politiques voir guerres civiles. La politique de non-interférence ne se révèle pas être tout à fait impartiale car à défaut de faire changer les choses, elle contribue à maintenir les troubles.

Paragraphe 2 : L'épongée des dettes nationales

La Chine éponge les dettes nationales dans certains pays africains et accorde des prêts à des taux préférentiels dans le cadre de la coopération Chine-Afrique en échange d'accès aux ressources naturelles sous forme de licences d'exploitations et de contrats. Ces prêts sont accordés sans condition contrairement à ce qu'ils auraient été avec le FMI par exemple.⁷⁶

⁷⁴ C. HURST, « China's oil rush in Africa », (2006) LCDR ,Energy Security.

⁷⁵ Ibid.

⁷⁶ F. MANJI and S. MARKS, *African perspectives on China in Africa*, Nairobi, Pambazuka Press, 2007.

La Chine a épongé près de 20 millions de la dette tanzanienne et 40% de la dette ivoirienne.⁷⁷

En effet, la bonne gouvernance et la lutte contre la corruption qui sont des conditions capitales pour pouvoir bénéficier des financements des institutions internationales telles que le FMI ou la Banque Mondiale, ne sont pas des obstacles pour traiter avec la Chine ni même la fragilité économique et la solvabilité du receveur. En 2004, le gouvernement angolais bénéficiait de 2 milliards de crédits à un taux d'intérêt de 1,5% sur 17 ans en échange du marché de la reconstruction nationale⁷⁸. En 2007, le Kenya recevait 20 millions de dollars de prêt de la Chine pour la reconstruction de logements.⁷⁹ L'assistance de la Chine en Afrique a doublé entre 2006 et 2009. Le sommet de Beijing de 2006 annonçait 3 milliards de dollars de prêts préférentiels.⁸⁰ Dès lors, la menace du contrôle ou de l'influence demeure entière.

⁷⁷ E. GIROUARD, « La Chine en Afrique Néocolonialisme ou nouvel axe de coopération Sud/Sud ? » (2008) CCIC Canada's coalition to end global poverty.

⁷⁸ Ibid.

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ A. HARNEIT-SIEVERS, S. MARKS et S. NAIDU préc., note 54 p.63

**Titre 2 : Les figures contractuelles usitées dans les investissements
miniers et pétroliers chinois en Afrique**

Les contrats miniers ou pétroliers dans le cadre des investissements chinois en Afrique sont généralement faits sous forme de «troc». La Chine apporte le savoir-faire en matière de travaux publics et de technologies nouvelles pour la construction dans les pays en développement et en échange, ces derniers leur permettent d'exploiter leurs richesses naturelles minières et pétrolières. Pour se faire, les figures contractuelles sont souvent des joint-ventures entre des sociétés nationales et des sociétés chinoises ou des contrats de partage de production.

Chapitre 1 : Le contrat de joint-venture Chine-Afrique

La joint-venture est une entité résultante de la collaboration entre deux sociétés préexistantes.⁸¹ On distingue deux types de joint-ventures : la joint-venture visant la création d'une société commune et la joint-venture contractuelle⁸². Une joint-venture visant la création d'une société commune génère une nouvelle entité juridique sous la forme d'une société soumise au droit des sociétés. La joint-venture contractuelle ne crée pas forcément une troisième société mais organise seulement la coopération entre deux sociétés déjà existantes. La tendance se penche de préférence vers la joint-venture générant une troisième société pour éviter la double imposition fiscale⁸³.

Dans le contexte africain, la joint-venture revêt une grande importance dans la mesure où elle permet une collaboration avec des entreprises disposant d'un savoir-faire et d'une technologie qualifiée pour la recherche et l'exploitation de ses ressources, le développement, la production et la distribution de produits finis mais aussi la formation et

⁸¹Michael E. SCHNEIDER, *contrats types du CCI pour les joint-ventures contractuelles*, Centre du commerce international CNUCED/OMC 2004, p. 8

⁸² M. E. SCHNEIDER, préc.

⁸³ Tongkin HUOY, *Le droit applicable aux joint-ventures*, Mémoire de DEA, France, Université Jean Moulin Lyon 3, 2006

l'adaptation du personnel africain aux différentes techniques de pointe des nouvelles technologies. C'est dans cette optique qu'elle s'attelle à créer un climat juridique favorable pour la constitution des joint-ventures.

Le même modèle d'investissements directs étrangers a largement profité à la Chine. Depuis les vingt dernières années, elle est devenue le plus grand pays hôte d'investissements directs étrangers et a conclu plus de 100 traités bilatéraux d'investissements⁸⁴ et de nombreux accords de libre-échange. Au regard de la coopération grandissante entre la Chine et le continent africain, la question qui se pose est celle de savoir quel est l'encadrement de la joint-venture dans le contexte sino-africain ? En effet, la Chine et les pays africains constituent des joint-ventures dans le domaine pétrolier tel que la joint venture sino-soudanaise KHARTOUM REFINERY CORPORATION (KRC) entre la CNPC et une compagnie soudanaise,⁸⁵ ou encore la joint-venture entre la République du Congo et le groupement d'entreprises chinoises CHINA RAILWAY GROUP LIMITED et SINOHYDRO CORPORATION.⁸⁶ Une confrontation du cadre chinois des investissements étrangers avec le cadre africain est importante à ce niveau. Dans l'optique de mieux cerner la joint-venture dans le contexte sino-africain, nous nous proposons de ratisser d'abord le contexte juridique de la joint-venture en Chine et ensuite dans quelques unes des législations africaines. L'appréciation de ces deux contextes nous permettra de déterminer la tendance de la joint-venture Chine-Afrique.

Section 1 : La joint-venture en Chine

⁸⁴ Guiguo WANG, « China's practice in International Investment law: From participation to leadership in the World economy », (2009), 34 Yale Journal of international law 575.

⁸⁵ C. HURST, «China's Oil Rush in Africa», (2006), LCDR, Energy security.

⁸⁶ Protocole d'Accord entre la République Démocratique du Congo et le groupement d'entreprises chinoises, signé à Kinshasa, le 17 Septembre 2007 et entré en vigueur à la date de sa signature.

La joint-venture en Chine est encadrée par une importante législation sur les entreprises à participation étrangère et les entreprises à capitaux mixtes chinois et étrangers⁸⁷. La législation chinoise organise la création de deux structures de joint-ventures : l'«Equity joint-venture» (EJV) régie par la loi de la République Populaire de Chine sur les EJV et son décret d'application, et la « Contractual ou Cooperative Joint-venture» (CJV) régie par la Loi de la République Populaire de Chine sur les joint-ventures contractuelles sino-étrangères et son décret d'application. S'agissant de l'exploitation de ressources naturelles, il faudrait préciser que la législation chinoise sur l'exploitation des ressources naturelles en coopération sino-étrangère va également retenir notre attention en l'occurrence : l'Ordonnance de la République Populaire de Chine sur l'exploitation des ressources pétrolières terrestres en coopération sino-étrangère du 7 octobre 1993.

Paragraphe 1 : L'Equity Joint-venture

Il s'agit d'une joint-venture visant à la création d'une société commune. L'article 4 de la loi sur les EJV⁸⁸ et l'article 19 du décret d'application⁸⁹ précisent que les entreprises mixtes ou EJV sont constituées sous la forme de sociétés à responsabilité limitée⁹⁰ (SARL). La part des apports du partenaire étranger pouvant être en « numéraire, nature ou en droits de

⁸⁷ Règlement de Conseil des affaires de l'État pour encourager les investissements étrangers du 11 octobre 1986; Système de comptabilité des entreprises à capitaux étrangers de la RPC du 1^{er} juillet 1997; Règles relatives aux pouvoirs et à la procédure de sanction des entreprises à capitaux étrangers qui enfreignent la réglementation en matière d'enregistrement du 1^{er} février 1989 ; principes relatifs à la vérification des contrats et statuts des entreprises à participation étrangère...

⁸⁸ Law of the People's Republic of China on Chinese-foreign Equity joint-venture adopted on July 1, 1979, revised on the second time on March 15, 2001.

⁸⁹ Ordonnance d'application de la Loi de la République Populaire de Chine sur les entreprises mixtes à capitaux chinois et étrangers du 20 décembre 1983. Art 19.

⁹⁰ Loi de la République Populaire de Chine sur les entreprises mixtes à capitaux chinois et étrangers du 1^{er} juillet 1979 révisée le 4 avril 1990 et révisé pour la seconde fois le 15 mars 2001, Art. 4.

propriété intellectuelle, etc. »⁹¹ ou encore en droit d'utilisation du sol, ne doit pas être inférieure à 25% du capital social de l'EJV⁹² et le partage des bénéfices, risques et pertes de l'entreprise se fait au prorata des parts respectives.

L'article 3 du décret d'application décrit l'exploitation des ressources énergétiques comme un secteur dans lequel les entreprises mixtes sont autorisées à s'établir. La législation sur l'«equity joint-venture» pose comme condition la priorité de fourniture des équipements et autres matériels fournis au titre de l'investissement par la Chine. En effet, les équipements et autres matériels fournis par l'étranger doivent être indispensables à la production, la Chine doit être incapable de les fabriquer ou alors, les fabriquer à un coût trop élevé (article 27 de l'Ordonnance d'application de la loi sur les entreprises mixtes à capitaux chinois et étrangers).

L'Equity joint-venture organise l'acquisition de technologie nécessaire à l'entreprise mixte sous la forme d'un transfert de technologie au chapitre 6 du décret d'application. L'accord de transfert de technologie même indépendant au contrat d'Equity joint venture est soumis aux dispositions de la loi sur les EJV et son décret d'application. L'article 46 accorde le droit à la partie importatrice de continuer à exploiter la technologie en question à la fin de la joint-venture.

La durée de l'EJV est d'après l'article 100 du décret d'application entre 10 à 30 ans. Elle peut être étendue jusqu'à 50 ans ou plus sur approbation du Conseil des Affaires de l'État. À la dissolution de l'EJV, le comité liquidateur procède à la liquidation selon les règles de la SARL Chinoise.

Cette forme d'investissement est la plus ancienne en Chine et a subi des réformes en 2001 en vue de l'adhésion de la Chine à l'OMC. Elle offre un ensemble de règles suffisamment complètes et précises.

Paragraphe 2 : La «Contractual ou coopérative» joint-venture

⁹¹ Ibid. Art 5.

⁹² Ibid. Art, 4.

La «contractual ou cooperative» joint venture (CJV) est régie par la loi de la République Populaire de Chine concernant les joint-ventures contractuelles sino-étrangères du 13 avril 1988⁹³ révisée en 2000 et son décret d'application du 4 septembre 1995⁹⁴.

La personnalité morale dans la CJV est facultative⁹⁵. La CJV peut être dotée d'une personnalité morale et dans ce cas, s'apparente à l'EJV avec la création d'une SARL. La seconde hypothèse propose qu'aucune entité légale ne soit créée et les relations commerciales entre les parties seront précisées dans le contrat. Il s'agira donc d'une joint-venture contractuelle.

Dans le cas d'une joint-venture contractuelle sans personnalité morale, l'investisseur étranger doit détenir au moins 25% du montant total de l'investissement, la notion de capital social étant inopérante⁹⁶. Contrairement à l'EJV, les parties à la CJV peuvent librement décider de la répartition profits et dividendes dans le contrat de CJV. Cette répartition n'est pas forcément proportionnelle à leur participation au montant total de l'investissement au terme de l'article 21 paragraphe 1 de la loi sur les CJV⁹⁷.

De plus, la CJV admet en son article 21 le rapatriement des fonds investis avant la fin du contrat de joint-venture contrairement à l'EJV à la condition que les actifs immobiliers soient accordés à la partie chinoise⁹⁸. Un autre point de divergence entre la CJV et l'EJV est dans la nomination des dirigeants de la joint-venture coopérative.⁹⁹ La nomination des

⁹³ «Law of the people's Republic of China on Chinese-foreign Contractual joint-ventures» promulguée le 13 avril 1988 et entrée en vigueur le même jour

⁹⁴ «Implementing rules of the Law of the People's Republic of China on Chinese-foreign Contractual joint-ventures» promulguée le 4 septembre 1995 et entrée en vigueur le même jour

⁹⁵ Jin TAO, *Droit chinois des affaires*, Economica, 1995

⁹⁶ Ibid.

⁹⁷ Lutz-Christian WOLFF, « *China's Private International Investment Law: One way street into PRC law?* », (2008), *The American Journal of Comparative Law* vol. 56.

⁹⁸ J. TAO, *Droit chinois des affaires*, Economica, 1999.

⁹⁹ Ibid.

membres du comité directeur de la CJV ne correspond pas forcément à la contribution des parties au montant total de l'investissement à l'inverse de l'EJV.

Il ressort que cette forme de joint-venture est moins contraignante que l'Equity joint-venture et favorise le rapatriement des investissements. Cependant, il faut noter qu'en général, les autorités gouvernementales chinoises n'approuvent pas beaucoup la formation des Contractual joint-ventures.¹⁰⁰

En somme, la joint-venture comme véhicule ou mode des investissements étrangers en matière d'exploitation minière ou pétrolière en Chine jouit d'une réglementation suffisamment précise et concise. Une analyse de la forme de la joint-venture dans le contexte africain est importante à ce niveau pour pouvoir l'évaluer au contexte de l'investisseur chinois en Afrique, lorsqu'il joue le rôle de la partie réceptrice de l'investissement.

Section 2 : Le contrat de joint-venture en Afrique

Le contrat de joint-venture dans le contexte africain est un accord de coopération, et donc un contrat innomé de nature complexe. Il existe dans le but de réaliser l'intérêt commun des parties. Le contrat de joint-venture en lui-même est un contrat-cadre qui sera suivi de contrats d'exécutions par la suite. Les législations africaines étudiées ne disposent pas de modèles prédéfinis et réglementés comme dans le cas chinois vu précédemment. Il se pose dès lors la question de qualification de la joint-venture dans le contexte africain. Dès lors pour examiner ce véhicule d'investissements dans le contexte africain, il faudra recenser les éléments caractéristiques de la joint-venture qui le rattachent soit à une catégorie de sociétaire dans la création d'une nouvelle entité juridique, soit à une relation purement contractuelle apparentée à la joint-venture contractuelle.

¹⁰⁰ Ibid.

Paragraphe 1 : La joint-venture donnant naissance à une entité juridique de type sociétaire

La forme de société la plus proche de la joint-venture en droit OHADA est la société en participation. L'article 854 de l'Acte Uniforme du 17 avril 1997 relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique définit ce type de société comme une société dans laquelle

*« Les associés conviennent qu'elle ne sera pas immatriculée au registre du commerce et du crédit mobilier et qu'elle n'aura pas la personnalité morale. Elle n'est pas soumise à publicité. L'existence de la société en participation peut être prouvée par tout moyen. »*¹⁰¹

La société de fait aussi pourrait se rapprocher de la joint-venture. Selon l'Acte Uniforme en son article 864,

*« il y a société de fait lorsque deux ou plusieurs personnes physiques ou morales se comportent comme des associés sans avoir constitué entre elles l'une des sociétés reconnues par le présent acte uniforme. »*¹⁰²

L'existence de la société de fait est basée sur la théorie de l'apparence.¹⁰³ La Cour de cassation française précise que :

*« Si l'existence d'une société créée de fait exige la réunion des éléments constitutifs d'une société, l'apparence d'une telle société s'apprécie globalement indépendamment de la révélation de ces divers éléments. »*¹⁰⁴

¹⁰¹ OHADA, *Traité et actes uniformes commentés et annotés*, 3^e édition, Acte Uniforme du 17 avril 1997 relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, Éditions Juriscope 2008.

¹⁰² Ibid

¹⁰³ Philippe MERLE, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, 8^e édition, Paris, Dalloz 1998, p. 680.

¹⁰⁴ Ibid.

Qu'il s'agisse d'une société en participation ou d'une société de fait, il n'y a pas de signature sociale, de raison sociale, ni de forme précise ou publicité requise. Dans le contrat de joint-venture entre la RDC et le groupement d'entreprises chinoises qui sert d'exemple, le protocole d'accord en son article second, stipule la constitution dans le cadre de l'exploitation minière d'une société de joint-venture sous forme de société mixte gérée par le droit des sociétés commerciales. La RDC étant en cours d'adhésion à l'OHADA et la loi nouvellement adoptée étant réputée s'appliquer si elle est avantageuse pour une partie d'après l'article 8 du protocole d'accord entre la RDC et le groupement d'entreprises chinoises, nous l'assimilerons pour les besoins de l'Étude au droit OHADA.

En outre, La Cour de cassation française a précisé dans un arrêt en 2001 qu'

*«un groupement momentané d'entreprises constitue, sauf stipulation contraire une société en participation.»*¹⁰⁵

L'Acte Uniforme sur les sociétés commerciales et le groupement d'intérêt économique renvoie la société en participation aux dispositions applicables à la société en nom collectif à moins qu'une organisation différente ne soit prévue.¹⁰⁶ Dans ce cas, le capital social est divisé en parts sociales de même valeur nominale¹⁰⁷ et les parties répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales. Le contrat congolais a réparti le capital social de la société de joint-venture en deux parts : 32% pour la partie congolaise et 68% pour la partie chinoise.¹⁰⁸ Il faut dès lors préciser que selon l'article 54 de l'Acte Uniforme sur les sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, sauf stipulation contraire des statuts, les droits et obligations des associés sont proportionnels au montant de leurs apports.

¹⁰⁵ Cass. Com. 20-11-2001, n. 1909, RJDA 3/2 n. 269.

¹⁰⁶ OHADA, *Traité et actes uniformes commentés et annotés*, préc. Note 91 Art.856.

¹⁰⁷ Ibid. Art 273.

¹⁰⁸ Protocole d'Accord entre la République Démocratique du Congo et le groupement d'entreprises chinoises, signé à Kinshasa, le 17 Septembre 2007 et entré en vigueur à la date de sa signature.

La participation aux résultats de l'exploitation est librement fixée par les associés.¹⁰⁹ Évidemment, les associés sont tenus de participer aux bénéfices et aux pertes mais ils ont une grande liberté dans la répartition.

Dans la société en participation, le bien apporté est par principe un bien en jouissance.¹¹⁰ C'est-à-dire que l'associé en reste propriétaire. Cependant, les associés peuvent également convenir que les biens apportés seront des biens indivis.¹¹¹

Contrairement à la législation chinoise, le transfert de technologie et la durée de la société de joint-venture devront être entièrement organisés par le contrat.

Paragraphe 2 : La joint-venture contractuelle

Dans le contrat de constitution de la joint-venture contractuelle, l'absence d'*affectio societatis* c'est-à-dire de la volonté d'union, l'éloigne du concept même de société (Art 4 de l'Acte Uniforme sur les sociétés commerciales et le groupement d'intérêt économique). La joint-venture sera donc simplement un instrument de coopération usité dans la pratique internationale. La joint-venture contractuelle ne génère pas une personne morale juridique. La responsabilité pour les apports sera limitée à chacun pour sa part de l'investissement total, la constitution du comité directeur étant laissée à la discrétion des parties.

Les relations entre les entreprises émaneront donc du droit des contrats et du droit des obligations et non du droit des sociétés.¹¹² Les parties fixeront donc dans le contrat de joint-venture les modalités de l'étendue et de la durée de leur collaboration. Chaque partie ne sera responsable que de l'inexécution ou de la mauvaise exécution de ses engagements.¹¹³

¹⁰⁹ Ibid.

¹¹⁰ Philippe MERLE, *Droit commercial. Société commerciales*, 8^e édition, Dalloz, 2001, p. 672.

¹¹¹ Ibid.

¹¹² Ibid.

¹¹³ Ibid.

Dans cette optique, le rapatriement des fonds investis sera encadré par les chartes d'investissements avec la libre circulation des fonds comme c'est le cas au Cameroun¹¹⁴ et en RDC¹¹⁵ par exemple. De plus les traités bilatéraux signés entre la Chine et de nombreux pays africains garantissent la sécurité des fonds et le transfert des avoirs après paiement des impôts et salaires dus au partenaire hôte de la joint-venture¹¹⁶.

Il ressort en définitive que la joint-venture se présente sous deux formes. Il s'agira d'une joint venture avec la création d'une société commerciale dans le contexte africain qui correspondrait à l'Equity joint-venture dans la législation chinoise. La deuxième forme de joint-venture sera la joint-venture contractuelle qui correspondrait quand à elle à la Coopérative joint-venture dans la législation chinoise.

Cependant, contrairement à la législation chinoise, la forme d'investissement étranger qu'est la joint-venture laisse dans la législation africaine une grande marge de manœuvre aux parties. Le contrat de joint-venture déterminera lui-même s'il s'agit d'une société de joint-venture ou d'une joint-venture contractuelle. Dans l'un ou dans l'autre cas, le contrat déterminera encore par lui-même les modalités d'organisation, de fonctionnement, de gestion, de partage d'informations et de transfert de technologie de la joint-venture.

La législation chinoise soumet l'approbation de l'une ou l'autre forme au gouvernement populaire chinois et l'une ou l'autre forme est encadrée par une réglementation complète dans laquelle le contrat de joint-venture devra se soumettre.

Le modèle de contrat de joint-venture chinois dans une optique de loi du marché d'investissement sino-africain, pourrait servir de base de négociation adaptable si

¹¹⁴ Cameroun, Charte des investissements, Loi n. 002 du 19 avril 2002

¹¹⁵ RDC, Code des investissements, Loi n. 004 du 21 février 2004

¹¹⁶ Accord entre le gouvernement de la République du Cameroun et Le gouvernement de la République Populaire de Chine pour la promotion et la protection des investissements. Cameroun du 10 mai 1997.

Agreement between the government of the People's Republic of China and the government of the Republic of Djibouti on the promotion and protection of investments signed in Beijing, on August, 18, 2003.

Accord entre le gouvernement de la République algérienne démocratique et populaire et le gouvernement de la République Populaire de Chine signé à Pékin, le 20 octobre 1996

nécessaire aux règles africaines car plus complète et mieux apte à protéger le pays hôte des investissements miniers et pétroliers.

Chapitre 2 : Le contrat de partage de production pétrolière

Le principe du contrat de partage de production pétrolière est le suivant : une partie, généralement l'État, qui reste propriétaire du domaine minier et pétrolier, par l'intermédiaire d'une Société Nationale de gestion des hydrocarbures qui ne disposant pas de la technologie ou du personnel qualifié pour l'exploiter par lui même, conclut un contrat avec une société spécialisée dans l'exploitation pétrolière pour la recherche et l'exploitation des hydrocarbures dans un périmètre donné. La société pétrolière va supporter les coûts de la recherche et de l'exploitation et recouvrer ces coûts en pétrole brut résultant de l'exploitation : le «cost oil». Le pétrole restant sera partagé entre les deux parties signataires : «profit oil».

La Loi n. 99-93 du 17 août 1999 portant promulgation du Code des hydrocarbures de la République Tunisienne en son Article 97, définit le contrat de partage de production comme un contrat de service conclu entre l'Entreprise Nationale et un entrepreneur dans le cadre de ses activités de recherche et d'exploitation.¹¹⁷

Le contrat de partage de production pose le problème de sa qualification. Car,

«on se trouve en présence d'un ensemble de contrats résultant de la juxtaposition de plusieurs contrats nommés auquel on ne peut appliquer un régime juridique unique mais plutôt un régime complexe de plusieurs règles correspondant à chaque prestation.»¹¹⁸

¹¹⁷ République Tunisienne, Loi n. 99-93 du 17 août 1999 portant promulgation du Code des Hydrocarbures.

¹¹⁸ Karim VINCENT, *Les contrats de réalisation d'ensembles industriels et le transfert de technologie*, Paris, Éditions Yvon Blais, Collection Minerve 1987, p. 117.

Le contrat-cadre donne naissance à plusieurs autres contrats d'exécution de natures différentes les uns des autres : du contrat de recherche et d'étude de faisabilité au contrat de formation et de qualification. De plus, la question de savoir quelle est la qualité de l'État en tant que signataire du contrat : cocontractant ou État souverain, mérite l'examen. Quel que soit le cas, et particulièrement dans le contexte africain, le contrat de partage de production sous-entend un contrat de transfert de technologie dont la nature devra également être examinée.

