

L'incidence développementale des investissements chinois en RDC : cadre juridique actuel pour investissements

Par SANGA MULOPWE Chris et BANZA MEDA KANDA*

Résumé

La course au « développement économique utilisé comme un des critères de l'investissement et le développement durable visant à intégrer les préoccupations environnementales dans le droit international de l'investissement », ne laisse aucun État indifférent aujourd'hui. Assurément pour l'État congolais, le développement s'inscrit comme un objectif à atteindre mais aussi comme un moyen lui permettant d'amplifier sa croissance économique par le biais d'investissements internationaux. C'est dans ce contexte que le Gouvernement congolais a conclu le 17 Septembre 2007 et le 22 Avril 2008 respectivement un Protocole d'accord et une Convention de collaboration avec un groupe d'entreprises chinoises dans l'objectif de réaliser des projets d'exploitation minière et d'infrastructures. Aborder la question de l'incidence développementale des investissements chinois en République Démocratique du Congo, c'est poser la problématique de la rencontre entre des capitaux étrangers et le développement de cet Etat. Le but de cet article est de proposer, après avoir procédé à l'analyse de ces deux actes juridiques, des solutions idoines en vue de traduire ces contrats en un véritable instrument au service du développement économique de la RDC, tout en assurant à la partie chinoise un gain commercial rational.

Mots clés : Développement durable, Droit des investissements, Contrat d'Etat.

Summary

La course au « développement économique utilisé comme un des critères de l'investissement et le développement durable visant à intégrer les préoccupations environnementales dans le droit international de l'investissement », ne laisse aucun État indifférent aujourd'hui. Assurément pour l'État congolais, le développement s'inscrit comme un objectif à atteindre mais aussi comme un moyen lui permettant d'amplifier sa croissance économique par le biais d'investissements internationaux. It is in this context that the Congolese Government concluded on 17 September 2007 and 22 April 2008 respectively a Memorandum of Understanding and a Collaboration Agreement with a group of Chinese

* SANGA MULOPWE Chris, Assistant à la Faculté de Droit de l'Université de Lubumbashi, Doctorant en Droit public de l'Université de Lubumbashi, Tél : +243 99 761 69 37, E-mail : chrismulopwe1@gmail.com.

BANZA MEDA KANDA, Assistant à la Faculté de Droit de l'Université de Lubumbashi, Doctorant en Droit public de l'Université de Lubumbashi, Tél : +243 99 0862148, E-mail : kandamedal@gmail.com.

companies with the aim of carrying out mining and infrastructure projects. To address the question of the developmental impact of Chinese investments in the Democratic Republic of Congo is to raise the issue of the meeting between foreign capital and the development of this State. The purpose of this article is to propose, after having proceeded to the analysis of these two legal acts, appropriate solutions in order to translate these contracts into a real instrument at the service of the economic development of the DRC, while ensuring the Chinese side a rational commercial gain.

Keywords: Sustainable development, Investment law, State contract.

INTRODUCTION

La coopération internationale peut se déployer en impliquant plusieurs acteurs aussi bien étatiques que non étatiques. Certains Etats peuvent promouvoir cette coopération par le truchement des accords d'investissement qu'ils concluent ou par des entreprises étrangères concluant des contrats d'Etat avec d'autres Etats. C'est ainsi que le dictionnaire de Droit international public utilise l'expression « accord de développement économique » en tant qu'expression parfois appliquée aux contrats d'Etat ou à certains d'entre eux pour en souligner le rôle économique essentiel pour l'Etat partie et, partant, le droit pour ce dernier de défendre juridiquement sa souveraineté¹.

La course au « développement économique utilisé comme un des critères de l'investissement et le développement durable² visant à intégrer les préoccupations environnementales dans le droit international de l'investissement³ », ne laisse aucun État indifférent aujourd'hui. Assurément pour l'État congolais, le développement s'inscrit comme un objectif à atteindre mais aussi comme un moyen lui permettant d'amplifier sa croissance économique par le biais d'investissements internationaux. M. DOUMBE-BILLE, souligne à quel point « manifestement, le développement hante le droit international et ce, depuis fort longtemps déjà⁴ ». Or on constate que « certains États ou régions du monde qui en

- 1 J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de Droit international public*, Bruxelles, Bruylant/AUF, 2001, p. 12., cité par Joseph KAZADI MPIANA, Cours de Droit de la Coopération Internationale, L1 Droit Public, Unilu, Inédit, p.112.
- 2 Voy. MANCÉBO F., *Le développement durable*, Paris, Armand Colin, 2006, pp. 21–22. Voy. aussi MONEDIAIRE (G.), (Sous la direction de), *Les enjeux du développement durable*, « l'hypothèse d'un droit du développement durable », Paris, L'Harmattan, 2005, p.146. Voy. également KHAN (Ph.), « Les investissements internationaux, nouvelles donnes: un droit transnational de l'investissement », *RCADI*, 2007, pp. 3–41., cité par Dan IRIRIRA NGANGA, *Le Cadre Juridique Des Investissements Internationaux En République Démocratique Du Congo*, Aix-Marseille Université, Soutenue publiquement le 29 /06 /2019, p.14.
- 3 Voy. notamment MONEBHURRUN (N.), La fonction du développement dans le droit international des investissements, Paris, L'Harmattan, 2016, p. 10., *Idem*, p15.
- 4 DOUMBE-BILLE (S.), « Rapport introductif », *Droit international et développement*, SFDI, colloque de Lyon, Paris, Pedone, 2015, p. 11., *idem*, p.15.

souffrent ou souffrent encore des affres du mal développement [...] lesquelles se traduisant par la sous-industrialisation⁵ ».

Depuis plusieurs décennies, la République Démocratique du Congo se trouve confrontée à une crise socio-économique revêtant un caractère multidimensionnel. C'est dans ce contexte qu'au lendemain des élections présidentielles (2006), le Gouvernement congolais a conclu le 17 Septembre 2007 et le 22 Avril 2008 respectivement un Protocole d'accord et une Convention de collaboration⁶ avec un groupe d'entreprises chinoises dans la vue de réaliser des projets d'exploitation minière et d'infrastructures.

Aborder la question de l'incidence développementale des investissements chinois en République Démocratique du Congo, c'est poser la problématique de la rencontre entre des capitaux étrangers et le développement de cet Etat.

Du point de vue juridique, la matière étant abondante, la présente analyse se focalisera sur deux principaux points : d'une part les prolégomènes autour du thème d'investigation et d'autre part, l'analyse des dispositions du Protocole d'Accord des coopérations du 17 septembre 2007, de la Convention des collaborations sino-congolaise du 22 avril 2008 et cadre juridique actuel pour l'investissement. L'essentiel de cet article réside dans le deuxième point et c'est la raison pour laquelle il est étouffé contrairement au premier point.

La conclusion met en exergue des solutions idoines en vue de traduire ces contrats en un véritable instrument au service du développement économique de la République Démocratique du Congo.