Section 1 : La qualification ou la nature du contrat de partage de production dans le contexte sino-africain

Le contrat de partage de production en général est divisé en au moins deux phases : la phase de recherche et la phase d'exploitation.¹¹⁹ Le contrat de partage de production est donc un contrat à exécution successive dont l'exécution de chaque étape dépend du succès de la précédente, un contrat-cadre suivi d'autres contrats d'exploitation. De plus les aspects de transfert de technologie et de formation du personnel nous donnent une pluralité de qualifications et donc un régime complexe. Cependant, les législations Chinoises et Africaines s'accordent à le considérer comme un contrat de coopération commerciale. La question du rôle de l'État signataire dans le contrat demeure.

Paragraphe 1 : Le contrat de partage de production : Contrat de coopération commerciale

La législation chinoise en la matière, en l'occurrence l'Ordonnance de la République Populaire de Chine sur l'exploitation des ressources pétrolières terrestres en coopération sino-étrangère, promulguée par le Conseil des Affaires de l'État le 7 octobre 1993 et entrée

¹¹⁹ République Algérienne, Loi n. 05-07 du 19 Rabie El Aouel correspondant au 28 avril 2005 relative aux hydrocarbures, Art 24.

en vigueur le même jour, le considère comme un contrat de coopération entre la République populaire de Chine par l'intermédiaire de la Société Générale Chinoise de Pétrole et de Gaz et une société étrangère (article 7).

La Cour de cassation française a défini la coopération commerciale comme un

«Service spécifique allant au-delà des obligations contractées ordinairement entre fournisseurs et distributeurs»¹²⁰

Le contrat de partage de production ou tout au moins le contrat-cadre serait donc un contrat de prestation de service suivi de contrats d'exécution différents selon les prestations offertes. C'est dans le même ordre que le Code des hydrocarbures de la République Tunisienne réfère en son article 97 au contrat de partage de production pétrolière comme un contrat de service.¹²¹ De même, les procédures établies par l'Ordonnance n. 06-10 du 3 Rajab 1427 correspondant au 29 juillet 2006 modifiant et complétant la loi n. 05-07 du 19 Rabie El Aouel 1426 correspondant au 28 avril 2005 relative aux hydrocarbures de la République Algérienne en ce qui concerne la conclusion des contrats de recherche et d'exploitation suite à un appel à concurrence (article 32)¹²² laissent dominer la même tendance. L'un et l'autre pays ont signé des contrats de partage de production avec la Chine tout comme la République Islamique de Mauritanie qui a signé en 2004 deux contrats de partage de production avec la CNCP International Limited.¹²³ La même tendance ressort du contrat type ou modèle,¹²⁴ base de négociations ainsi que de la législation en la matière¹²⁵.

¹²⁰ Cass. Com. 27 février 1990

¹²¹ Loi n. 99-93 du 17 Août 1999 portant promulgation du Code des Hydrocarbures de la République tunisienne

¹²² République Algérienne, Ordonnance n. 06-10 du 3 Rajab 1427 correspondant au 29 juillet 2006 modifiant et complétant la loi n. 05-07 du 19 Rabie El Aouel 1426 correspondant au 28 avril 2005 relative aux hydrocarbures, Art. 32.

¹²³ www.petrole.gov.mr/minesindustrie/Documents/Contrats/listedecontrats.htm

¹²⁴ République Islamique de Mauritanie, Contrat-type de partage de production d'hydrocarbures, 1994.

¹²⁵ République Islamique de Mauritanie, Ordonnance n. 88.151 relative au régime juridique et fiscal de la recherche et de l'exploitation des hydrocarbures du 13 novembre 1988

Paragraphe 2 : La qualité du contractant qu'est l'État

Étant entendu que le contrat de partage de production est un contrat de coopération internationale donc de prestation de service, l'État contractant avec la société pétrolière chinoise agit-il en tant qu'acteur souverain ou cocontractant ? En effet, que l'on se trouve en Chine ou en Afrique, les ressources pétrolières situées sur le territoire appartiennent à l'État. L'article 3 de l'Ordonnance de la République Populaire de Chine sur l'exploitation des ressources pétrolières terrestres en coopération sino-étrangère ou encore l'article 3 du Code pétrolier de la République du Cameroun¹²⁶ le rappelle.

La dominance internationale s'accorde à penser que lorsque l'État s'implique dans des activités commerciales, il ne revêt pas sa souveraineté étatique¹²⁷.

La tendance chinoise laisse penser que l'État partie au contrat, par l'intermédiaire de la Société Générale Chinoise de Pétrole et de Gaz reste souverain. De par la législation, l'État est doté de certains droits dans le contrat et fait peser certaines obligations sur la société pétrolière étrangère qui relève de la souveraineté.¹²⁸

Par exemple, selon l'article 5 de l'Ordonnance sur l'exploitation des ressources pétrolières terrestres en coopération sino-étrangère,

«L'État peut conformément à la procédure légale, réquisitionner en échange d'une indemnité appropriée, en partie ou en totalité, le pétrole extrait par le partenaire étranger d'une exploitation conjointe.»¹²⁹

République Islamique de Mauritanie, Loi réglementant les activités aval du secteur des hydrocarbures, Ordonnance n. 2002-005 du 28 mars 2002

¹²⁶ République du Cameroun, Loi n. 99-013 du 22 décembre 1999 portant code pétrolier, Art.3

¹²⁷ C. B. DELACOUR, *Les fonds souverains Ces nouveaux acteurs de l'économie mondiale*, Paris, Éditions Les Échos, Eyrolles, 2009

¹²⁸ Ibid.

¹²⁹ J. TAO, *Droit chinois des affaires*, Paris, Éditions Economica, 1995.

De même, l'État, à travers le Conseil des affaires de l'État et le Ministère du Commerce Extérieur intervient à de nombreux niveaux de l'exécution du contrat pour les questions relatives au personnel, au transfert de technologie, et aux autorisations et informations.¹³⁰

Dans le contexte africain par contre, il semble que l'État dans le contrat ne garde pas sa souveraineté. Les droits et obligations de la société exploitante envers l'État dans le cadre du contrat laissent à l'Exploitant une assez large marge de manœuvre pendant la durée du contrat. Après les procédures nécessaires à l'octroi des droits d'exploitation, le contractant doit rendre compte au moins à la fin de chaque année civile à son cocontractant qu'est l'État et doit accorder un libre accès aux bureaux et chantiers à ce dernier (article 132 Code des hydrocarbures tunisien). Le partage de l'information émane en grande partie du cocontractant. La tendance législative africaine incombe des obligations de «notifications» et de «fourniture» d'informations mais aussi de prendre des mesures correspondant aux besoins. L'État par l'intermédiaire de sa Société Nationale de gestion des hydrocarbures se donne le droit d'avoir les informations, mais il ne lui incombe pas les obligations d'aller à la recherche de l'information.

Dans tous les cas, l'exécution du contrat de partage de production, considéré comme un contrat de fourniture de services entre l'État africain souverain dans le contrat ou non et un partenaire exploitant pétrolier ou minier chinois, comporte dans son exécution un transfert de technologie dont l'examen nous incombe.

Section 2 : Le transfert de technologie dans le contrat de partage de production sino-africain

La technologie dans le contexte minier et pétrolier est le savoir-faire, les procédés et la machinerie nécessaire pour la recherche, l'exploitation et la transformation des hydrocarbures bruts en produits finis et produits dérivés. Le transfert de technologie à ce moment va consister en la procédure de transmission progressive de ce savoir-faire de

¹³⁰ Ibid.

l'exploitant détenteur à la partie réceptrice de l'investissement. L'article 1^{er} de l'Ordonnance de la République Populaire de Chine relative à l'importation de technologie stipule que son but est de :

«Développer la coopération économique et technologique avec l'étranger et de promouvoir le développement économique du pays.»

C'est dans cette optique que le rapport du Secrétaire général des Nations-Unies sur

«The Role of Patents in the Transfer of Technology to Developing Countries»,

Exprimait le besoin d'adapter la législation desdits pays en ce qui concerne le transfert de technologie.¹³¹ Nous évaluerons donc tour à tour l'organisation légale du transfert de technologie dans chacun des contextes objets de l'étude.

Paragraphe 1 : Le transfert de technologie dans la législation chinoise

L'article 2 de l'Ordonnance de la République Populaire de Chine relative à l'importation de technologie du 25 mai 1985 définit par transfert ou importation de technologie,

*«toute technologie que les sociétés, entreprises, groupements, ou individus situés sur le territoire chinois acquièrent de sociétés, entreprises, groupements ou individus situés hors de Chine, par le commerce ou la coopération économique et technologique.»*¹³²

Aussi, l'article 18 de l'Ordonnance de la République Populaire de Chine sur l'exploitation des ressources pétrolières terrestres en coopération sino-étrangère du 7 octobre 1993 stipule que les partenaires étrangers doivent utiliser des :

¹³¹ Michael BLAKENEY, *Legal aspects of the transfer of technology to developing countries*, Oxford: ESC Publishing Limited, 1989.

¹³² République Populaire de Chine, Ordonnance de la République Populaire de Chine relative à l'importation de technologie adoptée et promulguée le 24 mai 1985.

«Méthodes de gestion avancées, transférer à la partie chinoise ses technologies et lui transmettre son expérience tout en se chargeant de la formation du personnel chinois.»¹³³

En somme, le législateur chinois organise dans le contrat de partage de production un transfert de technologie qui porte sur le transfert des licences, brevets et autres propriétés intellectuelles, le savoir-faire comprenant les procédés et formules technologiques et aussi l'assistance technique. L'encadrement de ce transfert est soumis à la législation nationale sur la propriété intellectuelle et toute autre législation applicable.¹³⁴ Le contrat de transfert de technologie ne peut excéder 10 ans sauf autorisation expresse.¹³⁵

Paragraphe 2 : Le transfert de technologie dans le contexte africain

Dans le contexte africain, la législation nationale n'organise généralement pas le transfert de technologie de façon expresse. Cependant, la majorité des États africains sont membres des organisations internationales telles que l'OMC, la Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement (CNUCED) ou encore l'Organisation de Coopération et de Développement Économique (OCDE). Les travaux de ces organisations serviront donc de base contractuelle ou contrats types en matière de transfert de technologie. En effet, l'OMC dispose d'un groupe de travail sur le transfert de technologie mis en place par les ministres à Doha avec pour mission d'examiner le commerce et le transfert de technologie des pays développés aux pays en développement.¹³⁶ De même, la CNUCED a mis en place en 1970 un groupe intergouvernemental sur le transfert de technologie dans le but de formuler un

¹³³ Ordonnance de la République Populaire de Chine sur l'exploitation des ressources pétrolières terrestres en coopération sino-étrangère du 7 octobre 1993.

¹³⁴ Ordonnance de la République Populaire de Chine relative à l'importation de technologie du 24 mai 1985, Art 5.

¹³⁵ Ibid, Art 8.

¹³⁶ www.wto.org/english/tratop_e/devel_e/dev_wkgrp_trade_transfert_technology_e.htm

Code de Conduite en la matière.¹³⁷ La question demeure de savoir si ce Code à une valeur législative ou alors une valeur de simple recommandation. Tous ces organes en somme s'attellent à élaborer une loi de marché concernant les transferts de technologie dans les pays du Sud.

Dans les relations industrielles, minières et pétrolières sino-africaines en général, le transfert de technologie est généralement très faible ou même absent¹³⁸. Les contrats soumis à notre étude n'y font pas mention que ce soit dans la réalisation des projets miniers, pétroliers ou d'infrastructure. La partie chinoise dispose dans chacun des contrats de la faculté de choisir librement « le fournisseur du matériel et d'équipement, de technologie et de service, d'embaucher à l'intérieur comme à l'extérieur du pays, le personnel qualifié»¹³⁹ Il faut aussi préciser que l'article 11.2 du même contrat donne priorité au marché chinois tant pour les approvisionnements à l'étranger que pour les prestations que les entreprises congolaises ne pourront pas fournir. De même, le Code des investissements de la République Islamique de Mauritanie donne la faculté à l'investisseur étranger et dans notre cas, l'investisseur chinois de déterminer lui-même sa politique de production, de commercialisation et d'embauche (Art. 3.4)¹⁴⁰.

Au final, que l'on se trouve dans un véhicule d'investissement ou l'autre, le transfert de technologie dans la législation chinoise semble suffisamment encadré ce qui n'est pas le cas dans le contexte africain et particulièrement sino-africain.

¹³⁷ Vincent KARIM, *Les contrats de réalisation d'ensembles industriels et le transfert de technologie*, Paris, Éditions Yvon Blais, Collection Minerve, 1987.

¹³⁸ Protocole d'accord et convention de collaboration groupement d'entreprises chinoises et République Démocratique du Congo précités et Contrat de partage de production pétrolière entre la CNPC et la République Islamique de Mauritanie précités

¹³⁹ Convention de collaboration entre la République Démocratique du Congo et le groupement d'entreprises chinoises relative au développement d'un projet minier et d'un projet d'infrastructures en République Démocratique du Congo, 2008. Art. 14.1.4

¹⁴⁰ République Islamique de Mauritanie, Loi n. 2002-03 portant Code des Investissements, Art. 3.4

Titre 3 : Le droit applicable et le règlement des différends

Dans les relations économiques transnationales, les questions relatives au droit applicable et au règlement des différends sont centrales. En effet, les parties en cause étant l'une ressortissante d'un pays africain et l'autre chinois, le contrat est rattachable à plus d'une loi nationale. Il appartient aux traités bilatéraux et contrats de régler expressément la question dans les clauses de droit applicable. Il en est de même pour le règlement des différends.

Chapitre 1 : Le droit applicable aux obligations contractuelles sino-africaines

Les contrats entre les pays africains et la République Populaire de Chine sont internationaux de par le critère retenu par la Convention de Rome du 19 juin 1980 portant sur la loi applicable aux obligations contractuelles : il «*met en jeu les intérêts du commerce international*». De plus, selon le critère juridique, les contrats en cause se rattachent à des normes juridiques de plusieurs États. L'internationalité du contrat permet aux parties de choisir la loi applicable se fondant sur le principe d'autonomie de la volonté.

Le droit applicable aux obligations contractuelles internationales est le droit choisi par les parties. Le principe de «*l'electio juris*» permet aux parties dans le contrat international de choisir la loi qui sera appliquée au contrat et à son exécution. Le contrat est généralement rattaché à une loi nationale. Il peut s'agir de la loi nationale de l'une des parties ou une loi tierce. Dans la pratique internationale, la joint-venture avec les pays de l'Est ou entre les sociétés ressortissantes européennes, la loi neutre la plus choisie est la loi Suisse.¹⁴¹ Le contrat peut également être rattaché à des règles internationales vers lesquelles les droits nationaux convergent telles que la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, les principes d'UNIDROIT ou encore la Convention de La Haye du 5 octobre 1985 sur la loi applicable au contrat de vente internationale de marchandises qui complète la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur

¹⁴¹ Tongkin HUOY, *Le droit applicable aux joint-ventures*, Mémoire de DEA, France, Université Jean Moulin Lyon 3, 2006.

les contrats de vente internationale de marchandises. La Chine, Hong-Kong et Macao ont rejoint la liste des pays participants à cette convention respectivement les 25 avril 1965 et 4 février 1969.

Dès lors, quelle est la tendance sino-africaine en matière de désignation de la loi applicable ?

Section 1 : Détermination de la loi applicable par les parties

L'article 3 de la Convention de Rome stipule que : «le contrat est régi par la loi choisie par les parties.» L'article 15 exclut les règles de droit international de droit privé¹⁴². Dans le contexte sino-africain la tendance semble pencher pour le rattachement à une loi nationale africaine. Cependant, il faut également évoquer la possibilité de dépeçage du contrat pour le rattacher à plusieurs lois nationales.

Paragraphe 1 : Le choix d'une loi nationale unique par les parties

La clause de la loi applicable dans le contexte sino-africain, semble rattacher la loi applicable à celle du lieu d'exécution du contrat ou du pays récepteur des investissements en l'occurrence, la loi nationale du pays africain.

Le contrat type de partage de production mauritanien stipule que le contrat et les opérations pétrolières sont régis par les lois et règlements de la République Islamique de Mauritanie ainsi que le contractant¹⁴³. Le contrat de joint-venture sino-congolais par contre réfère à la loi du lieu de l'acte¹⁴⁴. La convention de collaboration a été signée à Beijing le 22 avril

¹⁴² Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles. Art 15.

¹⁴³ République Islamique de Mauritanie, Contrat type de partage de production, 1994, Art.27.1 et 27.2

¹⁴⁴ Convention de collaboration entre la République Démocratique du Congo et le groupement d'entreprises chinoises préc., Art.21

2008.¹⁴⁵ Cependant, le protocole d'accord a été fait à Kinshasa quelques mois plus tôt le 17 septembre 2007 et ledit protocole est considéré comme principe et base de chaque contrat ou marché séparé en la matière.¹⁴⁶ Aussi, la constitution de la joint-venture est soumise aux :

«Règles et usages courants de constitution des sociétés commerciales en République Démocratique du Congo.»¹⁴⁷

Tout comme les avantages et bénéfices fiscaux douaniers et de change prévu par les lois et règlements en vigueur en RDC sont accordés à la joint-venture-minière.¹⁴⁸ Il nous semble dès lors que la loi applicable au contrat est la loi de la République Démocratique du Congo. Le même article 21 stipule par la suite que :

«au cas où la loi applicable ne peut être déterminée selon le critère précédent (loi du lieu de l'acte), et afin de la déterminer, les parties se référeront aux critères usuellement utilisés dans le commerce international pour régler les différends de même nature.»

Cependant, une fois la clause de loi applicable insérée dans le contrat, elle n'est pas immuable. D'après l'article 3 paragraphe 2 de la Convention de Rome, les parties peuvent convenir à tout moment de faire régir le contrat par une autre loi que celle qui la régissait au moment de la signature¹⁴⁹ De plus, d'après les traités bilatéraux signés à l'instar de l'accord entre le gouvernement de la République du Cameroun et le gouvernement de la République Populaire de Chine pour la promotion et la protection réciproque des investissements du 10 mai 1997, lorsque qu'une question est régie à la fois par l'accord, la législation nationale choisie dans le contrat ou par les conventions internationales auxquelles les parties ont

¹⁴⁵ Ibid. Art 27

¹⁴⁶ Protocole d'accord entre la République Démocratique du Congo et le groupement d'entreprises chinoises préc., Art 11.

¹⁴⁷ Convention de collaboration préc., Art 21.

¹⁴⁸ Ibid. Art 14.

¹⁴⁹ Convention 80/934/CEE sur la loi applicable aux obligations contractuelles, ouverte à la signature à Rome, le 19 juin 1980, et entrée en vigueur le 1er janvier 1991.

souscrites, les investisseurs de l'autre partie contractante peuvent se prévaloir des dispositions qui leur sont plus favorables.¹⁵⁰ De même, la Convention de Collaboration sino-congolaise stipule que

«La joint-venture minière et l'entrepreneur chargé des travaux d'infrastructures bénéficieront des avantages résultant de toutes les nouvelles dispositions légales et réglementaires qui seraient ultérieurement prises par la RDC ou des conventions que celle-ci viendrait à conclure avec d'autres investisseurs. Néanmoins, toutes nouvelles dispositions légales et réglementaires apportant des désavantages à leur égard ne leur seront pas appliquées.»¹⁵¹

Il ressort en somme que la loi nationale applicable en général est la loi du lieu d'exécution du contrat dans le contexte sino-africain. Néanmoins, la Convention de Rome accorde aux parties la faculté de changer la loi applicable en cours d'exécution du contrat.¹⁵² Aussi dans le cadre sino-africain, les investissements étant encadrés par le contrat lui-même, les accords bilatéraux et la loi nationale choisie, les parties ont la faculté de se prévaloir de la loi la plus favorable sur la question et dans le cas sino-congolais, toute législation nouvelle en RDC apportant des désavantages au cocontractant chinois lui est inopposable.

Paragraphe 2: La possibilité de choix d'une pluralité de lois nationales ou d'une loi tierce

¹⁵⁰ République du Cameroun, Accord entre le gouvernement de la République du Cameroun et le gouvernement de la République de Chine pour la promotion et la protection des investissements du 10 mai 1997. Art.11

¹⁵¹ Convention de Collaboration entre la RDC et le groupement d'entreprises chinoises préc.Art.14.4

¹⁵² T. HUOY, *Le droit applicable aux joint-ventures*, Mémoire de DEA, Université Jean Moulin Lyon 3, France, 2006.

Le rattachement du contrat peut se faire à plusieurs lois applicables. En effet, dans le cadre sino-africain, le contrat peut être dépecé et rattaché à plusieurs lois. Dépendamment de la loi la mieux adaptée aux différentes questions, les lois nationales différentes ou des parties en cause peuvent régir différentes questions dans le contrat. Les parties peuvent par exemple, décider de renvoyer la question de transfert de technologie à la législation chinoise car étant mieux établie, tout en laissant les questions fiscales et douanières à la partie africaine avec les avantages y afférant. En effet, l'article 3 de la Convention de Rome permet aux parties de «désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat.» Différentes lois nationales pouvant donc être appliquées à différentes parties du contrat.

La Convention de Rome ne donne pas par contre les limites du panachage de lois nationales dans le contrat. Les limites du dépeçage seront donc déterminées par la cohérence du contrat. Dans le cadre des contrats sino-africains qui sont en général des contrats-cadres suivis de nombreux contrats d'exécution, la faculté de rattacher les contrats d'exécution à différentes lois nationales ne nuit pas à la cohérence des relations contractuelles.

De même, les parties peuvent rattacher le contrat à une loi nationale tierce, ou même aux principes internationaux tels que les principes d'UNIDROIT. Dans les contrats internationaux, le choix d'une loi tierce pourrait rassurer les partenaires pour ce qui est de l'impartialité ou de la neutralité de la loi applicable.

Section 2 : Les conséquences du choix de la loi applicable

Le choix de la loi applicable dans le contrat-cadre peut, dans le cas où les contrats d'exécution ne comportent pas la clause du droit applicable, s'étendre à ceux-ci. De même, connaissant la tendance de la législation applicable dans le contexte sino-africain, une *lex mercatoria* sino-africaine pourrait-elle découler en cas de non détermination de la loi applicable par les parties ?

Paragraphe 1 : L'extension de la loi applicable choisie aux contrats d'application

Dans le cadre des investissements étrangers dans le domaine pétrolier ou minier, que le véhicule d'investissement soit un contrat de partage de production, une joint-venture ou même un partenariat public-privé, le contrat de base fixant l'objet et les principales modalités de fonctionnement des extractions est suivi de nombreux contrats d'applications. La détermination de la loi applicable dans le contrat-cadre pourrait régler la question et s'étendre à tous les contrats d'application qui suivront lorsque la loi applicable n'est pas déterminée. En effet, le silence des parties concernant la loi applicable dans les contrats d'exécution peut supposer que la volonté d'*electio juris* a été clairement établie dans le contrat de base. Le protocole d'accord sino-congolais par exemple est considéré comme principe et base de chaque contrat ou marché séparé en la matière.¹⁵³ Dans ce cas, la loi applicable choisie sera la «*loi-cadre* » du contrat tout entier sauf stipulation contraire des parties.

Aussi dans ce cas, en cas de contradiction ou de conflit entre le contrat-cadre et un contrat d'application, la disposition du contrat-cadre prévaut.

Cela étant, en cas de soumission du contrat d'application à une loi différente de celle choisie par les parties dans le contrat-cadre et de conflit entre les deux lois choisies sur une question particulière, quel mécanisme déterminera la loi applicable ?

Dans la pratique internationale de règlement des différends, les lacunes de la loi nationale choisie sur une question donnée permettent aux arbitres de se retourner vers le droit international.¹⁵⁴ En effet, quand un système juridique national choisi par les parties ne

¹⁵³ Protocole d'accord entre la République Démocratique du Congo et le groupement d'entreprises chinoises préc. Art.11

¹⁵⁴ Sébastien MANCIAUX, *Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États, trente années d'activité du CIRDI*, Volume 24, Paris, Éditions Litec, 2004.

permet pas de trancher une question spécifique soumise aux arbitres, la deuxième phase est de rechercher les éléments de réponse dans le droit international.

Paragraphe 2 : Vers une lex mercatoria sino-africaine en cas de non-détermination de la loi applicable ?

En cas de non-détermination de la législation applicable, la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États stipule en son article 42(1) que :

«Faute d'accord entre les parties, le Tribunal applique le droit de l'État contractant partie au différend, y compris les règles relatives aux conflits de loi, ainsi que les principes de droit international en la matière.»

De façon à compléter ces différentes propositions de détermination de la législation applicable au fond du différend, la question que nous nous posons est celle de savoir si les pratiques et usages des investissements sino-africains ou encore la *lex-mercatoria* sino-africaine pourrait se révéler être une source de droit dans les litiges nés justement des investissements entre lesdites parties.

La *lex mercatoria* désigne : le

«Droit élaboré par les milieux professionnels du commerce international ou spontanément suivi par ces milieux indépendamment de tout Droit étatique et dont l'application échapperait pour cette raison à la méthode du conflit des lois»¹⁵⁵

Dans le contexte sino-africain, les formes et les véhicules d'investissement résultant elles-mêmes de la pratique du commerce international, la nature mixte desdits véhicules d'investissement avec la difficulté de classification de ces modes d'investissement dans le droit national, nous permettent de penser que la *lex mercatoria* en la matière serait

¹⁵⁵ Gérard CORNU (Dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, Éditions Quadriège, PUF, Association Henri Capitant, 2008.

compétente pour connaître des litiges y résultant. De plus, les échanges grandissants dans le contexte sino-africain promettent une *lex mercatoria* sino-africaine en puissance dont notre travail se propose d'en ressortir les éléments.

La CCI dans la sentence n. 5587 applique la *lex mercatoria* dans un litige entre partenaires d'une joint-venture en cas d'absence de la clause d'*electio juris* en justifiant que «le choix de la *lex mercatoria* est principalement fondé sur la difficulté, parfois insurmontable de justifier la compétence d'un droit national plutôt qu'un autre.»¹⁵⁶

La *lex mercatoria* dans le contexte sino-africain pourrait avoir une place grandissante dans la détermination de loi applicable en cas de non détermination par les parties ou même de lacunes du droit national choisi. La collaboration grandissante encadrée de contrats et traités d'investissements dans le domaine pétrolier et minier pourrait engendrer des usages spécifiques à la relation et dès lors constituer une source de droit spécifique aux relations des protagonistes.

Chapitre 2 : Le règlement des différends

L'organisation des formes de règlement des différends dans les obligations contractuelles internationales est essentielle. Dans le cadre sino-africain, le mode de règlement privilégié est l'arbitrage. En effet, l'État engagé dans des relations commerciales donc commerçant, peut soumettre le contrat à la loi de son choix et aussi peut soumettre le contrat à l'arbitrage comme mode de règlement des différends¹⁵⁷ à travers la clause compromissoire¹⁵⁸. Les

¹⁵⁶ Sentence de la CCI, Affaire n. 5587, 1992 Sentence non publiée, citée par T. HUOY, mémoire de DEA préc.

¹⁵⁷ S. CHATILLON, *Le contrat international*, 3e édition, Paris, Vuibert 2007.

¹⁵⁸ La clause compromissoire est une clause insérée dans un contrat commercial par laquelle les parties s'engagent en cas de litige de recourir à l'arbitrage.

Serge GUINCHARD et Gabriel MONTAGNIER (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 14^e édition, Paris, Dalloz, 2003, p.108

États africains contractants avec les entreprises chinoises insèrent ladite clause dans les contrats de coopération. Dès lors, quel est l'organe compétent pour connaître de l'arbitrage dans le contexte sino-africain ? Il importe d'examiner tour à tour le contexte de l'arbitrage en Chine et en Afrique ainsi que les clauses d'arbitrage dans les contrats à notre disposition. Que l'on se trouve en Chine ou en Afrique, le préalable à l'arbitrage est l'obligation de négociation ou de médiation préalable avant la mise en œuvre de la procédure d'arbitrage.

¹⁵⁹ Par exemple, la convention de collaboration sino-congolaise stipule que :

« Tout différend relatif à l'interprétation et à l'exécution de la présente convention de collaboration doit être réglé en priorité par des discussions amiables entre les parties. »

De même, l'article 25 de l'Ordonnance de la République Populaire de Chine sur l'exploitation des ressources pétrolières terrestres en coopération sino-étrangère du 7 octobre 1993 veut que :

« les litiges qui apparaissent au cours de l'exécution des contrats d'exploitation de ressources pétrolières terrestres doivent être réglés par voie de conciliation ou de médiation. »

Les traités bilatéraux entre la Chine et les pays africains garantissent le même préalable.¹⁶⁰

La procédure arbitrale en elle-même ne commence qu'au moins six mois après l'échec de la médiation ou conciliation.

¹⁵⁹ L'obligation de négociation ou de médiation veut que les parties conviennent de parvenir à un accord amiable ou diplomatique sur toutes demandes ou différends.

¹⁶⁰ Accord entre le gouvernement de la République du Cameroun et le gouvernement de la République Populaire de Chine pour la promotion et la protection réciproque des investissements, fait à Yaoundé, 10 mai 1997, Art 8.1

Accord entre la République Populaire de Chine et la République Tunisienne concernant l'encouragement et la protection des investissements, fait à Tunis le 21 juin 2004, Art 8.

Agreement between the government of the Republic of Egypt and the government of the People's Republic of China concerning the encouragement and reciprocal protection of investment, signed in Beijing April 21, 1994, Art 9.1

Il ressort que l'environnement juridique des affaires, que l'on se trouve en Chine ou en Afrique penche d'un commun accord vers la conciliation et la médiation dans le règlement des différends. Dans une perspective de *lex mercatoria* sino-africaine, en confrontant les valeurs communes, l'exploration et la modélisation de ces modes alternatifs de règlement des différends contribueraient à la sécurisation et à la cohésion du cadre de l'échange avant d'amorcer l'étape de l'arbitrage.

Section 1 : L'arbitrage dans le contexte chinois

L'arbitrage est international dans le contexte chinois s'il comporte un élément d'extranéité¹⁶¹. Les lois chinoises concernant les investissements étrangers prévoient en priorité l'arbitrage en Chine. L'Ordonnance de la République Populaire de Chine sur l'exploitation des ressources pétrolières terrestres en coopération sino-étrangère stipule que la clause d'arbitrage dans le contrat soumettra le litige à un organisme chinois d'arbitrage ou à un autre organisme.¹⁶² De même, l'article 14 de la loi sur l'Equity joint-venture soumet les conflits non réglés par voie de conciliation, à l'organisation chinoise d'arbitrage ou par toute autre organisation agréée par les parties. Dès lors, une revue des principes de l'arbitrage international en Chine et des formes d'arbitrages disponibles en Chine feront l'objet de cette section.

Paragraphe 1 : Les principes de l'arbitrage international en Chine

¹⁶¹ J. TAO, *Droit chinois des affaires*, Paris, Economica 1999. P. 343

¹⁶² Ordonnance de la République Populaire de Chine sur l'exploitation des ressources pétrolières terrestres en coopération sino-étrangère, promulguée par le Conseil des affaires de l'État le 7 octobre 1993, Art 25.

La législation chinoise en matière d'arbitrage part de la Loi de la République Populaire de Chine sur l'arbitrage de 1994 jusqu'aux Conventions internationales auxquelles la Chine a adhéré telle que la Convention de New York sur la Reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères en passant par le Code de procédure civile sur l'exécution des sentences arbitrales.¹⁶³ Aussi la législation encadrant les investissements étrangers en Chine comporte des dispositions relatives à l'arbitrage.¹⁶⁴ Aussi, les tribunaux arbitraux de la République Populaire de Chine tels que : la CIETAC (Commission Internationale d'Arbitrage Économique et Commercial de Chine) ont édicté des règles de compétence en la matière.

L'arbitrage comportant un «élément d'extranéité» est fondé sur le principe de l'autonomie des parties concernant la clause compromissoire. En effet, l'article 5.2 des Règles CIETAC stipule qu'une convention d'arbitrage est une «clause compromissoire d'un contrat conclu entre les parties.» La clause compromissoire devra préciser la composition et la procédure d'arbitrage, la langue et le lieu de l'arbitrage et aussi, l'étendue du litige soumis à l'arbitrage et la loi applicable à l'arbitrage. La limite à l'autonomie des parties en ce qui concerne l'arbitrage est que tous les contrats visant la création d'une joint-venture de type Equity ou Coopérative ou une entreprise à capitaux totalement étrangers, donc en somme toute forme d'investissement étranger en Chine est soumise à la législation chinoise à l'exclusion de tout autre système juridique.¹⁶⁵

Le second principe en matière d'arbitrage est celui de l'impartialité et de l'indépendance des arbitres. Étant dans le contexte de l'investissement étranger, l'investisseur confronté au droit chinois devant un tribunal arbitral chinois doit avoir la certitude de l'indépendance et de l'impartialité des arbitres. L'article 14 de la Loi chinoise sur l'arbitrage garantit l'indépendance des commissions d'arbitrage par rapport aux autorités administratives. De

¹⁶³ Code de procédure civile chinois de 1990, Art 257 à 269.

¹⁶⁴ J. TAO, *Droit chinois des affaires*, Paris, Economica 1999.

¹⁶⁵ J. TAO, *Le droit chinois des affaires*, Paris, Economica 1999, p. 344.

même, les conflits d'intérêts sont strictement encadrés par les règles de la CIETAC qui organise le remplacement et la récusation des arbitres.¹⁶⁶

Paragraphe 2 : Les formes d'arbitrage en Chine

Les formes d'arbitrage en Chine peuvent rester dans le cadre national ou être en dehors de la Chine. Il peut également s'agir de l'arbitrage institutionnel qui passe par la CIETAC ou d'autres commissions d'arbitrage institutionnelles ou l'arbitrage ad hoc.

L'arbitrage institutionnel en Chine est organisé par la Loi chinoise sur l'arbitrage. Ladite loi ne donne pas le monopole à la Commission Internationale d'Arbitrage Économique et Commercial de Chine; mais de fait, elle est l'institution d'arbitrage dominante du pays. Les règles de la CIETAC lui donnent compétence en l'article 3 en matière de :

«différends internationaux ou contenant des éléments d'extranéité.»

La CIETAC est donc compétente pour connaître des litiges concernant les investissements internationaux dans les domaines miniers et pétroliers quelque soit la forme de l'investissement comme le stipule les législations y afférentes sur la clause compromissoire. S'agissant de la procédure de désignation des arbitres, les parties peuvent choisir les arbitres à partir d'un panel d'arbitres communiqué par la CIETAC.¹⁶⁷ Le nombre d'arbitres est de trois dont chaque partie en désigne un et l'arbitre président est désigné par les deux arbitres précédemment choisis sur proposition des parties. Le tribunal arbitral rend sa sentence dans un délai de six mois à compter de la constitution du tribunal arbitral. Les arbitres ont la possibilité de manifester leur opinion dissidente concernant la sentence arbitrale. En cas de désaccord des arbitres, la sentence est rendue conformément à l'opinion de l'arbitre-président.¹⁶⁸

L'arbitrage peut avoir lieu en dehors de Chine dans le cadre de la Chambre de Commerce Internationale (CCI) ou encore de l'Institut d'arbitrage de la Chambre de Commerce de

¹⁶⁶ République Populaire de Chine, Règles CIETAC, 1994, Art 27.

¹⁶⁷ République populaire de Chine, Règlement d'arbitrage de la CIETAC du 1er mai 2005. Art. 21.1

¹⁶⁸ Ibid. Art 43.

Stockholm. En effet, un comité national chinois à été constitué à la CCI en novembre 1994.¹⁶⁹ Par contre, la question de l'exécution des sentences arbitrales rendues en dehors de la Chine est assez délicate.

L'arbitrage ad hoc constitue la dernière forme d'arbitrage en Chine. L'arbitrage ad hoc signifie que l'arbitrage se déroule en dehors de toute institution arbitrale et relève de la volonté des parties et de leurs arbitres.¹⁷⁰ L'arbitrage ad hoc dans le contexte chinois n'occupe pas une grande place. De plus il n'offre pas une sécurité juridique du point de vue de l'investisseur étranger. Aussi, une opinion divergente plane quant à son existence même. L'absence de réglementation en la matière pousse à en déduire soit qu'elle n'existe pas et que l'arbitrage en Chine est uniquement institutionnel, soit qu'elle est néanmoins présente car elle n'est pas expressément interdite.

Section 2 : Le règlement des différends dans le contexte africain

Dans le cadre des investissements chinois en Afrique, le mode de règlement des différends privilégiés est l'arbitrage CIRDI. En effet, 33 pays africains avaient signé la Convention du CIRDI en septembre 2010.¹⁷¹ Aussi, les pays membres de l'OHADA disposent d'un arbitrage institutionnel au sein de l'organisation.

Paragraphe 1 : L'arbitrage du CIRDI

La compétence du Centre s'étend aux «différends d'ordre juridique entre un État contractant (...) et le ressortissant d'un autre État contractant qui sont en relation directe

¹⁶⁹ J. TAO, préc., p. 350

¹⁷⁰ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, Éditions Quadrige, PUF, Association Henri Capitant, 2008, p.69

¹⁷¹ Liste des États contractants et signataires de la Convention du CIRDI, Disponible sur icsid.worldbank.org/ICSID

avec un investissement et que les parties ont consenti par écrit à soumettre au Centre.»¹⁷²
 La soumission du litige à l'arbitrage du CIRDI résulte du choix des parties entretenant des rapports se rapprochant de près ou de loin de la notion d'«investissement» de le soumettre au Centre. Aussi, le consentement écrit résultant du choix des parties donne compétence matérielle au Centre. Les accords bilatéraux de promotion et de protection réciproque des investissements entre la République Populaire de Chine et les États africains, soumettent en général tout litige ou différend relatif aux investissements :

*«soit au tribunal compétent de la partie contractante sur le territoire de laquelle l'investissement a été effectué»*¹⁷³

cette partie fera référence aux investissements sur le territoire chinois, dont la législation comme vue précédemment est obligatoirement chinoise et le règlement des différends à lieu en général sur ledit territoire :

*«soit pour arbitrage au Centre International pour le Règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), crée par la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États ressortissants et autres États ouverts à la signature à Washington le 18 mars 1965.»*¹⁷⁴

Cette formulation particulière se retrouve dans de nombreux traités bilatéraux signés entre la Chine et les États africains. Les contrats confirment la compétence du CIRDI, les contrats sino-congolais et sino-mauritaniens soumis à notre étude renvoient respectivement dans les articles sur le règlement des différends et arbitrage les litiges à la compétence du CIRDI en cas d'échec de la procédure de conciliation.

Le préalable à la procédure d'arbitrage reste toujours la conciliation qui est stipulée dans les traités bilatéraux et le contrat. La conciliation est organisée par la Convention du CIRDI

¹⁷² Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre État et ressortissants d'autres État, 2006, Art 25

¹⁷³ République du Cameroun, Accord entre le gouvernement de la République du Cameroun et le gouvernement de la République Populaire de Chine pour la promotion et la protection réciproque des investissements, signé à Yaoundé le 10 Mai 1997.

¹⁷⁴ Ibid.

des articles 28 à 35. La procédure arbitrale en elle-même ne commence qu'après cette étape.

La particularité du CIRDI en matière de règlement des différends liés aux investissements entre États et investisseurs d'autres États est qu'elle développe dans sa jurisprudence un certain équilibre entre la protection de l'État récepteur des investissements et celle de l'investisseur étranger.

En effet, sur la question particulière de l'information de l'État récepteur de l'investissement, surtout dans le contexte des pays en voie de développement, la doctrine et la jurisprudence CIRDI s'accordent à faire peser la charge de l'information sur l'investisseur étranger mieux aguerri. Cette tendance doctrinale se justifie en ces termes :

«On sait qu'un des principes clés de l'interprétation des contrats internationaux repose sur l'idée que les contractants sont des professionnels avertis, de force sensiblement égale et donc aptes à insérer dans leurs contrats les clauses correspondant à leurs besoins. Or, un des points toujours soulignés par les pays en développement est la fragilité de cette présomption en ce qui les concerne, fragilité d'autant plus grande que le contrat en cause serait non un contrat d'échange, mais un contrat d'industrialisation ou de transfert de technologie. On devrait donc admettre un renversement de la présomption d'égalité entre partenaires et interpréter le contrat en partant de l'hypothèse de l'inégalité des contractants. On pourrait par exemple envisager (...) qu'il existe une obligation d'information à la charge de l'entreprise du pays industrialisé qui se rapprocherait des obligations que la jurisprudence tend à mettre à la charge des fabricants et des professionnels dans leurs rapports avec les consommateurs. Il ne s'agit que d'une information renforcée qui répond bien d'ailleurs à la notion de bonne foi si souvent invoquée par les arbitres au soutien de telle ou telle interprétation. (...) Si des contrats de technologie étaient conclus sans que l'attention de l'acquéreur ait été attirée sur tel inconvénient ou sur telle difficulté

d'entretien ou d'usage, on devrait supposer par interprétation du contrat que le cédant n'a pas eu le comportement adéquat.»¹⁷⁵

Les sentences du CIRDI telle que la sentence Klöckner c. Cameroun (ARB/81/2) confirme la position du CIRDI en la question. Cependant, l'obligation d'information de la part de l'investisseur contractant est assortie de l'obligation de renseignement de l'État.

De même, dans le cadre de la protection des investisseurs, la jurisprudence CIRDI va limiter les mesures prises par l'État à l'encontre des investisseurs étrangers.¹⁷⁶

Paragraphe 2 : Le droit de l'arbitrage de l'OHADA

Trois principales sources existent dans la réglementation de l'arbitrage dans l'espace OHADA. Il s'agit d'abord du Traité du 17 octobre 1993 relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique. L'article 2 dudit Traité pose le droit de l'arbitrage comme matière rentrant dans le champ de l'harmonisation du droit des affaires en Afrique. Ensuite, le titre 4 du même traité à travers six articles pose le champs d'application général et la procédure au sein de la Cour Commune de justice et d'arbitrage qui va constituer l'institution d'arbitrage de l'OHADA. Ce titre traite donc de l'arbitrage institutionnel dans le cadre contractuel. La Cour Commune de Justice et d'arbitrage d'après l'article 21 de Traité stipule que :

«En application d'une clause compromissoire ou d'un compromis d'arbitrage, toute partie à un contrat, soit que l'une des parties ait son domicile ou sa résidence habituelle dans un des États parties, soit que le contrat soit exécuté ou à exécuter en tout ou partie sur le territoire d'un ou plusieurs États parties, peut soumettre un différend d'ordre contractuel à la procédure d'arbitrage prévue par le présent titre.»

¹⁷⁵ Philippe KHAN, «L'interprétation des contrats internationaux», (1981), JDI, cité par S. MANCIAUX, *Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États, trente années d'activité du CIRDI*, Paris, Éditions Litec 2004.

¹⁷⁶ S. MANCIAUX, préc., p. 445

Cet article donne donc compétence à la Cour Commune de Justice et d'arbitrage de connaître des litiges contractuels exécutés sur le territoire des États parties à condition que la clause compromissoire du contrat le prévoie. Par conséquent, la CCJA est compétente pour connaître les contrats entre les États africains parties à l'OHADA et les investisseurs chinois.

Une proposition pour la pratique et les modèles contractuels dans le cadre sino-africain serait de poser dans la clause compromissoire desdits contrats, la compétence de la CCJA pour l'arbitrage. En effet, le droit des contrats, des obligations et des sociétés OHADA, étant le droit applicable dans lesdits contrats, la CCJA pourrait connaître des litiges y résultants. De plus, l'Article 10 du Traité OHADA stipule que les actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les États parties nonobstant toute disposition contraire de droit interne antérieure ou postérieure. Le droit de l'arbitrage OHADA s'applique donc définitivement à tout contrat exécuté dans un État partie.

La seconde source organisant le droit de l'arbitrage dans le contexte OHADA est l'Acte Uniforme du 11 mars 1999 relatif au droit de l'arbitrage. L'Acte Uniforme organise le champ d'application, la procédure et la sentence arbitrale. Elle précise également les modalités de recours contre la sentence et la reconnaissance et l'exécution de ladite sentence. Troisièmement, le Règlement d'arbitrage de la CCJA organise les institutions et le fonctionnement de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage. En effet, le principe de la liberté contractuelle et du consentement écrit des parties à l'arbitrage est posé dans ladite convention à l'article 2. Ces principes sont repris dans les dispositions de l'OHADA dans les articles 21 et 23 du Traité et les articles 2, 3 et 4 de l'Acte Uniforme sur le droit de l'arbitrage. Aussi l'article 7 de la Convention précise que les dispositions de la Convention ne portent pas atteinte à la validité des accords bilatéraux et multilatéraux conclus entre les États contractants en matière de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales.¹⁷⁷

La convention d'arbitrage est encadrée par deux principaux principes. L'article 4 de l'Acte Uniforme sur l'arbitrage pose le principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage par

¹⁷⁷ Pierre MEYER, OHADA, *Droit de l'arbitrage*, Bruxelles, Éditions Bruylant 2002.

rapport au contrat qui la contient. La convention d'arbitrage est donc intouchable par les clauses de nullités qui pourraient entacher le contrat. De même, la clause d'arbitrage est juridiquement autonome. Par conséquent, la convention d'arbitrage peut être régie par un droit distinct de celui régissant le contrat principal. C'est le principe de l'autonomie juridique. Ce qui rejoint la possibilité de dépeçage du contrat et de le soumettre à des législations nationales différentes.

L'arbitrage au sein de l'OHADA peut être ad hoc ou institutionnel. L'Acte Uniforme sur l'arbitrage organise l'un et l'autre cas. Dans l'un ou l'autre cas, l'article 13 de l'Acte Uniforme sur l'arbitrage donne compétence à une juridiction étatique de prendre des mesures conservatoires tant que celles-ci n'impliquent pas un examen du fond du litige auquel cas seul le tribunal arbitral est compétent. La sentence arbitrale a en définitive autorité de la chose jugée et dès lors force exécutoire¹⁷⁸. Un examen de la mise en œuvre de la sentence arbitrale est dès lors nécessaire.

Section3 : La mise en œuvre de la sentence arbitrale

Dans le cadre juridique chinois, la ratification en 1987 de la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères du 10 juin 1958 a posé une grande avancée dans la mise en œuvre de la sentence arbitrale en Chine. Cependant, deux limites s'appliquent :

*« La Chine n'accepte d'appliquer la Convention de New York qu'aux sentences rendues sur le territoire d'un autre État signataire. En second lieu, la Chine applique la convention de New York aux seuls différends survenant pour des raisons commerciales définies qui sont considérées comme des relations commerciales au regard de la loi chinoise. »*¹⁷⁹

¹⁷⁸ Acte Uniforme du 11 mars 1999 relatif au droit de l'arbitrage, OHADA, Art 23.

¹⁷⁹ J. TAO, *Droit chinois des affaires*, Paris, Economica, 1999, p. 353

Le Code de Procédure Civile chinois et la loi sur l'arbitrage ont posé des procédures explicites pour la mise en œuvre des sentences arbitrales étrangères ou chinoises. La partie qui souhaite l'application d'une sentence arbitrale doit s'adresser au tribunal populaire intermédiaire du lieu de l'établissement de la partie contre laquelle une telle exécution est recherchée. Les règles chinoises en vigueur permettent au tribunal chinois de refuser l'exécution d'une sentence arbitrale rendue en Chine en cas d'absence de clause compromissoire. S'agissant des sentences arbitrales rendues à l'étranger, les tribunaux chinois veillent à leur exécution dès lors qu'elles émanent d'un pays signataire de la Convention. La difficulté cependant est le refus des tribunaux de reconnaître la compétence de la CIETAC pour les litiges impliquant une entreprise à investissement étranger alors que cette compétence résulte de la volonté des parties.¹⁸⁰

Dans le contexte juridique africain, 24 pays ont adhéré à la Convention de New York sur l'exécution des sentences arbitrales étrangères. Les tribunaux compétents s'assureront donc de la mise en œuvre de la sentence dans son lieu d'exécution. Particulièrement dans le cadre de l'exécution des sentences rendues par la CCJA, les sentences rendues sont obligatoires mais pas exécutoires. À défaut d'exécution volontaire, la décision d'exequatur accorde l'exécution forcée de la sentence. L'article 32 de l'Acte uniforme sur l'arbitrage stipule que la décision accordant l'exequatur est insusceptible de recours. La décision la refusant par contre est susceptible de recours devant la CCJA uniquement. L'article 30 du même acte pose les conditions de reconnaissance de l'exequatur.