A. PROLEGOMENE AUTOUR DU THEME D'INVESTIGATION

La coopération internationale peut se déployer en impliquant plusieurs acteurs aussi bien étatiques que non étatiques. Certains Etats peuvent promouvoir cette coopération par le truchement des accords d'investissement qu'ils concluent ou par des entreprises étrangères concluant des contrats d'Etat avec d'autres Etats. C'est ainsi que le dictionnaire de Droit international public utilise l'expression « accord de développement économique » en tant qu'expression parfois appliquée aux contrats d'Etat ou à certains d'entre eux pour en souligner le rôle économique essentiel pour l'Etat partie et, partant, le droit pour ce dernier

5 GHERARI (H.), « Le développement », in DOUMBE-BILLE (S.), (Sous la direction de), *La régionalisation du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p.112, *idem*, p.15.

6 Ces deux actes juridiques traduisent ce que nous entendons ici par deal sino-congolais ou contrats 'chinois'. Plusieurs autres actes juridiques antérieures existent et sont rattachés à ces deux actes. Cependant, la rareté de la publication de ces documents en RDC en rend l'accès difficile. C'est ce qui justifie que les analyses faites dans le cadre de cette réflexion prennent en considération uniquement ces deux actes, que d'aucuns pourraient considérer comme l'*instrumentum* de base. L'article 12 du Protocole prévoit qu'en cas de divergences entre le Protocole et les accords précédents, les dispositions du Protocole prévaudront.

de défendre juridiquement sa souveraineté⁷. Sous ce premier point, nous entendons développer tour à tour les traités bilatéraux d'investissement, les contrats d'Etat, les partenariats publics-privés.

1. *Traités bilatéraux d'investissement*

La plupart des conventions bilatérales d'investissement contiennent une définition extensive de l'investissement se présentant souvent sous une forme énumérative. Les investissements désignent les avoirs de toute nature et plus particulièrement mais non exclusivement : les biens meubles et immeubles ainsi que tous les autres droits réels tels que, hypothèques, privilèges ou cautionnements; les actions, titres et obligations dans les sociétés ou participations à la propriété de ces sociétés; les créances et droits à toutes prestations en vertu d'un contrat qui ont une valeur financière ou économique; les droits d'auteurs, les droits de propriété industrielle (tels que brevets d'invention, licences, marques déposées, modèles industriels), les procédés techniques, les noms déposés et la clientèle; les concessions industrielles et commerciales accordées par la loi ou en vertu d'un contrat, notamment les concessions relatives à la prospection, la culture, l'extraction ou l'exploitation de richesses naturelles, y compris celles qui se situent dans les zones maritimes relevant de la juridiction de l'une des parties. La plupart des clauses de règlement des différends que l'on retrouve dans les conventions bilatérales de protection des investissements font référence à l'arbitrage en vertu du mécanisme CIRDI. Les Conventions bilatérales d'investissement forment aujourd'hui la catégorie la plus utilisée. Elles touchent toutes les régions du monde et la plupart des Etats⁸.

La Convention de Washington de 1965 ne définit pas la notion d'investissement. Lorsque la compétence du CIRDI est fondée, comme c'est le plus souvent le cas, sur un traité de protection des investissements, c'est ledit traité qui définit ce que l'Etat d'accueil et l'Etat d'origine de l'investisseur ont entendu couvrir par la notion d'investissement. LE CIRDI a eu à définir la notion d'investissement au cas par cas en s'appuyant soit sur quatre critères (apports; une certaine durée d'exécution du marché; une participation aux risques et la contribution au développement de l'Etat d'accueil) tantôt sur les trois premiers critères (apports, durée et participation aux risques)⁹.

Dans la sentence *Salini*, le tribunal CIRDI dégage ces quatre critères de définition de l'investissement : « (...). *La doctrine considère généralement que l'investissement suppose*

7 J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de Droit international public*, Bruxelles, Bruylant/AUF, 2001, p. 12., cité par Joseph KAZADI MPIANA, *Droit de la Coopération Internationale, L1 Droit Public*, Unilu, 2021 -2022 Inédit, p112.

8 H. CASSAN, MERCURE, P.-F., et M. A. BEKHECHI, *Droit international du développement*, Paris, A. Pédone, 2019, p.255, cité par Joseph KAZADI MPIANA, *op.cit.*, p112.

9 *Salini v. Maroc (Salini Costruttori SPA. Italstrade SPA et le Royaume du Maroc)*. Décision du 23 juillet 2001. § 52., voir KAZADI MPIANA, *op.cit.* p.113.

des apports, une certaine durée d'exécution du marché et une participation aux risques de l'opération.

La lecture du préambule de la Convention permet d'y ajouter le critère de contribution au développement économique de l'Etat d'accueil. En vérité, ces divers éléments peuvent être interdépendants. Ainsi les risques de l'opération peuvent être fonction des apports et de la durée d'exécution du marché. Il en résulte que ces divers critères doivent être appréciés dans leur ensemble même si, pour les besoins du raisonnement, le tribunal les passe ici en revue¹⁰ ».

Procédant à un rapprochement entre le quatrième critère de l'investissement (contribution au développement économique de l'Etat) et les droits de l'homme, Alain PELLET soutient que si la contribution au développement économique de l'Etat d'accueil est un élément de cette définition, les arbitres peuvent, sans trop d'artifice, considérer que la compatibilité de l'investissement avec le respect des droits fondamentaux de la personne humaine constitue une composante du « *test Salini* », le développement ne pouvant être assimilé à cette notion purement quantitative¹¹.

Les critères dégagés dans la sentence « *Salini* » ont été repris par le Comité ad hoc CIRDI dans sa décision du 1er novembre 2006 mettant aux prises Patrick Mitchell (Avocat) à la RDC. Le Comité insiste sur le dernier critère (développement économique) pour dénier aux activités d'un cabinet agissant pour son compte en RDC la qualité d'investissement. Le Comité est d'avis que « tout naturel que le paramètre de contribution au développement économique de l'Etat d'accueil ait toujours été pris en compte, de manière explicite ou implicite, par les tribunaux arbitraux CIRDI dans le cadre de leur raisonnement en application de la Convention et indépendamment même des prévisions de l'accord des parties ou du Traité bilatéral en cause (...) que à ses yeux, l'existence d'une contribution au développement économique de l'Etat d'accueil comme caractéristique essentielle-bien que non suffisante- ou critère incontestable de l'investissement ne signifie pas que cette contribution doit toujours être importante ou fructueuse; et bien sûr, que les tribunaux CIRDI n'ont pas à évaluer la contribution réelle de l'opération en cause. Il suffit que l'opération contribue d'une manière ou d'une autre au développement économique de l'Etat d'accueil, ce concept

10 A. PELLET, « Notes sur la fragmentation du Droit international : droit des investissements internationaux et droits de l'homme », in D. ALLAND, V. CHETAIL, O. DE FROUVILLE & JORGE E. VINUALES (Ed.), *Unité et diversité du Droit international. Ecrits en l'honneur du Professeur Pierre-Marie DUPUY. Unity and Diversity of International Law. Essays in Honour of Professor Pierre- Marie DUPUY*, Martinus Nijhoff Publishers, 2014, pp. 757–784, spéc. à la p. 768., voir Joseph KAZADI MPIANA, *op.cit.* p.114.

11 A. PELLET, « Notes sur la fragmentation du Droit international : droit des investissements internationaux et droits de l'homme », in D. ALLAND, V. CHETAIL, O. DE FROUVILLE & JORGE E. VINUALES (Ed.), *Unité et diversité du Droit international. Ecrits en l'honneur du Professeur Pierre-Marie DUPUY. Unity and Diversity of International Law. Essays in Honour of Professor Pierre- Marie DUPUY*, Martinus Nijhoff Publishers, 2014, pp. 757–784, spéc. à la p. 768, voir Joseph KAZADI MPIANA, *op.cit.*, p.114.

de développement économique étant de toute façon très vaste mais aussi variable selon le cas »¹².

Les Etats concluent plusieurs traités bilatéraux pour la promotion et la protection des investissements qui constituent de véritables clauses de stipulation pour autrui. En effet, un traité bilatéral d'investissement (appelé aussi convention bilatérale d'investissement), « en tant qu'il crée des obligations entre (...) Etats (...), est régie par le droit international. Mais précisément, l'objet et le but de ces instruments (...) ne sont pas de créer des obligations entre les Etats contractants : ils sont de mettre à la charge de chaque partie contractante un certain nombre d'obligations dont les créanciers sont les ressortissants de l'autre partie contractante¹³. Un Etat peut engager sa responsabilité internationale sur le fondement des traités de protection des investissements. L'examen des clauses conventionnelles montre qu'il existe trois types de rapports distincts pouvant donner lieu à trois types de litiges différents, entre l'Etat d'accueil, l'investisseur et l'Etat d'origine. Ces trois litiges sont susceptibles d'engager la responsabilité internationale de l'Etat, dans des conditions différentes de celles qui président à la mise en œuvre classique de la protection diplomatique¹⁴.

Les traités bilatéraux sur les investissements ont la fonction principale de protéger les investisseurs étrangers et leurs actifs à l'étranger¹⁵. Les traités de protection créent un droit directement en faveur des investisseurs qui, en fonction de leurs seuls intérêts et sans lien avec leur Etat national, pourront saisir un tribunal arbitral et obliger l'Etat d'accueil à se défendre devant lui. Cette saisine pourra être faite sans même la nécessité d'épuiser les voies de recours interne à moins que cette obligation soit expressément prévue dans le traité lui-même¹⁶.

Les traités d'investissements et les contrats d'Etat ont favorisé la personnalité juridique internationale fonctionnelle des entreprises. Selon Charles LEBEN, le contrat d'Etat est un contrat conclu entre un Etat et une personne privée étrangère pour une opération économique internationale¹⁷. Pour Christian DOMINICE, le contrat d'Etat met en présence un

12 Traduction puisée d'E. GAILLARD, « Reconnaître ou définir? Réflexions sur l'évolution de la notion d'investissement dans la jurisprudence du CIRDI » in *Le Droit international économique à l'aube du XXI^{ème} siècle. En Hommage aux Professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard*, Paris, Pédone, 2009, pp. 17–32, spéc. à la p. 30., voir Joseph KAZADI MPIANA, *op.cit.*, p.114.

13 P. JUILLARD, « L'évolution des sources du droit des investissements », *RCADI*, tome 250, 1994, p. 110., *idem*.

14 Ch. LEBEN, « La responsabilité internationale de l'Etat sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements », *AFDI*, 2004, pp. 683–714, spéc. à la p. 686. Voir Joseph KAZADI MPIANA, *op.cit.*, p.114.

15 J. MOTTE-BAUMVOL, « Le règlement des différends à l'intention des entreprises multinationales. Quelques Réflexions à partir des principes directeurs de l'OCDE », *RGDIP*, 2014, n° 2, pp. 303–331., voir Joseph KAZADI MPIANA, *op.cit.*, p.115.

16 Ch. LEBEN, « La responsabilité internationale de l'Etat sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements », *AFDI*, 2004, pp. 683–714, spéc. à la p. 690., voir *idem*.

17 Ch. LEBEN, « La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements », *RCADI*, tome 302, 2003, p. 212., voir *idem*.

Etat et un investisseur étranger, dans une relation contractuelle dont on peut penser qu'elle est gouvernée parfois, dans certains de ses aspects, par le droit international public¹⁸.

II. Contrats d'Etat

Les contrats d'Etat sont également appelés contrats de développement. Ces derniers désignent « les contrats dans lesquels l'un des contractants au moins est un pays en développement ou une entreprise qui en relève à un titre ou à un autre et dont l'objet s'inscrit dans une perspective de développement »¹⁹. Les contrats d'Etats rattachés à l'ordre juridique international en raison de leur nature même ont été qualifiés *d'accords de développement économique*. Il s'agit de contrats entre pays en développement et sociétés étrangères impliquant un investissement important et de longue durée sur le territoire de l'Etat contractant. Selon cette conception, de tels investissements constitueraient une participation au développement de cet Etat et devraient en contrepartie être assortis d'une protection particulière : l'internationalisation du contrat²⁰. A l'origine, c'est surtout la protection du contractant privé que le droit se préoccupait d'assurer. Le droit du développement s'est employé à privilégier les intérêts de l'Etat d'accueil. Ces contrats d'Etat ou de développement avaient donné lieu à une controverse quant au droit leur applicable selon que les uns étaient favorables à son rattachement au droit national, d'autres à son rattachement au droit international ou encore à un droit *sui generis*²¹.

Laurent OKITONEMBO WETSHONGUNDA donne une définition plus étoffée du contrat d'Etat qu'il qualifie comme « contrat international, l'élément d'extranéité étant, en l'occurrence, la personne privée étrangère. Mais il s'agit, toutefois, d'un contrat international spécial dont la particularité s'observe, *prima facie*, par la durée de son exécution qui est toujours assez longue, l'envergure de l'objet, mais surtout la nature des parties dont le déséquilibre évident des forces fait penser, dans une large mesure, à l'expression biblique proverbiale du pot de fer et du pot de terre. L'une, l'Etat, est un sujet de droit international doté des attributs de puissance publique et détenant l'exclusivité du monopole de la violence (...); tandis que l'autre, quelque puisse être sa fortune, n'est qu'un particulier, personne privée étrangère ». L'application du droit international aux contrats d'Etat a suscité beaucoup de controverses.

18 C. DOMINICE, « L'émergence de l'individu en droit international public », in J. BELHUMEUR, et L. CONDORELLI, (dir), *L'ordre juridique international entre tradition et innovation. Recueil d'études*, Paris, PUF, pp.109 – 123, spéc. à la p.115., *idem*.

19 H. CASSAN, *MERCURE, P.-F.*, et M. A. BEKHECHI, *Droit international du développement*, Paris, A. Pédone, 2019, p. 91, *Idem*.

20 Joseph KAZADI MPIANA, *op.cit*, p.115.

21 *Ibidem*.