Au terme de la seconde partie du travail que nous avons séparée en deux titres de chapitres chacun, nous avons fait le tour des figures contractuelles ou véhicules d'investissements usités dans le cadre des investissements miniers et pétroliers chinois en Afrique. Il s'agissait principalement de la joint-venture et du contrat de partage de production qui sous-entendait selon le cas un transfert de technologie. Dans l'optique d'une meilleure évaluation des contrats dans le contexte africain avec l'investisseur chinois, nous avons commencé par explorer les mêmes véhicules dans le cas où la Chine était le pays hôte et

¹⁸⁰ J. TAO, préc., note 152, p. 356

selon les lois et règlements dudit pays. De même, dans le cas de l'étude des clauses de droit applicable et de règlement des différends, la procédure est restée la même. Nous avons également tour à tour ratissé l'encadrement juridique chinois et africain des dites clauses.

Il est ressorti de cette évaluation comparative que s'agissant des véhicules d'investissement, la législation chinoise était bien plus élaborée que celle africaine et par conséquent, les contrats d'investissement chinois en Afrique en matière pétrolière et minière s'en trouvaient entachés de quelques lacunes. Le choix de la loi applicable et le contexte de règlement des différends se sont révélés beaucoup plus rigides dans le contexte chinois que dans le contexte africain.

Cela étant, la troisième partie de notre travail va s'atteler à soulever les questions postérieures à la signature du contrat et relative à son exécution. Il s'agira d'évaluer l'impact du contrat dans les domaines fiscaux, économiques, sociaux et environnementaux.

Deuxième partie : L'impact socio-économique des investissements chinois en Afrique

A la suite de l'étude de la problématique des fonds souverains et de l'encadrement juridique des contrats d'investissements miniers et pétroliers, nous nous penchons sur les questions des conséquences desdits contrats sur le sol des pays récepteurs des investissements. En effet, les domaines fiscaux et douaniers, sociaux et environnementaux sont touchés par les investissements chinois en Afrique. Nous verrons donc tour à tour chaque cas.

**Titre 1 : L'impact du contrat dans les domaines fiscaux, douaniers
et économiques**

Les domaines fiscaux et douaniers de l'économie nationale sont touchés par les investissements miniers et pétroliers à travers les mécanismes juridiques mis en place pour favoriser l'investissement chinois en Afrique.

Chapitre 1 : Les mécanismes juridiques favorables à l'investissement chinois en Afrique

L'investissement chinois en Afrique est favorisé et protégé par des mécanismes juridiques et fiscaux importants. Il s'agit des dispositions fiscales, douanières et des garanties contre les risques législatifs ou politiques et également des traités bilatéraux d'investissements. Dans l'un et dans l'autre cas, des dispositions juridiques sont mises en place par la terre d'accueil des investissements en l'occurrence ici les pays africains pour attirer, favoriser ou protéger les investissements étrangers et en l'occurrence chinois.

La législation et les contrats parlent d'avantages, d'exonération ou d'exemption. Il faut donc commencer par distinguer ces termes les uns des autres. L'exonération fiscale est une décharge totale ou partielle d'une charge fiscale résultant soit d'une loi, soit d'une clause contractuelle. Dans ce dernier cas on parle de clause d'irresponsabilité.¹⁸¹ L'exemption fiscale est un acte par lequel une autorité affranchit un sujet de droit d'une obligation qui lui incomberait normalement ou le soustrait à un régime ordinaire qui lui serait applicable.¹⁸² Un avantage enfin est une situation préférentielle ou particulière accordée aux investisseurs étrangers. La question qui se pose à ce niveau est de savoir l'étendue et les conséquences de ces exonérations, exemptions et avantages fiscaux dans les relations d'investissement sino-africaines.

¹⁸¹ G. CORNU (Dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, Éditions Quadrige, PUF, Association Henri Capitant 2007, p.389

¹⁸² *Ibid.*, p.389

Aussi, le Contrat sino-congolais soumis à notre étude est un exemple concret des différentes assurances offertes au cocontractant chinois. Ces assurances vont des garanties en cas de modifications législatives aux garanties contre les risques politiques.

S'agissant des traités bilatéraux de protection et de promotion des investissements signés entre la Chine et de nombreux pays africains, les clauses relatives au traitement des investissements ou encore le «*umbrella clause*» sont déterminantes dans la conclusion des contrats bilatéraux d'investissements.

Section 1 : Les mécanismes contractuels favorables à l'investissement chinois en Afrique

Les législations africaines posent les bases fiscales et douanières des investissements miniers et pétroliers sur leur sol. Les contrats signés sur la base de négociations peuvent en plus des dispositions légales accorder des avantages, exemptions ou exonérations au contractant étranger. De même, le pays récepteur des investissements garantit les risques et les changements législatifs ou politiques pouvant survenir pendant l'exécution du contrat.

Paragraphe 1 : Les clauses fiscales et douanières

L'une des armes les plus efficaces du gouvernement du pays hôte est l'arme fiscale.¹⁸³ En l'absence de convention fiscale bilatérale qui élimine le risque de double imposition fiscale entre les deux pays signataires, le contrat d'exploitation pétrolière ou minière lui-même fixe les modalités fiscales du partenariat.

Dans le contexte chinois, la législation fiscale chinoise offre aux sociétés à capital étranger des régimes fiscaux préférentiels pour l'impôt sur le revenu dépendamment du secteur

¹⁸³ Jean-Pierre BÉGUIN, « Les entreprises conjointes internationales dans les pays en voie de développement », (1972), Publication de l'Institut Universitaire de Hautes Études Internationales, n. 50, Genève.

d'activité. Les activités du secteur de l'énergie à l'exception de l'exploitation pétrolière et du gaz naturel qui exerceront pendant au moins dix ans bénéficieront d'une exonération d'impôt sur ses revenus à compter de la première année et ce pour deux ans. L'exonération est suivie d'une réduction de 50% de la troisième à la cinquième année.¹⁸⁴ La législation sur le transfert de technologie exempt de frais de douane le matériel nécessaire pour l'activité. Du reste, les conventions fiscales telles la convention franco-chinoise du 21 février 1985 empêchent la double imposition des revenus dans les deux pays. L'existence d'autres avantages, exemptions ou exonérations fiscales résultera de la volonté contractuelle des parties.

Le contexte africain des exonérations et avantages fiscaux et douaniers particulièrement en ce qui concerne l'industrie pétrolière et minière résulte le plus souvent des négociations contractuelles entre les parties.

Dans le contrat sino-congolais par exemple, l'article 14.1 de la Convention de collaboration accorde à la joint-venture minière constituée «le bénéfice de tous les avantages douaniers, fiscaux et de change prévu par les lois et règlements en vigueur en RDC.»

De plus, le même contrat garanti à la partie chinoise

«l'exonération totale de tous les impôts, droits, taxes, douanes et redevances, directs ou indirects, à l'intérieur ou à l'import et l'export payable en RDC et ceux liés aux activités minières et au développement d'infrastructures»,

ainsi que l'exemption des frais et paiements relatifs à la demande, à l'octroi, au transfert et à la cession des Droits et Titres miniers, des permis de prospection et d'exploitation. Les frais des royalties sont également exempts. Ces exemptions totales sont valables pour les deux premières phases de l'exploitation. Il faut préciser cependant que ces deux premières phases ne sont pas définies dans le temps. Le cas particulier du contexte fiscal sino-

¹⁸⁴ J. TAO, *Droit chinois des affaires*, Paris, Economica 1999.

congolais a été qualifié d'extrêmement libéral et extensif.¹⁸⁵ La question qui se pose est celle de savoir d'où viendront les revenus du gouvernement lorsqu'on sait que Gécamines (Générale des Carrières et des Mines) produisait 400 000 à 500 000 tonnes de cuivre par an et générait un milliard de revenus publics à l'État congolais ce qui représentait à peu près 60% du budget de l'État¹⁸⁶. D'après le contrat, le gouvernement ne recevra aucun revenu de la joint-venture sur de nombreuses années.

Dans le cas du contrat de partage de production mauritanienne, le contractant est exempt de
*«tous les impôts, droits, taxes ou contributions de quelque nature que ce soit: nationaux, régionaux, ou communaux, présents ou futurs, frappant les Opérations Pétrolières et tout revenu y afférant.»*¹⁸⁷

Il ressort donc que les cocontractants africains offrent un régime fiscal assez attrayant pour les partenaires chinois dans l'ensemble.

Paragraphe 2 : Les assurances contre les risques

Les pays africains toujours dans l'optique d'encourager l'investissement étranger sur le territoire offrent un certain nombre de garanties à leurs cocontractants.

Le contrat sino-congolais par exemple va jusqu'à garantir au cocontractant chinois le bénéfice de tout avantage résultant d'une législation ultérieure sans lui opposer les désavantages de ladite législation.¹⁸⁸

¹⁸⁵ Stefan MARYSSE et Sara GREEN, « Win-win or unequal exchange? The case of the Sino-Congolese cooperation agreements », (2008), Belgium, Institute of development policy and management, University of Antwerp.

¹⁸⁶ Ibid

¹⁸⁷ Contrat-type de partage de production d'hydrocarbures de la République Islamique de Mauritanie, signé à Nouakchott, 1994.

¹⁸⁸ Convention de collaboration entre la République Démocratique du Congo et le groupement d'entreprises chinoises, signé le 22 avril 2008, Art. 14.4

Les contrats offrent des garanties contre les risques politiques à la partie chinoise. Il s'agit pour le cas du contrat sino-congolais de s'engager à ne s'approprier, nationaliser ou exproprier en aucun cas directement la joint-venture minière ainsi que son patrimoine. Le cas mauritanien par contre n'est pas aussi radical, comme dans les traités bilatéraux, l'expropriation est possible sous les conditions d'intérêt public, en respect de la procédure légale nationale, sans discrimination et contre compensation.¹⁸⁹ Les quatre conditions d'expropriations suscitées sont stipulées par chacun des trois modèles chinois de traités bilatéraux d'investissement.¹⁹⁰ En effet, les traités bilatéraux sino-africains reconnaissent le droit de l'investisseur étranger à une compensation en cas d'expropriation et les contrats résultants le stipulent. L'organisation et la procédure d'expropriation sont organisées par la législation compétente généralement du pays hôte.

Section 2 : Les traités bilatéraux de protection et de promotion des investissements sino-africains

Le but des traités bilatéraux d'investissement (TBI) est d'organiser les règles selon lesquelles les investissements effectués par les nationaux des deux pays contractants dans chacun desdits pays seront protégés.¹⁹¹ Donc, les traités bilatéraux d'investissements créent une *lex specialis* entre les parties contractantes.¹⁹² Le contrat sino-africain par exemple s'engage à respecter le TBI signé entre les deux pays décembre 1997. La Chine depuis quelques années signe de nombreux TBI avec la grande majorité des pays africains. Les

¹⁸⁹ Agreement between the Republic of China and the Republic of Tunisia concerning the reciprocal encouragement and protection of investment, signed in Tunis, June ,21 2004.

¹⁹⁰ Norah GALLAGHER, Wenhua SHAN, Chinese investment treaties, policies and practice, Oxford, Oxford University Press, 2009.

¹⁹¹ Muthucumaraswamy SORNARAJAH, The international law of foreign investment, Cambridge, éditions Cambridge 2004.

¹⁹² Ibid.

traités bilatéraux sont cependant signés entre parties inégales dont l'une est un pays exportateur développé et l'autre un pays en développement. Toujours est-il que dans le contexte sino-africain, les TBI sont des stimulants ou des sécurisants de l'investissement pétrolier et minier chinois en Afrique dont nous examinerons le champ d'application et le traitement des investissements. Les questions de règlement des différends et d'expropriation aussi soulevées dans les traités bilatéraux d'investissements ont été évoquées plus haut.

Paragraphe 1 : Définition et champs d'application

Un traité bilatéral d'investissements entre deux États est un accord qui gouverne le traitement des investissements faits dans les territoires respectifs des deux parties par les personnes physiques et morales de l'autre partie.¹⁹³ Le préambule des TBIs signés manifeste le but d'intensifier la coopération économique entre les deux États sur la base de l'égalité et des avantages mutuels.¹⁹⁴ Le champ d'application des traités bilatéraux d'investissements est délimité dans un *ratione materiae* et *ratione personae* précis.

Le champ d'application (*ratione materiae*) des traités bilatéraux d'investissements est délimité par la définition d'«investissement» dans le cadre du traité. Dans le contexte sino-africain, la définition de l'investissement dans les TBIs est celle du modèle chinois de traités bilatéraux d'investissement. L'investissement dans ces TBIs est défini ainsi qu'il suit :

«Le terme investissement désigne des avoirs de toute nature investis avant ou après l'entrée en vigueur du présent Accord conformément à la législation de

¹⁹³ Jarrod WONG, « Umbrella clauses in bilateral investment treaties: of breaches of contracts, treaty violation, and the divide between developing and developed countries in foreign investment disputes », (2006), *Geo. Mason L. Rev.* vol .14.

¹⁹⁴ TBI entre la République populaire de Chine et la République du Cameroun, TBI entre la République populaire de Chine et la République de Tunisie, TBI entre la République populaire de Chine et la République d'Égypte et TBI entre la République populaire de Chine et la République de Côte d'Ivoire.

chacune des Parties Contractantes sur le territoire de celle-ci notamment, mais pas exclusivement :

- a) Les biens meubles et immeubles ainsi que tous les autres droits réels tels que les hypothèques et gages, sûretés réelles, usufruit et droits similaires ;*
- b) Les actions, valeurs et toutes autres formes de participation dans des entreprises ;*
- c) Les créances monétaires, et droits à toutes autres prestations ayant une valeur économique ;*
- d) Les droits d'auteurs, marques, brevets, noms commerciaux et tout autre droit de propriété industrielle, savoir-faire et procédés techniques ;*
- e) Les concessions de recherche ou d'exploitation des ressources naturelles.»¹⁹⁵*

La définition ainsi libellée pose le champ d'application du traité *«conformément à la législation applicable de chacune des parties.»*

La cinquième catégorie de la liste illustrative mais non limitative des formes d'investissements montre clairement que l'exploitation des ressources naturelles pétrolières ou minières rentre dans le champ d'application des TBIs sino-africains.

Il faut enfin noter la rétroactivité du TBI quant à son application dans le temps car elle s'étend aux contrats signés avant l'entrée en vigueur du TBI. Cette rétroactivité est encore précisée dans la clause du champ d'application de traité.¹⁹⁶

S'agissant de l'application *ratione personae* du traité, le terme *«investisseur»* désigne :

- « A) les personnes physiques possédant la nationalité de l'une ou de l'autre partie contractante ;*
- B) Toute entité économique ou personne morale constituée conformément à la législation de l'une ou l'autre des parties contractantes et possédant son siège*

¹⁹⁵ Traité Bilatéral d'investissements entre le gouvernement de la République du Cameroun et le gouvernement de la République Populaire de Chine , fait à Yaoundé le 10 mai 1997 .

¹⁹⁶ La clause du champ d'application dans les TBIs sino-camerounais, sino-ivoirien, sino-égyptien ou encore sino-tunisien.

social sur son territoire, ou toute entité économique ou personne morale contrôlée directement ou indirectement par des nationaux de l'une ou l'autre partie contractante ou par des personnes morales ou des entités économiques possédant leur siège social sur le territoire de l'une ou l'autre des parties contractantes et constituées conformément à la législation de celle-ci.»¹⁹⁷

Les investisseurs rentrant dans le champ d'application du TBI peuvent être des personnes physiques ou morales. Les personnes morales peuvent être de l'une ou de l'autre nationalité ou simplement contrôlées par des personnes physiques ou morales de l'une ou l'autre nationalité.

Les champs d'application du traité *ratione materiae* et *ratione personae* permettent de cadrer l'application des TBIs dans le contexte sino-africain et dès lors la question du traitement des investissements qui rentrent dans ce cadre suscite notre intérêt.

Paragraphe 2 : Le traitement des investissements

La clause du traitement des investissements dans les TBI sino-africains pose les principes du traitement juste et équitable et du traitement de la nation la plus favorisée. Le traité sino-camerounais de protection des investissements stipule que :

«chacune des parties contractantes s'engage à assurer sur son territoire aux investissements des investisseurs de l'autre partie, un traitement juste et équitable qui n'est pas moins favorable que celui qu'elle accorde aux investissements de ses propres investisseurs conformément à ses lois et règlements, ou aux investissements des investisseurs de la nation la plus favorisée, si ce dernier est plus favorable.»

Les notions «juste» et «équitable» sont assez vastes et ambiguës surtout dans des contextes culturels distincts comme ceux de l'Afrique et de la Chine. Ce qui est juste en Chine ne l'est pas forcément en Afrique et vice-versa. De plus, l'interprétation de ces notions n'est

¹⁹⁷ Traité bilatéral d'investissements entre le gouvernement de la République du Cameroun et le gouvernement de la République Populaire de Chine fait à Yaoundé le 10 mai 1997.

pas renvoyée à un corps législatif précis. La jurisprudence dès lors la renvoie au droit international¹⁹⁸.

La signification du traitement juste et équitable est analysée selon deux approches. D'abord, l'approche du Standard Minimum International qui voudrait que l'investisseur étranger soit traité selon un certain niveau qui tombe dans le minimum requis selon le droit international.¹⁹⁹ Ensuite, le «*plain meaning approach*» qui considère que sous le traitement juste et équitable, l'investisseur étranger à l'assurance d'un traitement sous le standard du droit international selon la Convention de Vienne sur le droit des traités.²⁰⁰ Dans l'une ou l'autre approche, la mise en œuvre de ce standard reste peu évidente.

La clause du traitement des investissements dans les traités bilatéraux d'investissements sino-africain garantit pour les deux parties le traitement de la nation la plus favorisée. Le traitement de la nation la plus favorisée signifie que le pays d'accueil doit accorder aux investisseurs du pays cocontractant du TBI, le même traitement qu'il accorde dans des cas analogues à tout autre pays étranger.²⁰¹ Le traitement de la nation la plus favorisée incombe aux parties du TBI de s'accorder mutuellement un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde aux investisseurs d'autres pays.

Toutefois, le traitement de la nation la plus favorisée ne s'étend pas au traitement des investisseurs d'un État en vertu de son association à une zone de libre-échange, une union douanière ou une organisation économique régionale.

¹⁹⁸ Dans *Siemens Vs Argentina*, le tribunal note que malgré que le TBI ne réfère pas expressément au droit international, il est néanmoins considéré que la signification et l'interprétation des termes se font sous le droit international.

Siemens A. G. vs. Argentine Republic ICSID Case No ARB/99/6 cite par N. GALLAGHER, W. SHAN, *Chinese investment treaties, Policies and Practice*, Éditions Oxford, Oxford University Press, 2009.

¹⁹⁹ UNCTAD (United Nation Conference on Trade and Development), *International Investment agreements: Key issues*, Vol. 1, New York and Geneva, United Nations, 2004.

²⁰⁰ N. GALLAGHER, W. SHAN, *Chinese investment treaties Policies and practice*, Oxford, Oxford University Press 2009.

²⁰¹ CNUCED (Conférence des Nations Unies pour le Commerce et le Développement), *Traitement de la nation la plus favorisée*, Nations Unies, New York et Genève, 2001.

En définitive, les investissements miniers et pétroliers chinois en Afrique sont encadrés par des outils juridiques mis en place dans le but de favoriser l'investissement étranger et donc le développement économique africain. Il s'agit des outils fiscaux et douaniers ainsi que des traités bilatéraux d'investissements abondants, signés entre le gouvernement chinois et les gouvernements africains. À ce stade de l'étude, la question qui suscite l'intérêt est celle de savoir quelles sont les conséquences de cet échange sur le développement africain.

Chapitre 2 : Les enjeux du développement économique africain

L'implantation chinoise grandissante en Afrique dans le domaine de l'extraction des ressources pétrolières et minières ouvre une brèche pour le développement économique et infrastructurel des pays cocontractants africains. En effet, l'encadrement des relations contractuelles par les traités bilatéraux d'investissements organise la question cruciale du transfert des fonds et du rapatriement des fonds investis. Le but principal des traités bilatéraux d'investissements est d'encourager les investissements dans les pays contractants respectifs, et dans ce sens, la circulation des capitaux entre les deux pays. Étant entendu que le but d'investir est de réaliser des bénéfices, l'investissement étranger se trouverait sans intérêt si les fonds ne pouvaient pas retourner chez l'investisseur. Le pays africain contractant ayant la souveraineté monétaire (sur sa monnaie et les entrées et sorties de fonds sur son territoire), doit organiser les transferts de fonds dans les traités et contrats régissant les investissements chinois sur le territoire. Le transfert des fonds dans le contexte des investissements miniers et pétroliers chinois en Afrique retiendra notre attention dans la première partie de ce chapitre.

Aussi, la deuxième partie de ce chapitre consacrée aux enjeux économiques sur le territoire hôte des investissements va s'appesantir sur le sort des infrastructures construites en échange des ressources minières et pétrolières. En effet, les ressources naturelles exploitées le sont en paiement des grands travaux de construction d'infrastructures dans le cadre de

partenariats public-privés. Cependant, comme vu précédemment, le vide dans l'organisation du transfert de technologie soulève des questions relatives à l'entretien ou au suivi de ces infrastructures. Du coup, les formules contractuelles usitées dans les travaux d'infrastructures avec la Chine ainsi que les conséquences de l'absence d'organisation du manque de technologie retiendront notre attention dans cette deuxième section.

Section 1 : Le transfert des fonds

Étant donné l'importance économique, les clauses des traités bilatéraux d'investissements sont d'une importance capitale. Les TBI encadrent le champ d'application du transfert de fonds et organisent le rapatriement des fonds investis.

Paragraphe 1 : Le champ d'application

La clause de transfert de fonds dans les TBI sino-africains suit le modèle de TBI chinois. Comme dans le TBI sino-égyptien, elle est libellée comme suit :

« 1. Each Contracting party shall subject to its laws and regulations, guarantee investors of the other Contracting Party the transfer of their investment and returns held in the territory of the one Contracting party, including:

- a) Capital and additional funds necessary for the maintenance of or for increasing the investment;*
- b) Profits, dividends, interests and other legitimate income;*
- c) Amount from total or partial liquidation of investments;*
- d) Payment made pursuant to a loan agreement in connection with investment;*
- e) Royalties (...)*
- f) Payments of technical assistance or technical service fee, management fee;*
- g) Payments in connection with projects on contracts;*

h) Earnings of nationals of the other Contracting Party who work in connection with an investment in the territory of the Contracting party in accordance with its laws and regulations.

2. The transfers mentioned above shall be made at a prevailing exchange rate of the Contracting Party accepting the investment on the date of transfer. »

Les clauses de transferts dans le contexte des TBIs sino-africains comme le modèle de TBIs chinois lui-même, garantissent le libre transfert et le retour des investissements de la liste illustrative précisée. En somme, tout paiement relatif aux investissements pourra être transféré dans ou hors du pays. Le Contrat sino-congolais garantit également le transfert de fonds dans le cadre de l'exécution du contrat. Le taux de change sera celui du jour du transfert dans tous les cas.

La clause du TBI avec la République Égyptienne suscitée ou encore avec la République de Djibouti précise la référence à la législation locale. Ceci suppose que dans le cas de la Chine, l'investisseur devra se soumettre à la loi locale sur le rapatriement des fonds au moment du transfert.