1. L'internationalisation du contrat d'Etat et controverses Juridiques

Depuis la sentence arbitrale (*Texaco-Calasiatic c. Gouvernement libyen*) rendue le 19 janvier 1977 par le juge unique²², le Professeur R-J. DUPUY, l'évolution du droit international rattache, pour des raisons fonctionnelles, au droit international, le contrat entre un Etat et une personne morale privée étrangère²³. Nous pouvons lire dans cette sentence : « (...). *Encore qu'ils ne se confondent pas avec les traités, les contrats entre Etats et personnes privées peuvent néanmoins sous certaines conditions, relever d'une branche particulière et nouvelle du droit international : le droit international des contrats* »²⁴. Et le juge unique de poursuivre au § 35 : « *Le Tribunal de céans tiendra donc pour acquis d'emblée que les contrats de concession litigieux se situent dans le domaine du droit international et que celui-ci leur donnait le droit de choisir la loi qui allait régir leurs relations contractuelles* »²⁵.

L'un des éléments d'internationalisation des contrats litigieux, selon l'arbitre unique résulte de ce que ceux-ci prennent la dimension d'une nouvelle catégorie d'accords entre Etats et personnes : les accords de développement économique (...). Plusieurs éléments caractérisent ces accords; en premier lieu, leur objet est particulièrement ample : ils ne se bornent pas à une fourniture ou à une prestation isolée, mais tendent à apporter à un pays en voie de développement des investissements et une assistance technique, notamment dans le domaine de la recherche et de l'exploitation des ressources minérales ou dans la construction d'usines à livrer clefs en mains. Ils revêtent ainsi une importance réelle dans le développement du pays où ils sont exécutés; qu'il suffise de mentionner ici l'importance des obligations assumées en l'espèce par les sociétés concessionnaires en matière d'infrastructure routière ou portuaire ainsi que la formation sur place d'un personnel qualifié. Le cocontractant de l'Etat se trouve de la sorte associée à la réalisation du progrès économique et social du pays d'accueil. En second lieu, la longueur de la durée assignée à ces contrats implique une étroite coopération entre l'Etat et son cocontractant et entraîne des installations durables comme la reconnaissance de responsabilités étendues à l'investisseur. Enfin, en raison de l'objectif de coopération auquel doit participer le cocontractant de l'Etat et de l'ampleur des investissements qu'il consent, le caractère contractuel des relations juridiques entre l'Etat d'accueil et l'investisseur a pour but d'assurer un équilibre entre l'objectif

22 *Texaco V.Libya. Texaco Overseas Petroleum co and California Asiatic oil Company V. Libya*. 19 Janvier 1977.

23 Pour un premier commentaire sur cette affaire, voy. G. COHEN-JONATHAN, « L'arbitrage *Texaco-Calasiatic contre Gouvernement libyen* : décision au fond du 19 janvier 1977 », *AFDI*, Vol. 23, 1977, pp. 452–479. Voy. aussi J. VERHOEVEN, « Droit international des contrats et droit des gens (*A propos de la sentence rendue le 19 janvier 1977 en l'affaire California Asiatic Oil Company et Texaco Overseas Oil Company c. Etat libyen*) », *Revue belge de droit international*, 1978–1979–1, pp. 207–230.

24 Voir Joseph KAZADI MPIANA, *op.cit.* p.116.

25 KAZADI MPIANA, *op. cit.* p.117.

d'intérêt général qui leur est assigné et la rentabilité nécessaire à la poursuite de la mission confiée à l'entreprise privée (...)»²⁶.

Sur la portée de l'internationalisation des contrats, l'arbitre unique apporte cette précision : « 47 (...). En d'autres termes, déclarer qu'un contrat entre un Etat et une personne privée se situe dans l'ordre juridique international signifie qu'aux fins de l'interprétation et de l'exécution du contrat, il convient de reconnaître au cocontractant privé des capacités internationales spécifiques. Mais, à la différence de l'Etat, la personne privée n'a qu'une capacité limitée et sa qualité de sujet de droit international ne lui permet que de faire valoir dans le champ du droit international les droits qu'elle tient du contrat »²⁷.

2. Thèse en faveur de l'internationalisation du Droit applicable aux contrats d'Etat

Cette sentence arbitrale avait suscité des commentaires et débats, notamment sur l'internationalisation des contrats de concession et l'application des règles du droit international, entre autres, le *Pacta sunt servanda* aux rapports entre un Etat et une personne privée étrangère. C'est ainsi qu'en appuyant cette sentence et, en partant du fait que les sujets de droit international ne sont pas de même nature, et que la personne privée n'est pas normalement sujet de droit international, le Professeur Gérard COHEN- JONATHAN note que « rien n'empêche un Etat souverain d'élever son partenaire contractuel au niveau du droit international pour les besoins de la relation contractuelle. Une telle reconnaissance a un effet constitutif et comme telle est affectée des deux caractéristiques que l'on y attache habituellement : cette reconnaissance est relative et fonctionnelle, c'est-à-dire qu'elle n'engendre qu'une capacité internationale limitée dans le cadre du rapport de droit considéré »²⁸. Éric CANALFORGUES et P. RAMBAUD s'inscrivent dans cette logique en soutenant à ce propos : « (...) en contractant avec une entreprise, ils (les Etats) sont libres en effet de lui conférer ou non certains des droits qui sont attachés à la qualité de sujet de droit international »²⁹.

L'ancrage du contrat d'Etat dans le droit international est un acquis dans la définition proposée par Arnaud de NANTEUIL. Pour ce dernier, les contrats d'Etat se définissent comme « des contrats signés entre un Etat et une personne privée étrangère, *soumis au droit international* »³⁰. L'auteur recourt à deux arguments pour fonder la pertinence de l'application du Droit international au contrat d'Etat : « Cette solution présente un double mérite :

26 *Idem*. P.116.

27 *Ibidem*.

28 G. COHEN-JONATHAN, « L'individu comme sujet de droit international – droit international des contrats et droit international des droits de l'homme », *Mélanges Paul Amselek*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp.223 – 260, spéc. p. 233., Voir Joseph KAZADI MPIANA, *op.cit*, p.118.

29 E. CANAL-FORGUES, et P. RAMBAUD, *Droit international public*, 2ème édition, Paris, Flammarion, 2011, p.253., Voir Joseph KAZADI MPIANA, *op.cit*.

30 ARNAUD DE NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, 3è éd., Paris, Pédone, 2020, p. 33.

pour la partie privée, elle signifie l'absence de soumission au droit de l'Etat d'accueil, donc la neutralisation du risque politique par lequel elle s'exposerait pleinement au bon vouloir des autorités du gouvernement local. Pour l'Etat ensuite, elle signifie l'application d'un droit neutre en ce sens qu'il n'est pas celui d'un autre Etat, dont n peut comprendre que l'application soit de nature à soulever des réticences : le droit international, au contraire, en étant u droit interétatique, est un ensemble normatif à la construction duquel l'Etat d'accueil est réputé avoir participé, par sa seule qualité d'Etat. Dès lors, il semble parfaitement indiqué pour apporter un commencement de solution »³¹.

Le raisonnement de l'arbitre unique R.J. DUPUY dans l'affaire *Texaco-Calasiatic c. Gouvernement libyen* est partagé par les pays développés (thèse occidentale)³² pour lesquels en vue de soustraire le contrat à la loi nationale de l'Etat d'accueil, le contrat devrait être délocalisé en le détachant de l'emprise de la loi nationale. Il s'agit de l'internationalisation du contrat pouvant se structurer autour de quatre grands axes : le rattachement exprès au droit international public général (rare); le rattachement au droit international par interprétation de la volonté des parties; le rattachement à un droit international des contrats et enfin le rattachement du contrat à un ordre *sui generis*. Dans cette dernière hypothèse la doctrine a considéré que certains contrats, et notamment les accords de développement économique, pouvaient créer un ordre juridique spécifique et autonome régissant à titre exclusif les droits et obligations de cocontractants. D'autres auteurs occidentaux ont préconisé la soumission de certains contrats, et notamment des accords de développement économique, à un tiers ordre juridique. Ce droit aurait pour objet principal de régir les rapports entre des parties dont l'une seulement à la qualité de sujet du droit international. Il tirerait son contenu de sources diverses : droits internes, stipulations contractuelles et principes généraux du droit³³.

3. Thèse contraire à l'internationalisation du contrat d'Etat

D'autres auteurs ont par contre critiqué cette « audace jurisprudentielle » du fait du rattachement d'un contrat de concession à l'ordre juridique international³⁴. Parmi les auteurs en dissidence avec cette sentence figure Mohammed BEDJAOUI. Il soutient que « l'arbitre unique est allé très au-delà des espérances des thèses les plus conservatrices puisqu'il a déclaré l'intangibilité absolue des concessions pétrolières. Il a étendu la règle du respect des engagements (*pacta sunt servanda*) du droit des traités au cas des contrats de concession,

31 *Idem*, p.37.

32 W. WENGLER, « Nouveaux aspects de la problématique des contrats entre Etat et personnes privées », *Revue belge de Droit international*, 1978–1979–1, pp. 415–424, *ibidem*.

33 H. CASSAN, *MERCURE*, P.-F., et M. A. BEKHECHI, *Droit international du développement*, Paris, A. Pédone, 2019, pp. 196–197.

34 Voir *Joseph KAZADI MPLANA*, *op.cit.* p.19.

ce qui constituait une première audace car, dans le droit des contrats, l'Etat a une position prééminente par rapport à la personne privée... »³⁵.

Il critique le rattachement des contrats d'Etat en droit international, promu par une certaine doctrine, ou mieux leur internationalisation³⁶. Il y voit « une autre tentative des pays développés de vouloir protéger leurs intérêts au détriment du droit des peuples à disposer librement de leurs ressources naturelles (...). En effet la théorie de l'internationalisation ou plus exactement de l'inter étatisation des contrats privés de concession ou d'investissement, repose sur la fiction que l'Etat contractant a reconnu à la société privée étrangère une certaine personnalité juridique internationale. Mais alors l'Etat contractant peut-il ainsi disposer du droit international? Dépend-il de lui de conférer un statut international à une personne privée? Assurément pas »³⁷.

Joe VERHOEVEN est proche de Mohamed BEDJAOUI lorsqu'il soutient, entre autres, « qu'il y a quelque paradoxe ensuite à se référer, au nom du progrès du droit, au droit des gens pour y utiliser son noyau le plus archaïque, *pacta sunt servanda*, dont, sous sa forme élémentaire, ce dernier ne s'accommode plus guère. Il y a quelque arbitraire enfin à fonder sur le droit des gens l'intangibilité des concessions car rien, hors une pétition de principes, n'établit que le droit international des contrats sanctionne sous les conditions du droit international des traités l'intangibilité des accords de volontés (...). Il paraît d'autre part difficile d'envisager une personnalité par rapport à l'objet (le contrat) d'une règle et non par rapport à l'ordre juridique, avec l'appareil normatif et coercitif qui lui est propre, dans lequel cette règle s'inscrit (...) »³⁸.

La critique ci-dessus avait été relayée par des Etats du tiers-monde sur le fondement du principe de la souveraineté permanente sur leurs ressources naturelles conformément à la résolution 1803 de l'Assemblée générale. Pour les pays en développement le contrat d'Etat devrait être soumis à la loi nationale. Ils s'appuient notamment sur la jurisprudence classique en citant l'arrêt de la CPJI du 12 juillet 1929 intervenu dans l'affaire des *Emprunts serbes* et selon lequel « tout contrat qui n'est pas un contrat entre des Etats en tant que sujets du droit international a son fondement dans une loi nationale ». Pour eux, c'est au droit international privé, dont les règles font partie du droit interne qu'il appartient de déterminer, dans le cadre de la théorie des conflits de lois, quel est le droit applicable, il existerait une présomption de soumission du contrat au droit interne de l'Etat contractant.

35 M. BEDJAOUI, *L'Humanité en quête de paix et de développement (II). Cours général de droit international public* (2004), Tome 325, 2008, RCADI, 9-542, spéc. à la p.291., idem.

36 A titre illustratif, Ch. LEBEN, « Retour sur la notion de contrat d'Etat et sur le droit applicable à celui-ci », *Mélanges offerts à HUBERT THIERRY. L'évolution du droit international*, Paris, Pédone, 1998, pp.247 – 280.idem.

37 M. BEDJAOUI, *op. cit.*, notamment aux pp. 287–289., ibidem.

38 J. VERHOEVEN, « Droit international des contrats et droit des gens (*A propos de la sentence rendue le 19 janvier 1977 en l'affaire California Asiatic Oil Company et Texaco Overseas Oil Company c. Etat libyen*) », *Revue belge de droit international*, 1978–1979–1, pp. 207–230, spéc. aux pp. 214–219., voir Joseph KAZADI MPIANA, *op.cit.* p.19.

Cette thèse a été défendue par l'Iran dans l'affaire de *l'Anglo-Iranian* dès 1951. La sentence *Aramco* la reprend en déclarant que « la Convention n'ayant pas été conclue entre deux Etats mais entre un Etat et une compagnie privée américaine, elle ne relève pas du droit international public.³⁹

La même sentence réaffirme solennellement le principe selon lequel « il est universellement admis en droit international privé qu'un Etat souverain est présumé jusqu'à preuve du contraire avoir soumis les engagements qu'il a conclus à sa loi propre⁴⁰.

Pour certains auteurs (Patrick DAILLIER, Mathias FORTEAU et Alain PELLET), la critique provenant des Etats du tiers-monde est erronée, car elle confond personnalité juridique et souveraineté. Selon eux, « rien n'interdit d'accorder une telle personnalité internationale sans en faire des sujets souverains du droit international. Il suffit que cette personnalité soit dérivée- parce qu'accordée et contrôlée par les Etats et les organisations internationales ». Gérard COHENJONATHAN part d'une définition claire : un individu peut être considéré comme un sujet de droit international, certes de manière limitée et relative, si ses droits et obligations sont définis par le droit international et s'il peut immédiatement s'en prévaloir ou en être directement responsable sur le plan international en principe devant un organe international indépendant. Partant de ces prémisses et s'inscrivant dans l'approche développée par René Jean-DUPUY conclut que « le droit international des contrats est révélateur de l'octroi de la personnalité internationale au particulier, d'une capacité relative et fonctionnelle comme la Cour internationale de justice semble en avoir dessiné les contours dans son avis de 1949. Mais à cette date un autre phénomène allait perturber la conception du droit international, conçu comme un droit purement interétatique. La Déclaration universelle des droits de l'homme comme peu avant, la Déclaration interaméricaine, proclamait l'internationalisation des droits de l'homme, ce qui entraînait un bouleversement du statut de l'individu dans l'ordre juridique international⁴¹.