Paragraphe 2 : Le rapatriement des fonds investis

Le rapatriement des fonds investis est également garanti par les traités bilatéraux d'investissements. Certaines clauses utilisent les termes « *Repatriation of investments and return* »²⁰² au lieu de transfert des fonds. Dans l'un ou l'autre cas, les retours de fonds ou rapatriements des investissements restent soumis à la législation locale. Dans le cas chinois, les lois sur les joint-ventures contractuelles, les Equity joint-ventures ou encore sur les entreprises à capitaux exclusivement étrangers garantissent le droit de rapatriement des

²⁰² Agreement between the People's Republic of China and the Republic of Tunisia concerning the reciprocal encouragement and protection of investments, signed in Tunis, June 24, 2004.

investissements. Cependant, les règles y afférant sont dans les «*Regulations for Foreign Exchange Administration*»²⁰³

Dans le contexte africain, les chartes d'investissements, à l'instar de la Charte des investissements du Cameroun, garantissent le rapatriement des capitaux étrangers investis et des bénéfices réalisés par l'exploitation ainsi que le rapatriement des économies sur salaire du personnel expatrié. Le Code des investissements mauritaniens en son article 5 stipule:

« Il est garanti aux personnes physiques et morales ayant procédé à un investissement de capitaux étrangers, au sens de l'article 3.2 le transfert libre en devises convertibles :

a- de la rémunération du capital investi sous forme de dividendes, en totalité pour les sociétés à capitaux étrangers et au prorata des capitaux étrangers pour les sociétés à capitaux mixtes ;

b- des capitaux étrangers en cas de cession ou de cessation d'activités ;

c- de l'indemnité versée en cas d'expropriation, de nationalisation ou réquisition, en exonération de tout droit, taxe ou impôt.

*5.2 : il est garanti le transfert sans délai des revenus professionnels des employés étrangers de l'entreprise. »*²⁰⁴

L'article 27 du Code des investissements de la République Démocratique du Congo accorde la même garantie à l'investisseur chinois.

Le rapatriement des fonds investis sur le territoire étant garanti, un second enjeu de développement pour l'Afrique réside dans les investissements immeubles effectués sur place. Il faut dès lors s'arrêter sur les infrastructures construites en échange de l'exploitation des ressources pétrolières et minières.

²⁰³ N. GALLAGHER, W. SHAN, *Chinese investment treaties policies and practice*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

²⁰⁴ Loi n. 2002-03 portant Code des investissements de la République Islamique de Mauritanie, art. 5.

Section 2 : Le sort des infrastructures construites

L'industrialisation et le développement infrastructurel est considéré comme un grand challenge de développement pour l'Afrique. Les contrats visés dans le cadre des constructions d'infrastructures en partenariat public-privés avec la Chine ont ceci de commun qu'elles font peser sur la partie privée chinoise tout ou une partie des missions de financement, conception, construction, exploitation et entretien ou maintenance de l'ouvrage.²⁰⁵ Dès lors, une attention sera portée sur les formules contractuelles usitées en la matière et sur les conséquences du report de toutes ces missions sur la partie chinoise.

Paragraphe 1 : Les formules contractuelles usitées

Sur la base du modèle anglo-saxon, la formule «BOT» (Build-Operate-Transfer) se reprend et inspire les législations africaines telle que la législation guinéenne qui consacre l'expression en français : construction, exploitation et transfert. Ce modèle peut être défini comme suit:

« In the BOT approach, a private party or concessionaire retains a concession for a fixed period from a public party, called principal (client), for development and operation of a public facility. The development consists on the financing, design and construction of the facility, managing and maintaining the facility adequately, and making it sufficiently profitable. The concessionaire secures return of investment by operating the facility and, during the concession period, the concessionaire act as owner. At the end of the concession period, the

²⁰⁵ François. LICHERE et Boris. MARTOR, « Essor des partenariats public-privés en Afrique: reformes en cours et perspectives d'avenir », (2007), RDAI/IBLJ n.3.

*concessionaire transfers the ownership of the facility free of liens to the principal at no cost. »*²⁰⁶

Plusieurs autres formules contractuelles découlent de ce modèle principal. Il peut s'agir du BT (Build-Transfer : construction et transfert), du BOO (Build-Own-Operate : construction, possession et exploitation), du BTO (Build-Transfer-Operate : construction, transfert et exploitation), du BLT (Build-Lease-Transfer : construction, location et transfert), du CO (Contract-add-and-operate : contrat d'extension et d'exploitation), du DOT (Development-Operate-Transfer : développement, exploitation et transfert), du ROT (Rehabilitate-Operate-Transfer : réhabilitation, exploitation et transfert), ou enfin du ROO (Rehabilitate-Own-Operate : réhabilitation, possession et exploitation).²⁰⁷ La loi guinéenne du 1^{er} juin 1998 autorisant le financement, la construction, l'exploitation, l'entretien et le transfert d'infrastructures de développement par le secteur privé, prend le soin de définir tous ces contrats. Cependant, les textes des autres pays examinés n'offrent pas tous ces détails. Le régime général des contrats de partenariat est fixé laissant la possibilité aux parties d'organiser eux même les formules contractuelles selon la pratique. La seule limite tient en ce que le concessionnaire pendant la durée du contrat disposera de droits réels sur les terrains mais ne pourra pas en devenir propriétaire, sauf exception du cas de l'Algérie.²⁰⁸

Paragraphe 2 : L'absence de transfert de technologie

Les contrats de partenariat en matière d'infrastructures dénotent un vide en matière de transfert de technologie. En effet, comme dit précédemment, la partie chinoise a le «*loisir*

²⁰⁶ Sebastien C. Menheere, Spiro N. Pollalis, « Case studies on build, operate and transfer », Delf University of Technology, (2006), Faculty of Architecture.

²⁰⁷ F. LICHERE, B. MARTOR, « Essor des partenariats public-privé en Afrique: reformes en cours et perspectives d'avenir », (2007), RDAI/IBLJ n.3.

²⁰⁸ Ibid.

de choisir librement (...) le fournisseur du matériel et d'équipement, de technologie et de service, d'embaucher à l'intérieur comme à l'extérieur du pays, le personnel qualifié.»²⁰⁹

Une telle clause laisse penser que même si les projets d'infrastructures font l'objet de contrats spécifiques, le transfert de technologie n'y est pas organisé. Le risque que courent dès lors les infrastructures à la fin du contrat est qu'ils se retrouvent inutilisables par la partie congolaise qui en sera propriétaire. N'ayant pas participé au montage des dites infrastructures, le futur propriétaire sera donc incapable de procéder à son entretien ou encore être capable de construire d'autres infrastructures de même architecture. Il en ressort que les infrastructures construites sont vouées à une insalubrité à moins de confier leur exploitation et leur entretien au maître d'œuvre qui est seul capable de le faire.

Il en est de même pour l'exploitation pétrolière ou minière en elle-même car sans formation, à la fin du contrat, le propriétaire des ressources naturelles devra en signer un autre avec un autre partenaire étranger car il n'aura pas acquis, après les trente années d'exploitation par la partie chinoise, la formation nécessaire pour procéder par le biais de sa société nationale à l'exploitation des ressources naturelles.

En somme, les enjeux de l'investissement chinois dans le domaine minier et pétrolier en Afrique résident dans l'acquisition des biens immeubles et de la technologie. Cependant, l'étude démontre que les fonds investis par la partie chinoise seront rapatriés par celle-ci, le pays hôte restera donc propriétaire d'infrastructures qu'il pourra exploiter avec beaucoup de difficultés et dont il ne maîtrisera pas la technologie.

De plus, il faut se pencher sur la question de l'inexécution et surtout de la mauvaise exécution des travaux de construction réalisés en compensation des ressources naturelles exploitées. En effet, l'exemple très récent du cas angolais soulève des inquiétudes. Une infrastructure hospitalière construite par une société de construction chinoise en Angola qui s'écroule quelques mois après son inauguration²¹⁰ soulève la question du niveau de technologie et d'expertise qui est utilisé par les firmes chinoises implantées en Afrique. La

²⁰⁹ Convention de collaboration entre la République Démocratique du Congo et le groupement d'entreprises chinoises, avril 2008 Art 14.1.4

²¹⁰ Africa and China, « Rumble in the Jungle », (2011), The Economist, April 23rd 2011, p. 16.

prévision contractuelle des études préliminaires ou des expertises préalables à l'exécution des travaux proposés se révèle être une nécessité à modéliser.

Cela étant, après l'examen des mécanismes favorables aux investissements, aux contrats et de leurs influences sur le développement économique, il importe également d'examiner l'impact des contrats dans les domaines sociaux et environnementaux.

**Titre 2 : L'impact socio-environnemental des investissements
chinois en Afrique et l'implication de la société civile dans sa
protection**

Les bases contractuelles posées, il est important d'examiner les contours de l'exécution proprement dite du contrat. Les questions de lutte contre la corruption et de transparence de l'industrie extractive en Afrique sont-elles mises en œuvre dans les rapports avec la Chine? Quelles sont les conséquences de l'implantation chinoise sur la concurrence et l'emploi local? Comment le législateur africain organise-t-il la protection de la main-d'œuvre locale et de l'environnement dans l'exploitation minière et pétrolière? Nous examinerons ces différentes questions dans ce second titre.

Chapitre 1 : La lutte contre la corruption et pour la transparence dans les investissements pétroliers et miniers en Afrique

L'Afrique regorge de ressources naturelles et exporte ses ressources vers les autres continents. En matière pétrolière, 30,20% du pétrole africain va aux États-Unis ; 37,10% vers l'Europe ; 5,30% vers l'Inde et 13,20% vers la Chine²¹¹. Paradoxalement, L'Afrique est toujours un continent en développement où la répartition des richesses est inégale et l'économie bat de l'aile. Au Nigéria par exemple, premier producteur africain de pétrole et sixième mondial, les ressources budgétaires du pays sont constituées à 88% par les recettes pétrolières, le produit national brut par habitant (PNB/habitant) qui était de 1000 dollars en 1970 a chuté à 320 dollars par habitant en 1996²¹².

En effet, Le paradoxe soulève des interrogations sur les raisons du déséquilibre et sur les moyens mis en œuvre pour y remédier. Ce déséquilibre s'explique par l'ineffectivité des notions de transparence, de bonne gouvernance et aussi de corruption. Les questions qui

²¹¹ BP statistical review of world energy 2009 cité par R. D'ABOVILLE ET Q. SUN préc., note 1, p. 99.

²¹² Banque Mondiale, Rapport sur le développement dans le Monde 1991, cité par Stéphane ESSAGA, dans « La dynamique de transparence en matière pétrolière au Cameroun ».

demeurent sont celles de savoir : quels sont les moyens mis en œuvre dans la lutte contre la corruption et pour la transparence et quelle est leur efficacité ? Étant dans le contexte sino-africain, il faut également savoir quelle est la perception chinoise de cette lutte anti-corruption et pro transparence.

C'est dans cet ordre que nous analyserons la définition de la corruption et de la transparence dans le contexte chinois et africain en première partie car la notion de corruption particulièrement est liée à la culture nationale et la seconde partie sera consacrée à l'étude et l'évaluation des principes de transparence et anti-corruption mises en œuvre en Afrique.

Section 1 : Définition des notions de corruption et de transparence

La perception de la notion de corruption varie d'une culture à l'autre et est réprimée par le Code pénal de façon différente selon la perception de sa gravité. La transparence également mérite qu'on se penche sur la perception de cette notion, car la mise en œuvre de ses principes particulièrement dépend de la collaboration entre les entreprises extractives et les gouvernements.

Paragraphe A : La notion de corruption

1 - La corruption en Chine

La notion de corruption en Chine est perçue à deux niveaux : dans le Code pénal, les termes utilisés comme des infractions punissables sont «*tanwu*» (vol, détournement de fonds) et «*shouhui*» (pot-de-vin, corruption).²¹³ Sur le plan politico-éthique, «*fenjie*» désigne l'usage d'une position officielle pour acquérir des privilèges excessifs et injustifiés, profiter de concessions particulières, détourner des fonds ou des marchandises ou acquérir des objets

²¹³ Azat, DYUSHEBAYEV, «Corruption in China», (2010), New Eastern Outlook disponible sur <http://journal-neo.com> 19.12.2010

de valeur ou des propriétés, personnellement ou à travers un intermédiaire.²¹⁴ Le Code pénal rentré en vigueur le 1^{er} octobre 1997 toujours en vigueur aujourd'hui consacre le chapitre 8 à «*Corruption and bribery*» et est consolidé par 15 articles (articles 382 à 396). Le Code pénal de 1997 entend la corruption comme le détournement, le vol ou l'obtention illégale par fraude ou quelques autres moyens de la propriété publique par des travailleurs de l'État ou fonctionnaire exploitant leur position officielle.²¹⁵ L'infraction est punissable d'un emprisonnement allant jusqu'à 5 ans, lorsque les sommes sont importantes et les circonstances aggravantes. La peine peut aller jusqu'à l'emprisonnement à vie ou la peine de mort.²¹⁶ En 2000, la Cour de Nanchang dans la province de Jiangxi a condamné à mort l'ancien Vice-gouverneur de la province pour corruption. Il a reçu 5.5 millions de yuan et des propriétés évaluées à 1.62 million de yuan. Il fut aussi accusé d'avoir corrompu des personnes pour avancer sa carrière. Son appel fut refusé le 1er mars 2000. Avec l'approbation de la Cour suprême, il a été exécuté le 8 mars 2000.²¹⁷

Il ressort de cette analyse que la corruption en Chine est culturellement inadmissible et la sanction pénale y attachée le traduit clairement. Cela étant il faut noter qu'à la différence d'autres législations, la répression de la corruption en Chine ne fait intervenir qu'un acteur : le corrompu.²¹⁸ Aussi la corruption en Chine est très centrée sur les employés du service public ; fonctionnaires ou investis d'un mandat électif. De plus, le Code pénal chinois entend la corruption comme le détournement, le vol ou toute obtention de la chose publique. Par conséquent, les commissions ou bonis de signatures de contrats, les avancées de fonds supposées faire avancer les dossiers beaucoup plus rapidement ne rentrent pas dans la définition de la corruption. La conception africaine de la corruption calquée sur le

²¹⁴ Azat ,DYUSHEBAYEV, «Corruption in China», (2010), New Eastern Outlook disponible sur <http://journal-neo.com>

²¹⁵ Ibid.

²¹⁶ Code Pénal chinois entré en vigueur le 1^{er} octobre 1997 révisé le 28 février 2009.

²¹⁷ Azat ,DYUSHEBAYEV, «Corruption in China», (2010), New Eastern Outlook disponible sur <http://journal-neo.com>

²¹⁸ Ibid.

modèle occidental est beaucoup plus stricte dans la définition, et est plus large dans la répression contrairement à la Chine.

2 - La Corruption en Afrique

En Algérie, l'article 126 du Code Pénal stipule:

« Est coupable de corruption et puni d'un emprisonnement de 2 à 10 ans et d'une amende de 500 à 5 000 DA, quiconque sollicite ou agrée des offres ou promesses, sollicite ou reçoit des dons, présents ou autres avantages pour : 1- (Loi n. 90-15 du 14 juillet 1990) Étant fonctionnaire ou étant investi d'un mandat électif, accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte de sa fonction, juste ou non, mais non sujet à rémunération ou un acte, bien qu'en dehors de ses attributions personnelles, est, ou à pu être facilité par sa fonction... »²¹⁹

En RDC, l'article 147 loi du 73-017 du 5 janvier 1973 Art 2 du Code Pénal décret du 30 janvier 1940 incrimine :

«tout fonctionnaire ou officier public, toute personne chargée d'un service public ou parastatal, toute personne représentant les intérêts de l'État ou de toute société étatique au sein d'une société privée, parastatale ou d'économie mixte en qualité d'administrateur, de gérant, de commissaire aux comptes ou à tout autre titre, tout mandataire ou préposé des personnes énumérées ci-dessus Qui aura agrée, des offres, des promesses, qui aura reçu des dons ou présents pour faire un acte de sa fonction, de son emploi ou de sa mission, même juste mais non sujet à salaire sera puni de six mois à deux ans de servitude pénale et d'une amende de cinq à vingt zaïres.»²²⁰

L'article 150 punit également :

²¹⁹ République Algérienne Démocratique et Populaire, Ministère de la Justice, Le Code Pénal, 4^e édition, Dépôt légal 3388-2004. Isbm 9961-41-045-9

²²⁰ République Démocratique du Congo, Code Pénal, Décret du 30 janvier 1940.

«ceux qui auront contraint par violences ou menaces ou corrompu par promesses, dons ou présents l'une des quelconques personnes visées à l'article 147»²²¹

Il faut constater l'influence occidentale dans la conception africaine de la corruption qu'il s'agisse de l'Afrique du Nord ou de l'Afrique centrale. Aussi, dans le contexte pénal africain le corrompu et le corrupteur sont sous le coup de la loi.

Les normes nationales pénales en Afrique contrairement à la Chine sont inefficaces. Dès lors il faut se demander s'il n'y a pas un choc culturel entre la législation calquée sur le modèle européen et la réalité culturelle africaine.

L'Union africaine n'est pas en reste, dans la Convention de l'Union africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption, dans son article 4.1.a condamne au titre de corruption :

« la sollicitation ou l'acceptation de manière directe ou indirecte, par un agent public ou par toute autre personne, de tout bien ayant une valeur monétaire ou de tout autres avantages, tels qu'un don, une faveur, une promesse ou un profit pour lui-même ou pour une autre personne ou entité en échange de l'accomplissement ou de l'omission d'un acte dans l'exercice de ses fonctions»²²²

Les deux acteurs dans l'acte de corruption sont visés lorsque l'article 4.1.b condamne au même titre *«l'offre ou l'octroi à un agent public»²²³* des faveurs précitées. La conception de l'UA est beaucoup plus générale et moins rigide que les législations nationales mais semble toujours les reprendre dans ses grandes lignes.

Une possibilité serait de repenser la conception juridique de la notion et de l'adapter aux réalités culturelles. Une limite claire entre les notions de corruption, de bonis de signatures, de commissions diverses et des avances faites dites pour *«huiler»* ou *«graisser»* les mécanismes de signatures de contrats ; pratiques très courantes dans les cultures africaines

²²¹ Ibid.

²²² Convention de l'Union africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption. Art. 4.

²²³ Ibid

devraient être définies. L'inefficacité normative perdure et suscite la création et l'implémentation de nouveaux concepts et principes tels que la transparence.

Paragraphe 2 : La Notion de transparence

La notion de transparence s'est imposée de plus en plus dans le lexique socio-économico-politique depuis une dizaine d'années.²²⁴ Le mot transparence à l'origine vient du domaine de l'optique et traduit l'état de ce qui laisse passer la lumière et laisse voir les objets à travers son épaisseur.²²⁵ La promotion de la transparence dans la gestion des produits de l'industrie extractive tient son origine de l'énorme paradoxe existant entre la capacité de ressources naturelles en Afrique et la pauvreté desdits pays.²²⁶ Des conventions internationales ont été mises sur pied dans ce sens telles que la convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales de l'OCDE ou encore l'initiative pour la transparence dans les industries extractives (ITIE). L'ITIE a été lancée pour améliorer la transparence dans les industries extractives des pays riches en ressources naturelles. En septembre 2007, 14 pays africains ont adopté les principes de l'ITIE.²²⁷

La perception de la transparence pour les investisseurs chinois en Afrique est nouvelle car la Chine n'a pas adhéré aux principes de l'ITIE. Il appartient aux cocontractants africains déjà membres, d'imposer ces principes et de veiller à leur mise en œuvre.

224 Stéphane ESSAGA, « La dynamique de transparence en matière pétrolière au Cameroun », (2009)

225 Ibid.

226 Christina HURST, « *China's Oil Rush in Africa*, », (2006,) LCDR, Energy security.

227 <http://eiti.org/fr/itie/principes-criteres>

Section 2 : Mécanismes de lutte contre la corruption et de promotion de la transparence.

Paragraphe 1 : L'Initiative pour la Transparence dans les Industries Extractives.

L'ITIE initiée en 2002, regroupe les pays africains du golfe de Guinée riches en ressources naturelles. Le but de l'ITIE est de renforcer le contrôle de la perception de ses recettes et améliorer son climat d'investissements.²²⁸ Les principes de l'ITIE vont dans le sens de l'exploitation rationnelle des ressources naturelles et de la transparence dans la gestion des revenus de ces ressources. Le principe 6 de l'ITIE, dans le but de

« Situer les efforts pour parvenir à une plus grande transparence dans un contexte de respect des contrats et des lois »,²²⁹

prône la publication des recettes et des paiements issus de l'exploitation pétrolière et minière par les gouvernements et les entreprises extractives. Les principes de l'ITIE sont

« d'avis que la divulgation des paiements dans un pays donné devrait impliquer toutes les entreprises présentes dans ce pays »²³⁰

En 2005, l'ITIE définit des critères de publication des recettes et paiements perçus à la fois par l'État récepteur et par les entreprises concernées. La publication des recettes et des paiements est destinée à la compréhension du grand public. L'ITIE implique la société civile dans la conception et le suivi de la mise en œuvre des principes et critères de transparence établis par l'ITIE.

228 Banque Internationale pour la reconstruction et le développement, Mise en œuvre de l'Initiative pour la transparence dans les industries extractives, application des leçons tirées des premières expériences, ITIE, Banque Mondiale, 2008.

²²⁹ Ibid

²³⁰ Ibid.

L'ITIE a établi un processus indépendant auquel tous les pays doivent se soumettre tous les deux ans pour évaluer leurs performances dans le cadre de l'ITIE : il s'agit de la validation²³¹.

L'application de l'ITIE devrait pouvoir apporter : une perception plus efficace des recettes, un cadre de collaboration plus efficace entre les gouvernements, les entreprises extractives et la société civile, l'amélioration de la solvabilité des États et des compagnies et une meilleure gestion des risques liés à l'entreprise.²³²

Cela étant, une évaluation de l'effectivité de la mise en œuvre de l'ITIE dans les pays africains s'impose.

Paragraphe 2 : Évaluation de la mise en œuvre de l'ITIE dans les investissements pétroliers et miniers chinois en Afrique : le cas du Cameroun.

D'abord, il faut noter que la Chine n'est pas membre de l'ITIE. Cependant, dans la rédaction des contrats, l'investissement n'est pas expressément soumis à la mise en œuvre et au respect des principes de l'ITIE exposés précédemment. Le respect des principes par la partie chinoise est dès la base compromis. Une évaluation sera faite sur l'application de l'ITIE au Cameroun.

Le Cameroun a adhéré à l'ITIE en 2005. L'exploitation des hydrocarbures au Cameroun est gérée par une société entièrement détenue par l'État : la société nationale des hydrocarbures (SNH). Cette société étatique a été créée par le décret n. 80/086 du 12 mars 1980 et se consacre à la gestion des richesses pétrolières et minières camerounaises. La publication des recettes et paiements reçus par l'État camerounais en matières pétrolières et minières et de toutes activités dans les secteurs miniers et pétroliers ne dépendait que de la revue

²³¹ Ibid.

²³² Ibid.

trimestrielle SNH info.²³³ La transparence de l'industrie pétrolière et minière au Cameroun est donc intimement liée à la transparence de la SNH.

La revue SNH info diffusait jusqu'en 1997 des informations, sur l'état de la conjoncture pétrolière internationale, les activités nationales et internationales de la SNH et de ses filiales et sur les notions ou aspects fondamentaux de l'industrie pétrolière. La revue est cependant restée en hibernation entre 1997 et 1999.²³⁴

Cela étant, avec l'influence de l'ITIE, dès l'année 2000, le montant des recettes a été publié soit par la SNH, soit par le ministère des Finances en tant que ministère pilote de l'ITIE. Il faut soulever la régularité relative des publications, en 2002, le compte rendu de l'exercice est fait sans que le montant du transfert au trésor public soit publié.²³⁵ De même, au cours des années 2001 à 2003, le Cameroun a signé trois contrats pétroliers mais aucun chiffre n'a été publié.

Une autre source de publication en matière extractive voit le jour au Cameroun par le décret n. 2005/2176/PM du 16 juin 2005. Il s'agit du Comité de Suivi et de Mise en œuvre des principes EITI. Les publications du Comité sont plus détaillées et plus accessibles car postées sur internet via le site du premier ministre. Le rapport publie les montants reçus par l'État et les sommes versées par les compagnies extractives.

Il faut pour finir remarquer que la clause de confidentialité contenue dans certains contrats limite la capacité de transparence dans les industries extractives. Une recommandation serait de rendre obligatoire la publication des chiffres et des volumes par les compagnies opérant au Cameroun comme c'est le cas au Nigéria.²³⁶ De plus, la signature des contrats avec la Chine et les autres entreprises devrait être soumise expressément dans le contrat au respect desdits principes dans l'industrie extractive nationale.

²³³ République du Cameroun, SNH Infos.

²³⁴ S. ESSAGA, « La dynamique de transparence en matière pétrolière au Cameroun », (2009)

²³⁵ République du Cameroun, SNH Infos n. 10 Janvier 2005, p.5

²³⁶ S. ESSAGA, « La dynamique de transparence en matière pétrolière au Cameroun », (2009)

Chapitre 2 : Les enjeux socio-environnementaux

Les investissements dans les domaines miniers et pétroliers ne sauraient passer sans soulever la problématique sociale et environnementale. En effet, l'exploitation dans le domaine des ressources naturelles en Afrique, se fait entre l'État propriétaire des ressources nationales et les entreprises publiques étrangères. Une procédure régleme le choix du partenaire étranger et il s'agit par principe de la mise à concurrence. Le choix du maître d'œuvre et des sous-traitants est selon le principe posé par le Code des investissements de nombreux États africains, encadré par le principe de la libre concurrence entre les nationaux et les internationaux.

De plus, l'implantation chinoise dans le domaine des ressources naturelles est accompagnée d'une grande migration des populations chinoises principalement constituée de travailleurs de l'industrie chinoise vers le continent africain. La population chinoise est estimée à 50 000 ressortissants en République démocratique du Congo de même qu'en Angola. Le Nigéria et l'Afrique du Sud vont au-delà de ce chiffre.²³⁷ Cette migration ne va pas sans causer des malaises vis-à-vis des populations locales. La Zambie et le Lesotho ont connu des soulèvements antichinois.²³⁸

La question qui se pose dès lors est celle de savoir dans le contexte particulier sino-africain, quel est l'impact de l'implantation chinoise dans les domaines miniers et pétroliers sur la concurrence et sur l'emploi local ? Il faut dès lors examiner les mécanismes législatifs mis en place par l'État d'accueil pour protéger l'entreprenariat et l'emploi local déjà très faible.

De même, l'exploitation minière et pétrolière en elle-même étant nocive pour l'environnement, la même question se pose. Comment les partenaires dans l'exploitation de ces ressources entendent-ils laisser l'environnement, dans un état aussi proche que celui où

²³⁷ <http://www.rfi.fr/afrique/20101026-chinois-afrique>

²³⁸ Xiaoyang TANG, « Bulldozer or locomotive? The impact of Chinese Enterprises on the local employment in Angola and RDC », (2010), *Journal of Asian and African studies*, vol. 45: 350.

il était avant le début de l'exploitation ? Quels mécanismes juridiques sont mis en place dans le but de protéger l'environnement ? Quel est le sort des populations vivant autour des zones d'exploitations ou encore des populations expropriées des terres au profit de l'exploitation des ressources ? Ces questions seront examinées au long de ce chapitre.

Section 1 : L'impact social de l'implantation chinoise dans l'industrie pétrolière et minière en Afrique

Sur le plan social, nous avons choisi de nous arrêter sur le sort de l'entrepreneuriat local en matière de sous-traitance, de fourniture de matériel et également sur le sort de l'emploi local qui est déjà très faible.

Paragraphe 1 : La concurrence entre investisseurs chinois et investisseurs nationaux

L'encadrement des rapports entre personnes publiques et partenaires privés est réglementé dans un souci de transparence et de meilleure concurrence dans le but de permettre au service public d'avoir un meilleur rapport qualité-prix. Cependant, l'importance de *l'intuitu personae* justifie l'absence d'implémentation du principe de mise à concurrence.²³⁹ Après la réforme française sur la publicité et la mise à concurrence dans la Loi du 29 janvier 1993, quelques législations africaines ont suivi la tendance sous la pression internationale pour la transparence dans les partenariats public-privés. Il ressort que les procédures de mise à

²³⁹ F. LICHERE, B. MARTOR, « Essor des partenariats public-privé en Afrique: réformes en cours et perspectives d'avenir », (2007), RDAI/IBLJ n.3.

concurrence dans les législations africaines existent mais ne sont pas systématiques.²⁴⁰ Au Cameroun par exemple, la sélection des candidats est basée sur le modèle du dialogue compétitif et sous proposition spontanée comme en Guinée.²⁴¹ Dans le fond, il semble que l'attribution des contrats de partenariat ou de sous-traitance est toujours basée en Afrique sur *l'intuitu personae* entre les parties. Par conséquent, l'entreprise chinoise au détriment des entrepreneurs privés locaux aura généralement le loisir de choisir elle-même ses sous-traitants en matière de fourniture de matériel et d'équipement que ce soit dans la construction ou l'exploitation pétrolière ou minière. Les contrats servant de lois entre les parties consacrent également cette lacune de concurrence avec les fournisseurs et entrepreneurs locaux. En effet, les clauses du contrat sino-congolais par exemple qui veulent que « le groupement d'entreprises chinoises recoure au maximum aux entreprises congolaises pour toutes les fournitures et les prestations qu'elles seront capables de satisfaire »²⁴² (Art. 11.2) est tout de suite neutralisé par l'article 14.1.4 qui lui accorde à la partie chinoise « le loisir de choisir librement et sans préjudice de l'article 11.2 de la Convention » les fournisseurs et les travailleurs...

Paragraphe 2 : L'impact sur l'emploi local

L'emploi local est un enjeu énorme pour la partie africaine. En effet, il va du transfert de technologie à la réduction du taux de chômage dans les pays hôtes des investissements. Les

²⁴⁰ Algérie: Ordonnance du 30 août 2006 fixant les conditions et les modalités de cession des terrains relevant du domaine privé de l'État à la réalisation des projets d'investissement

Cameroun : Loi du 29 décembre 2006 fixant le régime général des contrats de partenariat

Guinée : Loi du 1^{er} juin 1998 autorisant le financement, la construction, l'exploitation, l'entretien et le transfert d'infrastructures de développement par le secteur privé.

²⁴¹ F. LICHERE, B. MARTOR, « Essor des partenariats public-privé en Afrique: réformes en cours et perspectives à venir », (2007), RDAI/IBJL n.3.

²⁴² Convention de collaboration entre le groupement d'entreprises chinoises et le gouvernement de la RDC du 22 avril 2008, Art. 11.2

modèles d'investissements chinois et la migration des communautés chinoises en Afrique ont un grand impact sur le développement économique africain. D'un point de vue général, la main d'œuvre chinoise entre dans les pays africains sous les traités bilatéraux ou les projets de reconstruction nationale en échange des ressources naturelles. Par conséquent, l'emploi local s'en trouve paralysé si ce n'est qu'il en chute.²⁴³

Contrairement à la législation chinoise, les législations africaines en matière d'investissement n'établissent pas de clauses fermes sur l'emploi local en matière d'investissement étranger. En effet, l'Ordonnance de la République Populaire de Chine sur l'exploitation des ressources pétrolières terrestres en coopération sino-étrangère promulguée et entrée en vigueur le 7 octobre 1993 en son article 18 stipule que :

« Les partenaires étrangers doivent, au cours du contrat, utiliser des techniques et des méthodes de gestion avancées, transférer leur expérience tout en se chargeant de la formation du personnel chinois.

Les partenaires étrangers doivent progressivement accroître la proportion de travailleurs chinois employés dans l'exploitation du pétrole»

Il ressort que le transfert de technologie et l'emploi local qui sont interdépendants, sont législativement encadrés par la Chine et la politique d'investissement dans le pays qui la met en œuvre. La priorité d'emploi et de fourniture est accordée au personnel et aux entrepreneurs chinois. L'article 22 de la même ordonnance revient préciser ce point et accorder la priorité d'embauche aux travailleurs locaux ou nationaux.

Sur le sol africain, les législations relatives à l'investissement n'insistent pas particulièrement sur l'emploi local. La Loi mauritanienne 2002-03 portant Code des investissements par exemple, garantit aux investisseurs en son article 3.4 la liberté de déterminer leurs politiques d'embauche. La liberté de détermination de la politique d'embauche par les investisseurs prévaut dans la législation et le contrat sino-congolais en son article 14.1.4. précité.

²⁴³ X. TANG, « Bulldozer or locomotive? The impact of Chinese enterprises on the local employment in Angola and RDC », (2010), *Journal of Asian and African Studies* 45: 350.

La législation angolaise par contre sort du lot dans la loi 11/03 du 13 mai 2003 portant sur le «Basic Law for Private Investment.» En effet, l'article 54 de ladite loi stipule que:

« 1- Partnerships and companies set up for the purposes of private investment are obligated to employ Angolan workers, guaranteeing them the necessary professional training and providing them with wage and social conditions compatible with their qualifications, with any type of discrimination being forbidden

2 - Partnerships and companies set up for purposes of private investment can, within the framework of current legislation, hire qualified foreign workers, but they must however fulfill a rigorous plan for training and/or qualifying national technicians, aimed at progressively filling posts with Angolan workers...»

L'article précité de la loi angolaise est l'un des rares qui pose ainsi la priorité de l'emploi local et aussi la formation du personnel dans la législation.

Cependant, il faut relever que l'article 54 de la Basic Private Investment Law ne précise pas nécessairement quels sont les secteurs visés par la priorité de l'emploi local. L'article précité pourrait aller plus loin en précisant le pourcentage requis de travailleurs locaux dans l'entreprise étrangère et répartir ce pourcentage selon les classes de la chaîne de travail. Ceci éviterait que les nationaux ne se retrouvent tout au bas de l'échelle avec une classe patronale totalement étrangère ou chinoise.

En plus des questions sociales relatives à l'emploi, l'investissement chinois dans l'industrie pétrolière et minière en Afrique soulève inévitablement également la question environnementale.

Section 2 : L'impact environnemental de l'implantation chinoise dans l'industrie pétrolière et minière en Afrique

La notion d'environnement peut être entendue comme un:

«Ensemble des composantes d'un milieu déterminé que la législation de protection désigne a contrario par référence à la commodité du voisinage, à la santé la

sécurité et la salubrité publiques, à l'agriculture et la nature, enfin à la conservation des sites et monuments.»²⁴⁴

Il va sans dire que l'exploitation des ressources naturelles a des répercussions sur l'environnement tel que défini. Les effets de l'industrie pétrolière et minière sur l'environnement sont donc nombreux. L'entreprise extractrice est notamment responsable des émissions d'air, de la gestion de l'eau et de la prévention ou du moins du contrôle de la pollution.²⁴⁵ Dans le contexte sino-africain, nous nous proposons d'examiner la législation relative à la protection de l'environnement dans l'industrie extractive tour à tour en Chine puis en Afrique.

Paragraphe 1 : La protection de l'environnement en Chine

L'Ordonnance de la République de Chine sur l'exploitation des ressources pétrolières terrestres en coopération sino-étrangère du 7 octobre 1993 en son article 23, soumet l'exploitant étranger à se conformer aux lois, règlements et normes étatiques en matière de protection environnementale et de sécurité. Le même article impose la protection des terres agricoles, de l'aquaculture, des forêts, des eaux dans l'exploitation. De même, les techniques et le matériel d'exploitation doivent respecter les normes environnementales. La stratégie chinoise en ce qui concerne le développement économique a dans les années 1980 connu en Chine un grand changement dans la protection de l'environnement.²⁴⁶ En effet, dans les années précédant ce grand changement, les problèmes liés à l'environnement étaient nombreux.²⁴⁷

²⁴⁴ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, Éditions Quadrige, PUF, Association Henri Capitant, 2008, p.365

²⁴⁵ STEFAN T. ORSZULIK, « Environmental technology in the oil industry », (2008,) Springer.

²⁴⁶ Q. GEPING, *Environmental management in China*, United Nations Environment programme, China Environmental Press Beijing 1991, p. 69.

²⁴⁷ Ibid, p. 68.

*« At present, environmental protection work is focused on management. China's environmental problems are serious. Each year, losses attributed to environmental pollution and destruction total several billions US dollars. »*²⁴⁸

Il ressort que la Chine est en pleine gestion d'une crise environnementale et la législation chinoise en matière environnementale le démontre par sa rigidité. La politique *«whoever causes pollution shall be responsible for its elimination»*²⁴⁹ partie du Japon a été mise en place en Chine dans les années 1970. Il s'agit par cette politique d'imposer, une conscience environnementale aux entreprises investissant en Chine et aussi de générer les fonds nécessaires à la restauration de l'environnement.

Il ressort de cette analyse que la Chine est elle-même en train de réparer progressivement les problèmes environnementaux découlant de nombreuses années de désintérêt. Cela étant, la conscience environnementale demeure donc une interrogation lorsque l'industrie chinoise qui y est pour beaucoup dans les problèmes environnementaux en Chine s'implante en Afrique.

Paragraphe 2: La protection de l'environnement en Afrique

La protection environnementale pour ce qui est de l'industrie extractive en Afrique ne connaît pas de suivi rigoureux. Le golfe de Guinée particulièrement est l'hôte de nombreux exploitants pétroliers étrangers. Le rapport du PNUD sur le développement humain dans le delta du Niger de 2006 relevait que :

*«Les compagnies pétrolières (...), opèrent depuis plus de trente ans sans véritable contrôle ni réglementation régissant leurs activités dans le domaine de l'environnement.»*²⁵⁰

²⁴⁸ Ibid, p. 35.

²⁴⁹ Ibid, p. 82.

²⁵⁰ PNUD, « Rapport du PNUD sur le développement humain dans le delta du Niger », (2006).

Détruisant ainsi la faune et la flore environnante et par conséquent les activités de pêche et d'agriculture des populations environnantes et mettant leur santé en péril.²⁵¹

Les relations entre la Chine et les pays africains ne mettent pas particulièrement la protection environnementale au premier plan. Au Nigéria par exemple, l'entreprise chinoise Wempco accusée de polluer les eaux par les ONG sur place, les dirigeants de ladite entreprise se servaient des forces de police pour réprimer les manifestations.²⁵²

Le laxisme dans la pratique traduit une inadéquation de la législation mise en place pour la protection de l'environnement et des contrats signés. En effet, les contrats mauritaniens et congolais par exemple ne parlent que de «*prendre toutes les mesures nécessaires à la protection de l'environnement.*» Le contrat mauritanien en son article 6.4. oblige le cocontractant à s'assurer du bon état des installations et du matériel, à éviter les pertes et rejets et à restaurer les sites des Opérations pétrolières. En somme, les formulations telles que «*prendre toutes mesures nécessaires*» ou encore «*les meilleures pratiques environnementales*» qui sont usitées dans les contrats signés entre la Chine et l'Afrique sont très larges et peuvent signifier beaucoup de choses et rien du tout en même temps surtout lorsqu'il s'agit de leur mise en œuvre.

En matière législative, les Codes pétroliers et miniers organisent des obligations environnementales dans l'exploitation minière.

Le décret n. 038/2003 du 26 mars 2003 portant Règlement minier de la République Démocratique du Congo prévoit en son titre 18 organise les obligations environnementales à travers des plans environnementaux et des plans d'ajustement environnementaux. Ledit décret prévoit des études d'impact environnementales ainsi qu'un plan d'atténuation et de réhabilitation environnementale à la charge du cocontractant.²⁵³ L'article 450 du même règlement prévoit les études d'impact environnementales. Le contrat sino-congolais soumis

²⁵¹ AMNESTY INTERNATIONAL, « Pétrole, pauvreté et pollution dans le delta du Niger », (2009).

²⁵² NDUBISI O., « Who's afraid of China in Africa? Towards an African civil society perspective » in China-Africa relations in *African Perspectives on China in Africa*, Nairobi, Pambazuka, 2007, p. 48.

²⁵³ Décret n. 038/2003 du 26 mars portant règlement minier de la République Démocratique du Congo, Art. 437.

au droit minier congolais devrait normalement respecter ces exigences mais le contrat n'y fait pas de références particulières.

Le décret d'application du Code pétrolier du Cameroun par contre renvoie la gestion environnementale dans l'exploitation pétrolière aux «*normes et pratiques généralement admises dans l'industrie pétrolière internationale*» en son article 61. De même, les études d'impact environnemental doivent être réalisées par le cocontractant et contenir des propositions de mesures et de directives à suivre pour minimiser les dommages environnementaux.²⁵⁴

Dans une optique d'actualisation, une clause d'évaluation environnementale stratégique reconnue pour favoriser la mise en œuvre du développement durable, de même qu'une police d'assurance dans le but de restaurer l'environnement pourrait contribuer à une meilleure gestion environnementale. De même, l'exigence d'un Code de conduite pour les entreprises chinoises œuvrant en Afrique et d'un fonds de protection de l'environnement mis en place par les cocontractants devrait également y contribuer. Enfin, pour éviter ou tout au moins limiter les écarts de la pratique dans les investissements chinois en Afrique dans le domaine des ressources naturelles, nous ne pourrions négliger l'apport et le rôle de la société civile.

Chapitre 3 : Le rôle de la société civile

La société civile occupe une place de plus en plus grandissante dans le monde actuel, on parle de société civile «globale», «internationale» ou encore «africaine», «chinoise». La société civile est traduite du latin «*societatis Civilis*». À la base, elle revêt une connotation politique.²⁵⁵ La définition de la société civile a mué avec le temps et fait toujours l'objet de

²⁵⁴ Décret n. 2000/465 Décret d'application du Code pétrolier de la République du Cameroun du 30 juin 2000, Art 67 à 72.

²⁵⁵ Adélie. POMADE, *La société civile et le droit de l'environnement contribution à la réflexion sur les théories des sources du droit et de la validité*, Paris, Éditions Lextenso, L.G.D.J. 2010, p. 4.

controverses doctrinales. Nous retiendrons donc la définition du Vocabulaire juridique de Gérard Cornu qui entend la société civile comme une :

*«Espèce de société soumise à un statut légal particulier et à toutes les règles non contraires du droit commun des sociétés que la loi, par opposition notamment aux sociétés commerciales, définit comme un genre résiduel, en reconnaissant un caractère civil à toutes les sociétés auxquelles une disposition légale n'attribue pas un autre caractère à raison de leur forme, de leur nature ou de leur objet.»*²⁵⁶

Le terme société civile désigne à la fois *«une réalité sociale et un mythe politique puissamment mobilisateur.»*²⁵⁷ La société civile a au moins deux éléments constitutifs : l'association de citoyens pour la défense d'intérêts collectifs publics et d'un point de vue économique, les entreprises privées.²⁵⁸ La société civile contribue au fonctionnement des organisations étatiques et intergouvernementales.²⁵⁹ Cependant, sans statut juridique bien défini, les Organisations Non Gouvernementales (ONG) sont des observateurs et agissent en fait en restant incapables en droit.²⁶⁰

Il faut néanmoins reconnaître la grande contribution de la société civile au droit international. En effet, l'élaboration et l'évolution du droit international a souvent émané d'individus tels que Henry Dunant pour le droit international humanitaire. De plus en plus la société civile incarnée par les ONG se sert de moyens d'influence pour également jouer ce rôle.²⁶¹ La capacité d'intervention de la société civile ainsi que son statut consultatif reconnu par certaines institutions internationales lui permettent d'influencer le droit international. Il ressort par conséquent que

²⁵⁶ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, Éditions Quadrige, PUF, Association Henri Capitant, 2005, p. 870.

²⁵⁷ Habib GHERERI, Sandra SZUREK, *L'émergence de la société civile internationale vers la privatisation du droit international ? Cahiers internationaux n. 18*, Paris, Éditions Pedone, Cedin Paris X, 2003, p. 5.

²⁵⁸ Ibid, p. 10.

²⁵⁹ Ibid, p.15.

²⁶⁰ Ibid, p. 17.

²⁶¹ H. GHERARI, S. SZUREK, *L'émergence de la société civile internationale, vers la privatisation du droit international ? Cahiers internationaux n. 18*, Paris, Éditions Pedone, Cedin Paris X, 2003, p. 55.

«L'État n'est plus le seul à avoir un pouvoir d'initiative, de proposition ou de décision.»²⁶²

Dès lors, dans le contexte sino-africain, la société civile peut-elle se poser en régulateur des relations économiques et sociales entre la Chine et les pays africains ? Au regard de la relation grandissante entre les deux protagonistes, la société civile peut-elle par le pouvoir qu'elle possède intervenir pour limiter les inégalités ou encore les abus économiques, sociaux ou encore environnementaux découlant de cette relation ? En effet, il nous semble important de porter une analyse sur le regard et le rôle de la société civile dans le contexte sino-africain. Nous analyserons donc tour à tour la société civile en tant que nouvel acteur des relations internationales ainsi que son rôle dans la protection de l'environnement en ce qui est de sa contribution au droit international. Dans une seconde articulation, il s'agira de se pencher sur la société civile en Chine ce qui nous permettra de mieux appréhender la collaboration entre la partie chinoise et la société civile dans son implantation en Afrique.

Section 1 : Société civile, actrice des relations internationales et de la protection de l'environnement

La société civile s'est progressivement imposée comme une actrice du droit international. Elle s'élève non seulement comme observatrice, dénonciatrice mais aussi comme contributrice au droit international et gardienne de sa mise en œuvre. Dans le cas particulier du droit de l'environnement, la société civile contribue grandement dans la création des sources de ce droit jeune comme nous le verrons dans le second paragraphe de cette section.

Paragraphe 1 : La société civile : nouvelle actrice des relations internationales

²⁶² Ibid, p. 70.

« ...Reconnues comme observatrices, les composantes de la société civile internationale manifestent ainsi, parfois de façon brouillonne sinon toujours violente, une aspiration à chasser la diplomatie du boudoir pour la faire descendre dans la rue. Les affaires du monde sont aussi celles des peuples qui la composent et qui l'animent. Ce n'est plus tant, ici, l'égalité des conditions que l'interdépendance et la communauté de destin qui incitent à défendre, d'un bout à l'autre de la planète, la protection de son climat, celle de ses valeurs que partagent les civilisations qui la peuplent ou le maintien de ses diversités, biologiques ou culturelles.»²⁶³

La société civile, à côté des acteurs internationaux traditionnels s'est élevée comme la voix des populations pour agir dans la protection des droits et valeurs partagés. La mentalité souverainiste de l'État, précédemment acteur principal des relations internationales, se heurte désormais aux aspirations de la société civile. Cependant, la société civile reste ambiguë car elle est certes actrice mais pas sujette du droit international. La société civile ne dispose pas de statut juridique défini : «*Les ONG agissent en fait mais pas en droit*».²⁶⁴ Il ressort que :

« *ni les États jaloux de leurs prérogatives, ni les organisations elles-mêmes, rattachées à leur liberté d'action, ne cherchent forcément à clarifier trop rigoureusement leur situation juridique.*»²⁶⁵

La présence d'acteurs privés dans la vie internationale soulève néanmoins la question du statut desdits acteurs. L'ONG est rattachée à un droit national ce qui lui confère une personnalité juridique. Elle dispose donc de l'aptitude à être sujette de droit.²⁶⁶

²⁶³ H. GHERARI, S. SZUREK (Dir.), *L'émergence de la société civile internationale, vers la privatisation du droit international?* Cahiers Internationaux n. 18, Paris, Éditions Pedone, Cedin Paris X, 2003, p. 6.

²⁶⁴ Ibid, p. 17.

²⁶⁵ Ibid, p. 17.