4. Synthèse de la controverse du droit applicable au contrat d'Etat et approche dominante

Patrick DUMBERRY nous résume les arguments contraires et ceux en faveur de la reconnaissance de la personnalité juridique internationale de l'entreprise. Pour les auteurs contraires à cette reconnaissance, ils puisent leurs arguments dans une raison avant tout structurelle (en se fondant sur la nature intrinsèque de l'ordre juridique international); une raison idéologique (la reconnaissance de cette personnalité juridique internationale consisterait à accorder aux entreprises transnationales un régime juridique jugé trop favorable). Une autre raison est tirée de la stabilité des relations internationales (la reconnaissance

39 Voir Joseph KAZADI MPIANA, *op.cit.* p19.

40 H. CASSAN, MERCURE, P-F, et M. A. BEKHECHI, *Droit international du développement*, Paris, A. Pédone, 2019, p. 197, Idem.

41 G. COHEN-JONATHAN, « L'individu comme sujet de droit international – droit international des contrats et droit international des droits de l'homme », *Mélanges Paul Amselek*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp.223 – 260 (pp. 224 et 257), voir Joseph KAZADI MPIANA, *op.cit.* p.20.

aurait pour effet de rendre légitime la position *de facto* dominante des entreprises dans les relations économiques internationales contemporaines). L'incapacité pour les entreprises à pouvoir conclure des traités ou d'être de véritables créateurs de normes juridiques constitue un argument complémentaire pour leur dénier cette personnalité. Parmi les arguments en faveur il cite ceux développés par l'arbitre unique dans l'affaire précitée. La plupart des auteurs qui sont d'avis de reconnaître aux entreprises une certaine personnalité juridique internationale, le font dans la perspective d'un meilleur contrôle des activités de ces dernières. Les élever au rang de sujets de droit international aurait pour effet bénéfique de limiter dans une certaine mesure les effets parfois jugés négatifs de leurs activités économiques transnationales⁴². Pour Patrick DUMBERRY, la personnalité juridique internationale de l'entreprise ne peut qu'être limitée par rapport à celle de l'Etat. L'attribution de droits et d'obligations à l'entreprise est certes un élément essentiel pour la reconnaissance de son statut de sujet de droit international, mais encore faut-il qu'une telle attribution soit doublée de la possibilité d'un recours direct devant un tribunal international contre un Etat⁴³.

Les réticences des Etats du tiers-monde à l'égard de l'élévation du statut des entreprises privées étrangères dans le droit international, résident dans l'intangibilité et la stabilisation des clauses du contrat d'Etat, ce qui porte atteinte au droit reconnu aux Etats de disposer d'eux-mêmes et d'exercer leur souveraineté permanente sur leurs ressources, y compris le droit de nationaliser les investissements étrangers⁴⁴. Les clauses de stabilisation des contrats cherchent à mettre le contractant privé « à l'abri des vicissitudes de la législation de l'Etat d'accueil lui accordant en quelque sorte une immunité normative envers de nouvelles lois et règlements. De son côté, l'Etat admet les clauses de stabilisation dans ses contrats, désireux de créer un environnement favorable aux investissements et d'attirer de capitaux (...). Les clauses de stabilisation se déclinent généralement en deux catégories : les clauses qui visent le gel de la législation et la réglementation interne (clauses de stabilisation *stricto sensu* ou « *freezing clauses* ») et les clauses dites d'équilibre économique »⁴⁵. Les pays en développement ont soutenu que le droit international évolue rapidement, notamment dans les domaines de la protection de l'environnement et des droits humains et que les Etats doivent constamment adapter leurs législations sur ces questions.

42 P. DUMBERRY, « L'entreprise, sujet de droit international? Retour sur la question à la lumière des développements récents du Droit international des investissements », *RGDIP*, 2004, pp. 103–122., idem, p.121.

43 P. DUMBERRY, « L'entreprise, sujet de droit international? Retour sur la question à la lumière des développements récents du Droit international des investissements », *RGDIP*, 2004, pp. 103–122, spéc. à la p. 111. Voir Joseph KAZADI MPIANA, *op.cit.* p.121.

44 *Idem.*

45 C. TITI, « Les clauses de stabilisation dans les contrats d'investissement : une entrave au pouvoir normatif de l'Etat d'accueil? », *Journal du droit international*, Avril-Mai-Juin 2014, pp. 541–562, spéc. à la p. 542 et s. *Idem.*

Cette nécessité se heurte à la vision statique du droit que défend cette théorie qui prône l'immutabilité à travers des clauses de stabilisation et d'intangibilité⁴⁶.

Au regard de l'évolution du Droit international des investissements, les Etats du tiers-monde ont assoupli leur rigidité. La pratique tend à atténuer cette opposition de principe dans la mesure où les Etats prévoient, soit dans les traités sur la protection des investissements, soit dans les contrats d'Etats, ou encore dans les lois nationales sur les investissements⁴⁷, l'insertion des clauses reconnaissant la faculté aux entreprises de recourir aux moyens de règlement prévus par certains traités à l'encontre des Etats⁴⁸. C'est le cas notamment de la Convention sur le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats (CIRDI)⁴⁹.

III. Le partenariat public-privé

Le partenariat public-privé est aussi une forme d'association. Il peut être défini comme étant « la collaboration sous diverses formes contractuelles des secteurs public et privé dans le but de fournir un service public »⁵⁰. L'objectif primordial des projets des PPP consiste à mettre à la disposition d'une plus grande partie de la population des infrastructures de meilleure qualité à des prix abordables⁵¹. Les aspects positifs du partenariat public-privé (PPP) qui sont consolidés dans les contrats entre l'Etat et le partenaire de droit privé-investisseur sont : le partage des risques entre l'investisseur et l'Etat; la mise en avant de l'efficacité et de l'innovation technologique de l'investisseur privé; l'appel à la concurrence pour sélectionner l'investisseur et la transparence accrue dans les relations entre l'Etat et l'investisseur⁵². Le PPP implique nécessairement un partenariat à long terme : d'une période minimum d'environ 10 ans, un PPP peut être conclu pour durer jusqu'à trente ans dans certains cas. Le plus important avantage du PPP pour un pays en développement est un accès plus aisé à des sources de financement et de transfert de technologie pour ses projets d'infrastructure. De plus l'apport des partenaires étrangers se fait à la suite d'appels d'offre ouverts qui permettent une meilleure transparence et limitent ainsi les risques de corruption, tout en réduisant les coûts de production en optimisant la qualité du projet.