²⁶⁶ S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER (Dir.) *Lexique des termes juridiques*, 4e édition, Paris, Dalloz 2003. p.430

Le concept de société civile contribue au droit international car elle est investie d'une fonction «prescriptive», «elle constituerait un remède à un ensemble de dysfonctionnements actuels de la vie internationale»²⁶⁷

La société civile dispose de moyens d'influence tels que le statut consultatif qui lui est reconnu. De plus, la société civile a le pouvoir d'influencer tous les modes de formation du droit international. Il peut s'agir des «*tiers droits* » ou des textes «*déclaratoires*»²⁶⁸ tels que la Déclaration d'Helsinki de 1964 où le rôle de l'Association Médicale Mondiale avait été souligné.²⁶⁹

La société civile, au-delà de son rôle dans la création du droit est un pilier en ce qui concerne la mise en œuvre du droit établi. Les acteurs non étatiques sont de plus en plus actifs dans l'élaboration et dans les négociations de conventions internationales telles que l'accord instituant l'OMC de 1995. La société civile prend donc de plus en plus également une place dans les affaires, le commerce, l'économie mondiale.

Il ressort donc en général que la société civile se pose en actrice indéniable du droit international, de l'économie mondiale. Aussi, la société civile devient gardienne de la mise en œuvre des nouveaux droits sociaux et environnementaux globaux.

Paragraphe 2 : Société civile et droit de l'environnement

Le droit international de l'environnement est un droit jeune²⁷⁰ encadré par une forte présence de la société civile. Il part de l'existence d'un «G8 vert» constitué des huit ONG

²⁶⁷ H. GHERARI, S. SZUREK, préc., p. 52

²⁶⁸ Ibid, p. 58.

²⁶⁹ Ibid, p. 59.

²⁷⁰ Adélie POMADE, *La société civile et le droit de l'environnement, contribution à la réflexion sur les théories des sources du droit et de la validité*, Paris, Éditions Lextenso, LGDJ, 2010, p. 17.

les plus influentes en Europe²⁷¹ aux associations de conservation de la nature, de consommateurs et de paysans. En droit de l'environnement, la société civile revêt une importance capitale en ce qui concerne le processus d'élaboration du droit de l'environnement et de l'application dudit droit. Le processus de participation, d'élaboration et même de contrôle de la mise en œuvre du droit de l'environnement commence par l'accès à l'information. «Le droit d'accès à l'information est un droit préalable et obligatoire.»²⁷² La directive européenne du 28 janvier 2003²⁷³ rappelle le droit d'accès à l'information de la société civile en matière environnementale tout comme la Déclaration de Rio de 1992²⁷⁴ sur l'environnement et le développement.²⁷⁵ L'accès à l'information est le préalable pour la mise en place du droit de l'environnement et sa mise en œuvre.

La société civile peut à ce moment apporter sa contribution pour ce qui est de la participation dans la prise de décisions dans l'élaboration du droit de l'environnement. La contribution de la société civile dans l'élaboration du droit de l'environnement passe par le dialogue, la concertation ou par la consultation²⁷⁶ Dans l'un et dans l'autre cas, la finalité de la société civile est de parvenir à inciter la prise de mesures protectrices de l'environnement.

La société civile se fait aussi défenderesse de la mise en œuvre des normes environnementales. Certaines législations, telles que la législation française en son Code de l'environnement article L. 142-1, prévoient un recours de la société civile devant les juges administratifs lorsqu'une décision porte atteinte au droit de l'environnement.²⁷⁷ L'action de

²⁷¹ H. GHERARI, S. SZUREK, *L'émergence de la société civile internationale, vers la privatisation du droit international ?* Cahiers internationaux n. 18, Paris, Éditions Pedone, Cedin Paris X 2003, p. 311.

²⁷² A. POMADE, *La société civile et le droit de l'environnement, contribution à la réflexion sur les théories des sources du droit et de la validité*, Paris, Éditions Lextenso, LGDJ 2010, p. 137.

²⁷³ Directive n. 2003/04 du parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2003, JOCE du 14 février 2003.

²⁷⁴ Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, 13 août 1992, principe 10.

²⁷⁵ A. POMADE, préc., note 216 p. 137.

²⁷⁶ Ibid, p. 149.

²⁷⁷ Ibid, p. 171.

la société civile en matière de contribution à l'application du droit de l'environnement peut également se faire de façon plus violente avec des manifestations par exemple.

Il ressort de tout ce qui précède que la société civile à l'heure actuelle contribue inévitablement au droit international et particulièrement à la croissance du droit de l'environnement. Cela étant, il faut noter que l'action de la société civile se fait également soit en collaboration, soit de façon conflictuelle avec l'État dans lequel elle exerce son rôle.

Section 2 : Le contexte de la société civile en Chine et en Afrique

La société civile a progressivement rejoint l'État sur la scène internationale. L'initiative législative et de mise en œuvre de cette législation, n'émane plus uniquement comme nous l'avons vu de l'État. Cependant, le statut juridique de la société civile reste ambigu et les ONG sont rattachées au droit national. De plus la société civile agit dans les frontières étatiques de différent pays. Il convient dès lors d'examiner le climat entre ONG, État et multinationales dans les deux contextes de notre étude : la Chine et l'Afrique.

Paragraphe 1 : La société civile en Chine

La société civile chinoise et particulièrement les ONG avec le gouvernement chinois entretiennent une relation de dépendance.²⁷⁸

*« Many Chinese NGOs enjoy a great deal of autonomy but remain heavily dependent on the state for their survival, legitimacy and operation. »*²⁷⁹

La société civile chinoise reste controversée en ce qui concerne sa capacité d'action en raison de sa dépendance à l'État. Les rôles de prise de décision, de contribution à

²⁷⁸ Yiyi LU, *Non-governmental organisations in China*, Editions Routledge, Taylor & Francis group, 2009, p. 48.

²⁷⁹ Ibid, p. 48.

l'élaboration du droit et de mise en œuvre dudit droit se trouvent compromis. Cependant, Xiao Yuhua croit en l'ouverture progressive de la société civile en Chine car :

*« The Chinese government is beginning to realise and acknowledge their relevance in promoting good governance, social welfare, environmental protection and various social services, As the government cannot meet all the needs for all its people, especially in time of natural disasters and in the field of social services, the Chinese leadership has become more tolerant of sectors outside the government, allowing more space for the activities of civil society. »*²⁸⁰

Il ressort que la nécessité des ONG en Chine dans les domaines environnementaux et sociaux, contribue de plus en plus avec les années à libéraliser l'action non-gouvernementale en Chine.

Cependant, il faut noter que la législation chinoise concernant les ONG pose quelques limites à son action. Par exemple, le gouvernement chinois ne permet pas aux ONG de questionner ses décisions et d'établir des branches régionales de l'ONG.²⁸¹ En outre, la représentation légale des ONG est limitée à une ONG par avocat. Ces clauses ont pour effet de limiter l'expansion nationale des ONG.²⁸² En somme, le gouvernement chinois garde de près ou de loin un contrôle ferme sur la société civile agissant sur son territoire.

Donc, la question demeure de savoir comment les entreprises et l'État chinois exerçant en Afrique vont pouvoir collaborer avec la société civile africaine et internationale sur le sol africain quand la société civile chinoise est minutieusement contrôlée par l'État chinois ?

Paragraphe 2 : La société civile dans le contexte Chine-Afrique

²⁸⁰ A. HARNEIT-SIEVERS, S. MARKS, S. NAIDU, *Chinese and African perspectives on China in Africa*, préc., p. 214

²⁸¹ Y. LU, préc., p.109.

²⁸² Ibid, p.109.

L'énorme potentiel de la société civile ayant été démontré plus haut, la question qui demeure est celle de savoir quel est le rôle de la société civile dans les relations économiques et énergétiques sino-africaines. La société civile viendra-t-elle pallier aux manquements contractuels et politiques et assurer le respect et la protection des droits humains et environnementaux dans le cadre des relations entre les cocontractants ?

À la base, l'intérêt de la société civile et l'exploration de la relation Chine-Afrique par cette dernière promet tout au moins que les organisations de la société civile vont travailler dans le cadre de cette relation. Il s'agit d'un travail qui sera soit en collaboration, soit conflictuel avec l'État d'accueil africain, les multinationales et l'État chinois quand on sait que les États africains et chinois demeurent jaloux de leur souveraineté.

L'Union africaine (UA) et son programme économique NEPAD (New Partnership for Africa's Development) appréhendent la coopération bilatérale et multilatérale entre la Chine et les pays africains sous l'œil de la contribution au développement durable africain.²⁸³ Il s'agit d'une opportunité pour l'industrialisation de l'Afrique, le développement infrastructurel et l'acquisition de technologies modernes industrielles pour l'Afrique entre partenaires égaux.²⁸⁴ Cependant, l'UA reconnaît la nécessité de revoir les intérêts africains dans la signature des traités bilatéraux et des contrats avec la Chine.²⁸⁵ Dans cette optique, une option serait d'inviter à la table de négociation de contrats entre les deux protagonistes des représentants de la société civile.

La protection de l'environnement est également une préoccupation de l'UA en ce qui concerne les relations sino-africaines.²⁸⁶ C'est dans cet ordre de choses que le Global Environmental Institute (GEI), une ONG chinoise s'attelle à réduire l'impact

²⁸³ Francis IKOME, «The role and place of African Union in the emerging China-Africa partnership » in, A. HARNEIT- SIEVERS, S. MARKS, S. NAIDU (Ed.), *Chinese and African perspectives on China in Africa*, Nairobi, Éditions Pambazuka Press 2010 p. 203.

²⁸⁴ Ibid, p. 204.

²⁸⁵ Ibid, p. 206.

²⁸⁶ Ibid, p. 207.

environnemental des multinationales chinoises.²⁸⁷ Le GEI contribue à la responsabilité sociale des entreprises chinoises et à la collaboration avec les ONG locales et internationales.²⁸⁸

Cependant, les relations entre la société civile africaine et l'État ou les entreprises chinoises sont moins harmonieuses qu'avec les ONG chinoises qui sont, comme vu ci-dessus, en collaboration étroite avec l'État. La stratégie de travail à adopter serait donc un dialogue entre les différents protagonistes et aussi la diffusion et le partage de l'information avec la société civile locale et internationale dans le but d'agir pour la protection des intérêts communs.

Sous cet angle, la conférence «China-African» civil society dialogue» d'avril 2008 à Nairobi a ouvert une initiative de collaboration de la société civile dans le contexte relationnel sino-africain qui demeure à approfondir.

L'ordre juridique naissant pour l'encadrement de la relation particulière entre Chine-Afrique donnerait idéalement une reconnaissance à la société civile comme acteur du commerce international et donc une plus grande marge de manœuvre pour ce qui est de la dénonciation et de la lutte contre les abus de la pratique.

²⁸⁷ Zhi YINBIAO, Bai JIE, «The Global Environmental Institute: regulating the ecological impact of Chinese overseas enterprises,» in A. HEIRNEIT-SIEVERS, S. MARKS, S. NAIDU, (Ed), *Chinese and African perspectives on China in Africa*, Nairobi, Éditions Pambazuka Press, 2010, p. 247.

²⁸⁸ Ibid, p. 248.

Conclusion générale

L'accroissement des relations entre la Chine et l'Afrique dans les domaines sociaux, économiques et politiques suscite de nombreuses inquiétudes d'intérêt international. La question la plus poignante est celle de savoir si la Chine n'est qu'un nouveau inscrit sur la liste des pilleurs du continent africain ou alors s'agit-il d'un nouvel axe de coopération entre pays dits du «Sud» où chacun ressort gagnant?

C'est cette question qui a motivé notre recherche sur le cadre juridique des investissements pétroliers et miniers chinois sur le continent africain. La possibilité d'un échange équitable entre ces partenaires économiques sera possible si l'on arrive à construire un ordre juridique transnational adapté à cette relation économiquement importante.

En effet, le domaine des ressources naturelles est l'objet d'investissements importants dans la coopération sino-africaine. Il s'agissait pour nous, tout au long de cette étude, d'examiner juridiquement l'encadrement des investissements dans les domaines miniers et pétroliers chinois en Afrique pour amorcer l'émergence d'un ordre juridique sino-africain. La *lex mercatoria* se nourrissant des pratiques législatives et contractuelles existantes et des améliorations nées des lacunes de la pratique, il était important de faire l'analyse critique du cadre actuel des investissements miniers et pétroliers chinois en Afrique.

Chronologiquement, nous avons examiné tout à tour l'encadrement juridique et le contenu des contrats sino-africains dans les domaines miniers et pétroliers et les conséquences de ces investissements dans les domaines économiques, sociaux et environnementaux.

Il est ressorti de cette analyse en sa première partie, que les fonds souverains chinois investis en Afrique par le biais des entreprises d'extractions de ressources naturelles et de construction, restent sous le contrôle public du gouvernement bien qu'ayant une personnalité juridique distincte de celle du gouvernement d'où l'inquiétude générale quand à son implication politique. Cependant, cette inquiétude n'empêche pas les fonds souverains chinois d'investir dans tous les domaines en Afrique et dans le monde entier. Toujours dans la première partie, nous avons examiné le cadre contractuel des investissements miniers et pétroliers chinois en Afrique. Il en est ressorti que les figures usuelles dans les investissements chinois en Afrique sont les joint-ventures et les contrats de partage de production. Au regard de la législation et de la pratique de ces deux figures

contractuelles dans les contextes chinois et africains, le constat était que les mêmes figures dans le contexte chinois étaient organisées de façon plus adéquate pour le développement de l'industrie extractive locale. Dans le contexte africain par contre, une mise à jour de la législation et des modèles de contrats proposés pour la négociation serait nécessaire pour que les investissements étrangers dans le domaine soient pour les pays hôtes, une collaboration en vue du développement de l'industrie locale et non pas une simple vente des sites de ressources naturelles aux investisseurs chinois. Le point majeur devrait dès lors être mis sur l'organisation et le suivi du transfert de technologie de la partie chinoise à la partie africaine.

Nous avons également examiné les clauses relatives à la loi applicable et au règlement des différends. Dans le contexte chinois ou africain, la loi applicable se révèle toujours être la loi nationale du pays d'accueil. La conséquence du choix de la loi nationale comme loi applicable au contrat est l'extension de cette loi aux contrats d'exécution. Cette tendance linéaire dans les relations contractuelles entre la Chine et l'Afrique nous permet de nous interroger sur le développement d'une loi du marché sino-africaine. En outre, l'examen de la clause de règlement des différends dans les contextes chinois et africains nous a permis de constater que contrairement aux pays africains qui donnent compétence au CIRDI pour connaître des différends résultants des contrats dans l'industrie pétrolière et minière entre la Chine et lesdits pays africains, l'arbitrage en Chine est soumis aux centres d'arbitrages chinois. Nous nous sommes dès lors interrogés sur la compétence de la CCJA de l'OHADA. Dans la mesure où les pays africains membres de l'OHADA ont tous adhéré au droit des affaires OHADA, la CCJA serait donc apte à interpréter l'application du droit choisi dans les contrats.

La seconde partie de notre travail quand à elle a consisté, à analyser les mécanismes mis en place pour favoriser les investissements chinois en Afrique et leurs conséquences sur l'économie locale africaine et également les conséquences de ces investissements dans les domaines sociaux et environnementaux. Le premier titre, nous a permis d'étudier la corruption et la transparence dans le contexte pétrolier et minier africain. Dans le contexte de la signature des contrats dans l'industrie extractive avec les pays du Sud, les problèmes

liés à la transparence et à la corruption dans le processus de négociation et de suivi des opérations expliquent en partie l'énorme fossé qui existe entre l'abondance des ressources naturelles de ces pays et le niveau de vie très faible de sa population. Pour pallier à ce problème, de nombreux instruments légaux ont été mis en place pour promouvoir la transparence de l'industrie extractive africaine qui nécessite justement la collaboration des investisseurs chinois dans ledit domaine pour entrevoir un succès. En outre, il était clair que la politique de non-ingérence dans la politique du pays hôte des investissements était un atout clé des négociateurs chinois avec les dirigeants africains.

Nous avons également constaté dans un second titre que les avantages fiscaux et douaniers accordés à la partie chinoise et les traités bilatéraux signés entre la Chine et de nombreux pays africains favorisaient l'accroissement de l'implantation industrielle chinoise en Afrique. Cependant, pour la partie africaine cocontractante, l'absence de transfert de technologie que ce soit dans l'industrie extractrice ou dans l'industrie de construction et de grands travaux constitue un handicap pour le développement économique et social.

Les conséquences sur le plan social consistaient également en l'inadéquation de la législation des pays d'accueil, ainsi que des contrats concernant la protection, la promotion de la sous-traitance et l'emploi local. Enfin, sur le plan environnemental, nous avons constaté après examen de protection de l'environnement en Chine que cette dernière est encore en train de se relever d'une crise environnementale liée au développement technique et industriel. Dès lors la question que l'on se pose est celle de savoir si le même sort est réservé aux cocontractants africains de la Chine.

Il ressort en somme que la législation africaine, de même que les contrats signés dans les domaines des ressources naturelles, pour que le continent évite de se retrouver dans une situation de pillage, devraient s'adapter à ses besoins économiques, sociaux et environnementaux. De même, la société civile aujourd'hui actrice des relations internationales, a un rôle majeur à jouer dans la médiation et la régulation de cette relation grandissante.

Au final, la question des relations Chine-Afrique remet en question le mimétisme juridique africain sur le droit occidental ou l'orientation culturelle du droit africain. Le continent

africain, colonisé et ayant hérité du droit de l'ancien colonisateur, ne devrait-il pas réorienter sa culture juridique? Au regard de l'évolution économique chinoise bien soutenue par une législation adaptée culturellement aux besoins chinois, le droit africain ne devrait-il pas être repensé au regard de la réalité culturelle, économique et sociale du continent? De même, l'émergence de la société civile, dans les relations internationales et particulièrement la grande tâche qui lui est confiée dans les relations sino-africaines, sonne-t-elle le moment de trouver un équilibre tripartite entre les États, les organisations internationales et la société civile? Toujours dans une perspective d'enrichissement de la *lex mercatoria* sino-africaine en chantier, pour l'une et l'autre interrogation, un examen juridique serait adéquat.

Bibliographie

I. LEGISLATIONS ET REGLEMENTATIONS

A. ALGERIE

Accord entre le gouvernement de la République algérienne démocratique et populaire et le gouvernement de la République Populaire de Chine relatif à l'encouragement de la protection réciproque des investissements, signé à Pékin, le 20 octobre 1996.

Le Code pénal de la République Algérienne Démocratique et Populaire, Ministère de la Justice, 4^e édition, Dépôt légal 3388-2004. Isbm 9961-41-045-9.

Loi n. 05-07 du 19 Rabie El Aouel 1426 correspondant au 28 avril 2005 relative aux hydrocarbures. Disponible sur http://www.droit-afrique.com/images/textes/Algerie/Algerie_Loi_hydroarbures_2005.pdf

Ordonnance n. 06-10 du 3 Rajab 1427 de la République algérienne, correspondant au 29 juillet 2006 modifiant et complétant la loi n. 05-07 du 19 Rabie El Aouel 1426 correspondant au 28 avril 2005 relative aux hydrocarbures. Disponible sur <http://www.droit-afrique.com/images/textes/Algerie/Algerie%20-%20Modifications%20code%20hydrocarbures.pdf>

Ordonnance du 30 août 2006 fixant les conditions et les modalités de cession des terrains relevant du domaine privé de l'État à la réalisation des projets d'investissement.

Règlement de la Banque d'Algérie n. 05-03 du 6 juin 2005. Disponible sur <http://www.droit-afrique.com/images/textes/Algerie/Banque/Algerie%20-%20R.2005-03%20investissements%20etrangers.pdf>

B. ANGOLA

Law 11/03 of May 2003, Basic law of private investment

C. BOTSWANA

Agreement between the government of the Republic of Botswana and the government of the people's Republic of China on promotion and protection of investments, signé le 12 juin 2000.

D. CAMEROUN

Accord entre le gouvernement de la République du Cameroun et le gouvernement de la République de Chine pour la promotion et la protection des investissements, fait à Yaoundé, le 10 mai 1997

Charte des investissements du Cameroun, Loi n. 002 du 19 avril 2002. Disponible sur <http://www.droit-afrique.com/images/textes/Cameroun/Cameroun%20-%20Charte%20des%20investissements.pdf>

Loi n° 92-007 du 14 août 1992 portant Code de travail de la République du Cameroun. Disponible sur <http://www.droit-afrique.com/images/textes/Cameroun/Cameroun%20-%20Code%20du%20travail.pdf>

Loi n. 99-013 du 22 décembre 1999 portant Code pétrolier. Disponible sur <http://www.droit-afrique.com/images/textes/Cameroun/Cameroun%20-%20Code%20petrolier.pdf>

Décret n. 2000/465 du 30 juin 2000 portant décret d'application du Code pétrolier. Disponible sur <http://www.droit-afrique.com/images/textes/Cameroun/Cameroun%20-%20Code%20petrolier%20decret%20application.pdf>

Loi n. 001-2001 du 16 avril 2001 portant Code minier. Disponible sur <http://www.droit-afrique.com/images/textes/Cameroun/Cameroun%20-%20Code%20minier.pdf>

Loi n. 2002/013 du 30 décembre 2002 portant Code gazier. Disponible sur <http://www.droit-afrique.com/images/textes/Cameroun/Cameroun%20-%20Code%20gazier.pdf>

Loi n° 96/12 du 5 août 1996 portant loi-cadre relative à la gestion de l'environnement, publiée le 05 août 1996 à Yaoundé. Disponible sur <http://www.droit-afrique.com/images/textes/Cameroun/Cameroun%20-%20Loi%20Environnement.pdf>

Cameroun : Loi du 29 décembre 2006 fixant le régime général des contrats de partenariat

E. CHINE

Agreement between the government of the People's Republic of China and the government of the Republic of Djibouti on the promotion and protection of investments, signed at Beijing, august 18, 2003

Agreement between the government of the people's republic of China and the government of the republic of Ghana concerning the encouragement and reciprocal protection of investments, 12 October 12, 1989

Agreement between the Arab Republic of Egypt and the government of the People's Republic of China concerning the encouragement and reciprocal protection of investment signed in Beijing on April 21, 1994

Agreement between the People's Republic of China and the government of the Republic of Côte d'Ivoire on the promotion and protection of investments

Code Pénal chinois entré en vigueur le 1^{er} octobre 1997 révisé le 28 février 2009.

Code de procédure civile chinois de 1990

Law of the People's Republic of China on Chinese-foreign Contractual joint-ventures, promulguée le 13 avril 1988 et entrée en vigueur le même jour

Implementing rules of the Law of the People's Republic of China on Chinese-foreign Contractual joint-ventures promulguée le 4 septembre 1995 et entrée en vigueur le même jour

Law of the People's Republic of China on Chinese-foreign Equity joint-venture adopted on July 1, 1979, revised on the second time on March 15, 2001.

Law of the People's Republic of China on Wholly Foreign-Owned enterprises, adopted on April 12, 1986 revised on October 31, 2000

Loi de la République Populaire de Chine sur les entreprises mixtes à capitaux chinois et étrangers du 1^{er} juillet 1979 révisée le 4 avril 1990 et révisé pour la seconde fois le 15 mars 2001

Ordonnance d'application de la Loi de la République Populaire de Chine sur les entreprises mixtes à capitaux chinois et étrangers du 20 décembre 1983

Ordonnance de la République Populaire de Chine sur l'exploitation des ressources pétrolières terrestres en coopération sino-étrangère, promulguée par le Conseil des affaires de l'État le 7 octobre 1993

Ordonnance de la République Populaire de Chine relative à l'importation de technologie du 24 mai 1985

Ordonnance de la République Populaire de Chine sur l'exploitation des ressources pétrolières terrestres en coopération sino-étrangère du 7 octobre 1993

Ordonnance de la République Populaire de Chine relative à l'importation de technologie adoptée et promulguée le 24 mai 1985.