46 H. CASSAN, MERCURE, P.-F., et M. A. BEKHECHI, *Droit international du développement*, Paris, A. Pédone, 2019, p. 196.

47 Voir Joseph KAZADI MPLANA, *op.cit.*

48 Pour une incidence des traités de protection des investissements sur le droit interne des Etats, voy. K. GUTHRIE, « Beyond Investment Protection: An Examination of the Potential Influence of Investment Treaties on Domestic Rule of Law », *New York University. Journal of International Law and Politics*, Vol. 45, n° 4, 2013, pp. 1151–1200.

49 Voir Joseph KAZADI MPLANA, *op.cit.*, p.122.

50 H. CASSAN et alii, *op.cit.*, p. 289., idem, p.138.

51 *Idem.*

52 H. CASSAN, MERCURE, P.-F., et M. A. BEKHECHI, *Droit international du développement*, Paris, A. Pédone, 2019, p. 289 et s. voir Joseph KAZADI MPLANA, *op.cit.* p138.

En faisant appel aux capitaux privés dans le cadre de PPP, les pays en développement évitent un endettement excessif susceptible de décourager l'investissement privé dans des domaines importants pour leur développement et leur économie⁵³.

En RDC, le Président de la République joue un rôle important dans la conclusion des contrats d'Etat.

En effet, une fois que le contrat d'Etat est signé par les différents ministres concernés, lesdits contrats ne peuvent produire leurs effets qu'après avoir été approuvés par une ordonnance présidentielle.

Laurent OKITONEMBO WETSHONGUNDA s'interroge sur la nature de cette ordonnance présidentielle si elle constitue l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire ou d'une compétence liée⁵⁴. Pour cet auteur, c'est le Président de la République qui perfectionne, ainsi le contrat d'Etat, et ce, de manière discrétionnaire car nulle part il ne lui est, légalement, assujetti des conditions, préalables ou injonctions quelconques pour ce faire. En attendant l'émanation de ladite ordonnance, le contrat demeure un contrat putatif en ce que l'obligation conditionnelle purement potestative dont il est assorti n'est pas encore réalisée⁵⁵. En d'autres termes, un contrat d'Etat soumis à autorisation présidentielle est fait lorsque, notamment, après avoir rempli toutes les autres conditions, il est signé pour la partie congolaise, par le ministre du secteur d'activité visé et approuvé par le Président de la République par voie d'ordonnance. Ainsi donc, c'est lorsque toutes les conditions de fond et de forme sont réalisées que l'on peut dire qu'un tel contrat est conclu. Dès lors, on ne peut envisager un contrat d'Etat conclu sans ordonnance présidentielle, les contrats dont la validité est soumise à l'autorisation ou à l'homologation n'ayant aucune valeur lorsqu'ils ne sont pas homologués.

Les domaines concernés sont, entre autres, les hydrocarbures, les mines. A titre illustratif, l'article 41 de la loi n°15/012 du 1er août 2015 portant régime général des hydrocarbures énonce : « Les contrats d'hydrocarbures et leurs avenants sont signés par les Ministres ayant respectivement les Hydrocarbures et les finances dans leurs attributions, après délibération en Conseil des Ministres. *Ils ne produisent leurs effets qu'après leur approbation par ordonnance du Président de la République.*

Ils sont modifiés par voie d'avenant. Les contrats d'hydrocarbures sont publiés au Journal Officiel de la République Démocratique du Congo et sur le site web du ministère des hydrocarbures endéans 60 jours à dater de leur approbation »⁵⁶.

53 H. CASSAN et alii, *op.cit.*, pp. 290–292., *idem*.

54 L. OKITONEMBO WETSHONGUNDA, « Des prérogatives du Président de la République en matière des contrats d'Etat en Droit congolais : de la discrétion à la remise en question » in I. MINGASHANG et J.-P. SEGIHOBE BIGIRA (dir.), *Du Droit à l'économie et de l'économie au Droit*. Retour sur certains pans de l'engagement du Doyen Grégoire Bakandja dans la pratique du droit, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 359–374.

55 *Idem*.

56 Voir Joseph KAZADI MPIANA, *op cit*.

L'un des volets de la coopération internationale consiste dans l'aide apportée par certains Etats et organisations internationales au développement d'une catégorie d'Etats diversément appelés et dont le vocabulaire a évolué : Etats du tiers-monde, pays en développement, pays les moins avancés etc.

B. DE L'ANALYSE DES PROTOCOLE D'ACCORD DE COOPERATION DU 17 SEPTEMBRE 2007 ET DE LA CONVENTION DE COLLABORATION SINO-CONGOLAISE DU 22 AVRIL 2008

Sous ce premier point, nous entendons développer tour à tour les objectifs poursuivis par cette convention, la nature juridique ainsi que le droit applicable.

I. Objectif poursuivi

Les objectifs poursuivis par les deux parties peuvent être brièvement illustrés :

Pour la République Démocratique du Congo : trouver les ressources financières nécessaires à la réalisation d'infrastructures nationales estimées importantes et urgentes. Pour le Groupement d'Entreprises Chinoises : investir dans le domaine des métaux non ferreux dans les territoires de la RDC.

Le Groupement d'Entreprises Chinoises s'engage à mobiliser et mettre en place le financement pour la construction des infrastructures en RDC (le « Projet d'Infrastructures »). Le financement sera remboursé par les revenus de l'exploitation minière de tels gisements cupro-cobaltifères situés dans la région de Kolwezi, actuellement inexploités, dont l'Entreprise publique La Générale des Carrières et des Mines, en abrégé « GECAMINES » est titulaire des Droits et Titres miniers qui s'y rapportent⁵⁷.

Le Projet Minier et le Projet d'Infrastructures sont appelés collectivement le Projet de Coopération. Les Parties réaliseront leur coopération par la constitution d'une *Joint-venture* Minière à laquelle la RDC fera céder, par l'entremise de son entreprise publique GECAMINES et avec la participation de celle dernière, les droits et titres sur les gisements faisant l'objet de la Convention de Collaboration au Projet Minier. Les Parties fixent la répartition de son capital social comme suit : 68 % pour Les Groupement d'Entreprises Chinoises et 32 % pour le Groupe GECAMINES⁵⁸.

Dans la suite de cette Convention avait été mise sur pied l'Agence congolaise des Grands Travaux (ACGT). Aux termes de l'article 3 du décret portant sa création, l'A.C.G.T. a pour objet la coordination, la supervision et le contrôle de l'exécution des Projets d'infrastructures spécifiés dans les Conventions et Accords de Collaboration signés entre la République Démocratique du Congo et les partenaires chinois. Elle joue le rôle de

57 J. MPISI, *Le programme sino-congolais pour le développement des infrastructures en RDC*, Paris, L'harmattan, 2020, cité par Joseph KAZADI MPIANA, *op.cit.*

58 *Idem.*

Maître d'ouvrage délégué et celui de guichet unique dans la mise en œuvre des projets⁵⁹. Une monographie a été consacrée à l'analyse de cette convention participant du projet d'infrastructures⁶⁰.