Loi de la République Populaire de Chine sur les sociétés adoptée le 29 décembre 1993 et entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1994

Ordonnance de la République populaire de Chine relative à l'arbitrage des contrats économiques, promulguée le 22 août 1983 et rentrée en vigueur le même jour

Règlement d'arbitrage de la Commission chinoise d'arbitrage commercial international révisée et adoptée le 17 mars 1994

Règlement d'arbitrage de la Commission chinoise d'arbitrage commercial international, révisé et adopté le 4 septembre 1995

Règlement de Conseil des affaires de l'État pour encourager les investissements étrangers du 11 octobre 1986; Système de comptabilité des entreprises à capitaux étrangers de la RPC du 1er juillet 1997; Règles relatives aux pouvoirs et à la procédure de sanction des entreprises à capitaux étrangers qui enfreignent la réglementation en matière d'enregistrement du 1er février 1989 ; principes relatifs à la vérification des contrats et statuts des entreprises à participation étrangère...

F. ETHIOPIA

Agreement between the government of the federal democratic republic of Ethiopia and the government of the people's republic of China concerning the encouragement and reciprocal protection of investments, 1998

G. MAURITANIE

Contrat-type de partage de production d'hydrocarbures de la République islamique de Mauritanie, signé à Nouakchott, 1994. Disponible sur <http://www.droit-afrique.com/images/textes/Mauritanie/Mauritanie%20-%20Modele%20de%20CPP%201994.pdf>

Loi 2002-03 portant Code des investissements de la République islamique de Mauritanie, publiée à Nouakchott, le 16 mai 2002. Disponible sur <http://www.droit-afrique.com/images/textes/Mauritanie/Mauritanie%20-%20Code%20investissements.pdf>

Loi n° 2004-029 du 15 juillet 2004 de la République islamique de Mauritanie portant régime fiscal simplifié des contractants pétroliers. Disponible sur <http://www.droit-afrique.com/images/textes/Mauritanie/Mauritanie%20-%20Regime%20fiscal%20STP.pdf>

Loi n° 63. 023 du 23 janvier 1963 de la République islamique de Mauritanie portant institution d'un Code de travail, publiée à Nouakchott, le 23 janvier 1963. Disponible sur

<http://www.droit-afrique.com/images/textes/Mauritanie/Mauritanie%20-%20Code%20Travail.pdf>

Loi réglementant les activités aval du secteur des hydrocarbures de la République islamique de Mauritanie, Ordonnance n. 2002-005 du 28 mars 2002.

Ordonnance n. 88.151 relative au régime juridique et fiscal de la recherche et de l'exploitation des hydrocarbures de la République islamique de Mauritanie, publiée à Nouakchott, le 13 novembre 1988.

H. REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO

Code des investissements de la République Démocratique du Congo, Loi n. 004 du 21 février 2002. Disponible sur <http://www.droit-afrique.com/images/textes/RDC/RDC%20-%20Code%20des%20investissements.pdf>

Code pénal de la République Démocratique du Congo, Décret du 30 janvier 1940, mis à jour au 30 novembre 2004. Disponible sur <http://www.droit-afrique.com/images/textes/RDC/RDC%20-%20Code%20penal%20MAJ%202004.pdf>

Protocole d'Accord entre la République Démocratique du Congo et le groupement d'entreprises chinoises, signé à Kinshasa, le 17 Septembre 2007 et entré en vigueur à la date de sa signature.

Convention de collaboration entre la République Démocratique du Congo et le groupement d'entreprises chinoises relative au développement d'un projet minier et d'un projet d'infrastructures en République Démocratique du Congo, signé le 22 avril 2008, entrée en vigueur à la date de sa signature.

Loi n° 015/2002 du 16 octobre 2002 portant Code de travail de la République Démocratique du Congo, promulguée à Kinshasa, le 16 octobre 2002. Disponible sur <http://www.droit-afrique.com/images/textes/RDC/RDC%20-%20Code%20du%20travail%202002.pdf>

Loi n. 007/2002 du 11 juillet 2002 portant Code minier. Disponible sur <http://www.droit-afrique.com/images/textes/RDC/RDC%20-%20Code%20minier%202002.pdf>

Décret n. 038/2003 du 26 mars 2003 portant règlement minier. Disponible sur <http://www.droit-afrique.com/images/textes/RDC/RDC%20-%20R%e9glement%20minier%202003.pdf>

I. TUNISIE

Agreement between the People's Republic of China and the Republic of Tunisia concerning the reciprocal encouragement and protection of investments signed in Tunisia on June 21, 2004.

Loi n. 99-93 du 17 Août 1999 portant promulgation du Code des Hydrocarbures de la République tunisienne. Disponible sur <http://www.droit-afrique.com/images/textes/Tunisie/Tunisie%20-%20Code%20hydrocarbures.pdf>

J. INSTRUMENTS REGIONAUX ET INTERNATIONAUX

1. INSTRUMENTS REGIONAUX

Charte des investissements CEMAC, Règlement n°17/99/CEMAC-20-CM-03 du 17 décembre 1999. Disponible sur http://www.droit-afrique.com/images/textes/Afrique_centre/CEMAC%20-%20Charte%20Investissements.pdf

Convention 80/934/CEE sur la loi applicable aux obligations contractuelles, ouverte à la signature à Rome, le 19 juin 1980, et entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1991 contractuelles.

Convention de l'Union Africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption, adoptée par la 2^{ème} session ordinaire de la Conférence de l'Union à Maputo, le 11 juillet 2003.

Disponible sur http://www.africa-union.org/Official_documents/Treaties_Conventions_fr/Convention%20sur%20la%20lutte%20contre%20la%20corruption.pdf

Acte Uniforme OHADA du 17 avril 1997 relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique

Traité du 17 octobre 1993 relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique

Acte uniforme du 11 mars 1999 relatif au droit de l'arbitrage

OHADA, Traité et actes uniformes commentés et annotés 3^e édition, Acte Uniforme, juriscope 2008

2. INSTRUMENTS INTERNATIONNAUX

Principes de Santiago du 11 octobre 2008

Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (Convention CIRDI) , 2006

Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, 13 août 1992

Principes d'Unidroit relatif aux contrats du commerce international, 2004

Résolution 58/4 de l'Assemblée générale relative à la Convention des Nations Unies contre la corruption, adoptée le 13 octobre 2003 et entrée en vigueur le 14 décembre 2005.

Code de l'OCDE sur la libération des mouvements de capitaux et des opérations courantes invisibles

II. DOCTRINES

A- MONOGRAPHIE ET OUVRAGES COLLECTIFS

ALDEN, C., LARGE, D. and De OLIVEIRA R. *China returns to Africa: a rising power and a continent embrace*, New York, Colombia University Press, 2008

BRETON, A. DES ORMEAUX, A. PISTOR, K. and SALMON, P. *Multijuralism manifestations, causes, and conséquences*, Ashgate, 2009.

BRETON, A. et TREBILCOCK, M. *Le bijuralisme, une approche économique*, Edition Eska, 2007.

D'ABOVILLER, R. et SUN, Q. *Investissements pétroliers chinois en Afrique, conséquences géopolitiques*, L'Harmattan, 2010

DUPUY, P. M. FRANCIONI F. and PETERSMANN E.U., *Human rights in international investment law and arbitration*. Oxford University Press, 2009

DRAETTA, U. LAKE, B. R. and NANDA, P. V., *Breach and adaptation of international contracts, An introduction to lex mercatoria*, Butterworth Legal Publishers, 1992.

EMMERIJ, L., JOLLY R. et WEISS T., *En avance sur leur temps ? Les idées des Nations Unies face aux défis mondiaux*, édition Van Diermen-ADECO ; Genève : Nations Unies, 2003.

GALLAGHER, N., SHAN, W., *Chinese investment treaties: policies and practice*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

GERARD, Ph., OST F. et VAN DE KERCHOVE M., (Dir.), *Droit négocié, droit imposé?* Bruxelles, Publications des facultés universitaires de Saint-Louis, 1996

GHERERI, H. et SZUREK, S., *L'émergence de la société civile internationale vers la privatisation du droit international?*, Paris X, CEDIN, Cahiers Internationaux n. 18, 2003.

HARNEIT-SIEVERS, A., MARKS, S., NAIDU S., *Chinese and African perspectives on China in Africa*, Nairobi, Pambazuka Press, 2010

KHAN, PH., Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle : à propos de 30 ans de recherche du CREDIMI : mélanges en l'honneur de Philippe Kahn / à l'initiative de Charles Leben, Eric Loquin, Mahmoud Salem .Paris, Litec, 2000

MANJI, F. and MARKS, S., *African perspectives on China in Africa*, Nairobi, Pambazuka, 2007

B- OUVRAGES GÉNÉRAUX ET SPECIALISES

BÉGUIN, J- P., *Les entreprises conjointes internationales dans les pays en voie de développement*, Publication de l'Institut Universitaire de Hautes Études Internationales, n. 50, Genève 1972

BERGEL, J-L., *Méthode du droit, Théorie générale du droit*, 4e édition, Paris, Dalloz, 2003.

BLAKENEY, M., *Legal aspects of the transfer of technology to developing countries*, ESC Publishing Limited, Oxford 1989

CHATILLON, S., *Le contrat international*, 3e édition, Paris, Vuibert, 2007.

CORTEN, O., *Methodologie du droit international public*, Bruxelles, Editions de l'Université Libre de Bruxelles, 2009.

DELACOUR, C. B., *Les fonds souverains Ces nouveaux acteurs de l'économie mondiale*, Paris, Éditions Les Echos, Eyrolles, 2009

GEPING, Q., *Environmental management in China*, United Nations Environment programme, China Environmental Press Beijing, 1991

GUIGUO, W., *The Law of the WTO: China and the future of free trade*. Hong Kong. Sweet & Maxwell Asia; Ontario: CARSWELL, 2005.

HUIPING, C., *OECD's multilateral agreements on investment. A Chinese perspective*. Kluwer Law International, 2002

KARIM, V., *Les contrats de réalisation d'ensembles industriels et le transfert de technologie*, Ed. Yvon Blais, Coll. Minerve, 1987

KELSEN, H., *Controverses sur la théorie pure du droit : remarques critiques sur Georges Scelle et Michel Virally*, Paris, éditions Panthéon assas, 2005.

KONG, Q., *China and the World Trade Organization: a legal perspective*. New Jersey, River Edge, World Scientific, 2002.

LLUELLES, D. *Guide des références pour la rédaction juridique*, 7e édition, Montréal, Les éditions Thémis, 2008.

LE MOIGNE, J-L. *Le constructivisme Tome 1. Les Enracinements*, Paris, , L'Harmattan, Coll. Ingénium, 2001.

LE MOIGNE, J-L. *Le constructivisme Tome 2. Epistémologie de l'interdisciplinarité*, Paris, L'Harmattan, Coll. Ingénium, 2001.

LE MOIGNE, J-L. *Le constructivisme Tome 3. Modéliser pour comprendre*, Paris, L'Harmattan, Coll. Ingénium, 2001.

LU, Y., *Non-governmental organisations in China*, Éditions Routledge, Taylor & Francis group, 2009

MANCIAUX, S. *Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États, trente années d'activité du CIRDI*, Vol 24, Paris, Litec, 2004

MERLE, PH. *Droit commercial Sociétés commerciales*, 8^e édition, Paris, Précis Dalloz 2001.

MEYER, P., *OHADA Droit de l'arbitrage*, Bruxelles, éditions Bruylant, 2002

POMADE, A, *La société civile et le droit de l'environnement contribution à la réflexion sur les théories des sources du droit et de la validité*, L.G.D.J. Lextenso Editons, 2010

PUEL, J-M., *Les fonds souverains, instruments financiers ou armes politique ?*, Collection Autrement Monde et Nations, 2009.

ROTBURG, R., I. *China into Africa: trade, aid and influence*, Brookings institution press, 2008

SALACUSE, J., W. *The law of investment treaties*. Oxford university press, 2010.

SNYDER, F. *The EU, the WTO and China Legal pluralism and international Trade Regulation*, HART PUBLISHING, Oxford and Portland, Oregon, 2010.

SCHNEIDER, M.E., (dir.), *Contrats-types du CCI pour les joint-ventures contractuelles*, Centre du commerce international, CNUCED/OMC, 2004

SORNARAJAH, M., *The international law on foreign investment*, Cambridge, New York, Cambridge University Press, 2004

TAO, J., *Droit chinois des affaires*, Paris, Economica, 1995

UNGER, J., (éd.), *Associations and the Chinese state, contested space*, Armonk N.Y.: N.E. Sharpe, 2008.

C- MEMOIRES

HUOY, T., *Le droit applicable aux joint-ventures*, Mémoire de DEA, Université Jean Moulin Lyon 3, France, 2006

JOURDAIN, C., *Le règlement des différends commerciaux internationaux en Chine par voie arbitrale*, Mémoire de Maîtrise, Université de Montréal, Octobre 2007

TCHETCHOUA TCHOKONTE, S., *Enjeux et jeux pétroliers en Afrique : étude de l'offensive pétrolière chinoise dans le Golfe de Guinée*, Mémoire de Master, Université de Yaoundé, 2009

D- ARTICLES DE REVUES

ALDEN, C., et ALVES C., «History and identity in the construction of China's Africa Policy. » (2008), *Review of African Political Economy*, 35, 115 43-58

BARRY, Yan HAIRONG, «The forest for the trees: trade, investment and China- Africa Discourse. » (2008), *Pacific Affairs* 81 n. 1: 9

BLODGETT, M.S., HUNTER R. J. et HAYDEN R. M., «Foreign direct investment trade and China's competition laws», (2009), Denver journal of international law and policy. 37, no. 2, 201, Ed Denver, University of Denver College of Law

BRESLIN, S. and Ian TAYLOR, «Explaining the rise of human rights in analyses of Sino-african relations », Review of African Political Economy, 35, 115, 59-71

DAS U.S, LU Y., MULDER C. et SY A., «Setting up a Sovereign Wealth Fund: Some policy and Operational Considerations», (2009), International Monetary Fund Working Paper.

DAVIES, M., «China's developmental model comes to Africa», (2008), review of African Political Economy, 35, 115, 134-137

DE LY, F., «International business law and lex mercatoria», (1992), T.M.C, Holland, Asser institute, The Hague.

DYMOND, W., «International investment agreements: implications for China. » (2001), Ottawa: Centre for Trade Policy and Law (Centre de droit et de politique commerciale).

ESSAGA, S., « La dynamique de transparence en matière pétrolière au Cameroun », (2009).

GHAI, Y., «Law in the political economy of public enterprise: African perspectives», (1977), Uppsala, Scandinavian institute of African studies.

GIROUARD, E., «La Chine en Afrique néocolonialisme ou nouvel axe de coopération Sud/sud ?», (2008), Forum Afrique-Canada.

HEYMANN, M.E., «International law and settlement of investment disputes relating to China », (2008), *Journal of International Economic Law*, 11 n.3, 507-526. Oxford University press.

HICKMAN, M., Cox, O., «Introduction: foreign investment in post-WTO China», (2003), *International financial law review*. no. Jul; SUPP 2, 30-37, London : Euromoney Publications, c1982.

HILSUM, L., «China faces reality in Africa», (2003), *Review of African Political Economy*, 35, 115 59-71

HURST, C., «China's Oil Rush in Africa», (2006). LCDR, Energy security.

IKOME, F., «The role and place of African Union in the emerging China-Africa partnership », (2010), p. 203, in HARNEIT- SIEVERS A., MARKS S., NAIDU S. (Ed.), *Chinese and African perspectives on China in Africa*, Pambazuka Press, 2010.

JIANG, Y., «China's pursuit of free trade agreements: Is China exceptional?» (2010), *Review of International Political Economy*, 17, no. 2, 238-261, Ed Taylor & Francis.

KEENAN, P.J., «Curse or cure? China, Africa, and the effects of unconditioned wealth », (2009), *Berkeley Journal Of International Law*. 27, n. 1, 84-126

KWOK-CHUN and WALKER W. A., «Property rights implications of public-private joint ventures», (2009), *Construction Management and Economics*, 18, no. 2 (2000): 131-138, Ed Taylor & Francis.

LAGERKVIST, J., «Chinese eyes on Africa: Authoritarian flexibility versus democratic governance », (2009), *Journal of contemporary studies* 27 n. 2, 119-134.

LICHERE, F. et MARTOR, B. « Essor des partenariats public-privés en Afrique: reformes en cours et perspectives d'avenir », (2007), *RDAI/IBLJ* n.3, 2007

LUTZ, C., «China's private international investment law: one-way street into PRC law?» (2008), *The American journal of comparative law*, 56, n.4, Ed [Berkeley, etc.] American Society of Comparative Law,

MARTIN, W., «Africa's future: from North-South to East-South?» (2008), *Third World Quarterly* 29 n. 339-356. Ed Taylor and Francis

MARYSSE, S., et GREEN S. « Les Contrats chinois en RDC : l'impérialisme rouge en marche ? » (2007), *L'Afrique des Grands Lacs Annuaire* 2007-2008.

MARYSSE, S. And GREEN, S., « Win-win or unequal exchange? The case of Sino-Congolese cooperation agreements ». (2009), *The journal of Modern African Studies* 47, n. 3, p.371-396

MOHAN, G., «China in Africa: a review essay », (2009), *Review of African Political Economy*, 35, 115, 155-173

MOHAN, G. and POWER M., «New African choices? The politics of Chinese engagement», (2008), *Review of African Political Economy* 35, 115, 59-71

NDUBISI, O., «Who's afraid of China in Africa? Towards an African civil society perspective on China-Africa relations» in F. MANJI et S. MARKS, *African Perspectives on China in Africa*, Pambazuka, Nairobi, 2007

PANT, H. V. «China in Africa: The push continues but all is not well», (2008), *Defense and Security analysis* 24 n. 1, 33-43 Ed Taylor and Francis

POWER, M. and MOHAN, G., «Good friends and good partners The new role of China-African cooperation », (2008), *Review of African Political Economy* 35: 115, 5-6

POWER, R., «What does the rise of China do for industrialisation in sub-saharian Africa? » (2008), *Review of African Political Economy*, 35, 115, 7-12

PROST, O., PARMENTIER, H. et HUGON, C., « Fonds Souverains: Quelle réglementation européenne ? », (2009), *REVUE BANQUE (RB)*, 54 no. 709.

Société Nationale des Hydrocarbures, SNH Infos n. 10 Janvier 2005 p.5

SUMNER, A., «Foreign Direct investment in developing countries: have we reached a policy tipping point? » (2009), *Third World Quarterly* 29 n.2 239-253, edition Taylor and Francis

TANG, X., «Bulldozer or locomotive? The impact of Chinese Enterprises on the local employment in Angola and RDC», (2010), *Journal of Asian and African studies*, 45: 350.

TEUBNER, G., dans « Pour une épistémologie constructiviste du droit », dans *Droit et réflexivité, L'auto référence en Droit et dans l'organisation*, trad. De l'allemand par N. BOUCQUEY (en coll. Avec G. MAIER) Diegem-Paris, E. Story Scientia-L.G.D.J. 1994

TULL, D. M., «China's engagement in Africa: Scope, significance and consequences.» (2009), *The Journal of African Modern Studies* vol 44 n. 3

WANG, G., «China's practice in international investment law: from participation to leadership in the world economy», (2009), *The Yale Journal of international law* 34 n.2, 575, Edition New Haven Conn: Yale Law School.

WANG, G., «China's practice in International Investment law: From participation to leadership in the World economy», (2009), *34 Yale Journal of international law* 575.

WOLFF, L-C., «China's Private International Investment Law: One way street into PRC law ?», (2008), *The American Journal of Comparative Law* vol. 56.

WONG, J., «Umbrella clauses in bilateral investment treaties: of breaches of contracts, treaty violation, and the divide between developing and developed countries in foreign investment disputes», (2006), *Geo. Mason L. Rev.* Vol.14.

E. PUBLICATIONS GOUVERNEMENTALES

Amnesty International, *Pétrole, pauvreté et pollution dans le delta du Niger*, juin 2009.

Banque Internationale pour la reconstruction et le développement, *Mise en œuvre de l'Initiative pour la transparence dans les industries extractives, application des leçons tirées des premières expériences*, ITIE, Banque Mondiale, 2008.

UNCTAD (United Nation Conference on Trade and Development), *International Investment agreements: Key issues*, Vol. 1, United Nations New York and Geneva 2004.

CNUCED (Conférence des Nations Unies pour le Commerce et le Développement), *Traitement de la nation la plus favorisée*, Nations Unies, New York et Genève, 2001

United Nations Conference on Trade and development, *Asian foreign direct investment in Africa: towards a new era of cooperation among developing countries*, United Nations, New York, 2007

PNUD, *Rapport du PNUD sur le développement humain dans le delta du Niger*, 2006.

F. RESSOURCES ÉLECTRONIQUES

<http://www.rfi.fr/afrique/20101026-chinois-afrique>

DYUSHEBAYEV,A., «Corruption in China», New Eastern Outlook disponible sur <http://journal-neo.com> 19.12.2010

OKITONEMBO WESTHONGUNDA, L. « *Analyse juridique de la convention de collaboration entre la République Démocratique du Congo et un Groupe d'entreprises chinoises* ». Disponible sur :

<http://www.congoforum.be/FR/analysedetail.asp?subitem=&id=146216&analyse>

www.petrole.gov.mr/minesindustrie/Documents/Contrats/listedecontrats.htm

Liste des États contractants et signataires de la Convention du CIRDI, Disponible sur icsid.worldbank.org/ICSID.

Liste des pays membres de l'OCDE :

http://www.oecd.org/document/1/0,3746,fr_2649_201185_1889409_1_1_1_1,00.html

www.wto.org/english/tratop_e/devel_e/dev_wkgrp_trade_transfert_technology_e.htm

Site de l'EITI : <http://eiti.org/fr/itie/principes-criteres>

III. DICTIONNAIRES

CORNU, G. (dir.), *Vocabulaire juridique*, 7^e éd. Rev. Et aug., Paris, Quadrige/P.U.F., 2005

GUINCHARD, S. et MONTAGNIER, G., *Lexique des termes juridiques*, 14^e édition, Paris, Dalloz, 2003

PHILIP, L. et GAUDEMET, J.P. *Dictionnaire encyclopédique de finances publiques*, Paris, Economica, c1991.

K. ANGOLA

Law 11/03 of May 2003, Basic law of private investment

L. CAMEROUN

Loi du 29 décembre 2006 fixant le régime général des contrats de partenariat.

M. REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO

Protocole d'Accord entre la République Démocratique du Congo et le groupement d'entreprises chinoises, signé à Kinshasa, le 17 Septembre 2007 et entré en vigueur à la date de sa signature.

Convention de collaboration entre la République Démocratique du Congo et le groupement d'entreprises chinoises relative au développement d'un projet minier et d'un projet d'infrastructures en République Démocratique du Congo, signé le 22 avril 2008, entrée en vigueur à la date de sa signature.

**N. TRAITES BILATERAUX D'INVESTISSEMENTS ENTRE
LA CHINE ET LES PAYS AFRICAINS**

Accord entre le gouvernement de la République algérienne démocratique et populaire et le gouvernement de la République Populaire de Chine relatif à l'encouragement de la protection réciproque des investissements, signé à Pékin, le 20 octobre 1996.

Agreement between the government of the Republic of Botswana and the government of the people's Republic of China on promotion and protection of investments, signé le 12 juin 2000.

Agreement between the government of the federal democratic republic of Ethiopia and the government of the people's republic of China concerning the encouragement and reciprocal protection of investments, 1998

Accord entre le gouvernement de la République du Cameroun et le gouvernement de la République de Chine pour la promotion et la protection des investissements, fait à Yaoundé, le 10 mai 1997.

Agreement between the People's Republic of China and the Republic of Tunisia concerning the reciprocal encouragement and protection of investments signed in Tunisia on June 21, 2004.

Agreement between the government of the Arab republic of Egypt and the government of the people republic of China concerning the encouragement and reciprocal protection of investments, signed in Beijing, on April 21, 1994.

Agreement between the government of the people republic of China and the government of the republic of Ghana concerning the encouragement and reciprocal protection of investment, signed in Beijing, on October 12, 1989.

Agreement between the government of the people's republic of China and the government of the republic of Djibouti on the promotion and protection of investments, signed in Beijing, on August 18, 2003.

Agreement between the government of the people's republic of China and the government of the republic of Côte d'Ivoire on the promotion and protection of investments.