II. Nature Juridique

Ce contrat, qui, comme le constate M. MARYSSE, est le plus grand contrat Chinois en Afrique à ce jour, est source de débats intenses et contradictoires⁶¹. La contradiction soulevée par les contrats chinois se situe au niveau de la nature juridique ainsi qu'aux autorités étatiques ayant conclu ces accords. Or on dénote que « *les contrats comportant la signature de l'État lui-même, soit seul soit en compagnie de sa société nationale, sont une minorité* »⁶².

De ce point de vue, *Dan IRIRIRA NGANGA* affirme que les contrats signés avec le groupe d'entreprises chinoises relèvent naturellement de cette catégorie juridique puisqu'ils furent signés par un représentant de l'État congolais à savoir le ministre des travaux publics et des infrastructures⁶³.

De ce fait, il est permis d'affirmer que, juridiquement ce sont de véritables contrats qui créent des obligations entre les deux parties contractuelles à savoir, la RDC et le groupe d'entreprises chinoises. De même, il est important de préciser que, « *si l'on examine les contrats signés par les émanations et ceux signés par les États eux-mêmes, on s'aperçoit qu'ils sont tout à fait semblables : ils comportent tous deux des clauses de règlement des litiges par recours à l'arbitrage, les clauses de droit applicable font souvent référence aux principes du droit international* »⁶⁴.

En l'espèce, les conventions sino-congolaises comme on peut le remarquer rentrent bien naturellement dans cette catégorie juridique et s'apparentent bien entendu, à de véritables contrats d'État dans la mesure où ces contrats ont été signés sous forme de prêt que l'État congolais a consenti auprès des entreprises publiques chinoises, notamment la *China Exim Bank*.

59 Décret n° 08/017 du 26 août 2008 portant création, organisation et fonctionnement de l'Agence congolaise des Grands Travaux « ACGT ». *JORDC*, 49 è année, n° 17, Kinshasa, 1er septembre 2008.

60 J. MPISI, *Le programme sino-congolais pour le développement des infrastructures en RDC*, Paris, L'harmattan, 2020, cité par Joseph KAZADI MPLANA, *op.cit.*

61 Voy. MARYSSE (S.), « Les contrats chinois en RDC : l'impérialisme rouge en marche? », Consul-table en ligne sur le site <https://catalogue.sciencespo.fr/ark:/46513/sc0001162387>.

62 LEBEN (Ch.), « Les investissements miniers internationaux dans les pays en développement : Réflexions sur la décennie écoulée, (1976–1986) », *JDI*, 1986, n°4, p.236.

63 *Dan IRIRIRA NGANGA, Le Cadre Juridique Des Investissements Internationaux En République Démocratique Du Congo*, Aix-Marseille Université, pp 136 et 137, these Soutenue publiquement le 29 /06 /2019.

64 *Ibidem*.

Vu sous un autre angle, on considère que le fait que ces contrats impliquent à la fois la signature de l'État congolais lui-même et celle de son entreprise publique à savoir la Gécamines, constituent *in concreto* des contrats d'État. En ce sens un contrat d'État « est un contrat conclu par l'État avec une personne privée étrangère pour une opération économique internationale (le plus souvent un investissement mais pas nécessairement) ».

Suivant une certaine opinion, le Protocole d'accord et la Convention de collaboration passés avec le groupe d'entreprises chinoises sont à regarder comme des conventions internationales qui dès lors devraient être soumis à la ratification par le Parlement suivant le prescrit de l'article 214 de la Constitution du 18 février 2006. Cependant, une telle approche ne s'accorde pas avec la règle de droit international qui veut que seuls les traités ou accord internationaux passés entre sujets de droit international, à savoir entre Etats ou entre Etats et Organisations Internationales, soient soumis à la ratification. S'agissant d'un accord conclu entre l'Etat congolais et des entrepreneurs chinois privés, la notion de ratification ne saurait élire domicile dans le cas d'espèce. Les contrats "chinois" ne sont même pas à ranger dans la catégorie des accords internationaux non soumis à la ratification telle que prévue à l'article 213 de la Constitution. Car même dans ce cas, il s'agit des accords soumis au droit international public et non à une législation nationale comme c'est le cas avec les contrats "chinois"⁶⁵. Vu de près, ces actes juridiques ressemblent plus à un contrat d'Etat qui combine à la fois l'investissement étranger et le prêt⁶⁶.

65 Pour l'auteur En effet, il ne s'agit pas ici de soutenir que les contrats internationaux ne peuvent pas connaître une application des règles de droit international public, mais simplement de souligner le fait qu'un traité ou un accord international ne saurait être soumis à un droit national, excepté pour ce qui est des exigences constitutionnelles. L'article 21 de la Convention de collaboration stipule que "La loi applicable est la loi du lieu de l'acte". Ce qui implique que trois alternatives sont envisageables: a) la loi applicable à la Convention est en principe la loi chinoise, dû au fait que la Convention a été signée à Beijing, b) la loi congolaise sera d'application pour tous les actes passés au Congo ainsi que pour toutes les dispositions impératives du droit congolais telles que celles qui touchent au régime monétaire de change, au régime fiscal, aux conditions de constitution d'une société etc. (c) toute autre loi d'un lieu où un acte en rapport avec la Convention a été établi. S'agissant d'un contrat international, le droit international public sera d'application à titre de minima (ex. en cas d'expropriation) ou à la suite du Traité relatif à l'encouragement et à la protection mutuelle des investissements signé entre les Gouvernements congolais et chinois à la date du 18 décembre 1997 (en cas d'exercice de la protection diplomatique). Dans tous les cas, il ne s'agit pas d'un accord international au sens du droit international public.

Christian-jr Kabange Nkongolo, Quelques considérations juridiques sur le deal sino-congolais, disponible sur <https://www.leganet.cd>.

66 L'Article 1 de la Convention de Collaboration stipule : "Les Parties reconnaissent et déclarent qu'en signant la présente Convention de Collaboration, elles poursuivent la réalisation des objectifs suivants : 1.1.1. Pour la RDC : Trouver les ressources financières nécessaires à la réalisation des projets d'infrastructures nationales estimées importantes et urgentes. 1.1.2. Pour le Groupeement d'Entreprises Chinoises : investir dans le domaine des métaux non-ferreux dans les territoires de la RDC".

III. Droit Applicable

La question de l'ordre juridique au sujet de leur rattachement pose problème en ce sens : est-ce que ces contrats relèvent de l'application du droit interne ou du droit international? Il y a bien évidemment une grande difficulté voire une nécessité à s'interroger pour savoir quel est le droit applicable à ces contrats conclus entre le groupe d'entreprises chinoises et l'État congolais? D'emblée, il faut préciser ici que les conventions sino-congolaises s'apparentent véritablement à des contrats d'État comme nous l'avons dit antérieurement.

Toutefois, pour répondre à ces interrogations, nous devons recourir à la doctrine, puisque la question du rattachement des contrats d'État à l'ordre juridique de l'État contractant a fait l'objet de nombreuses études. Ainsi, on a pu assister à la confrontation de plusieurs théories contradictoires concernant ces contrats d'État. Une des théories en la matière semble soutenir qu'« à partir du moment où le lien contractuel est avec cet État au sens du droit international, la simple logique est de concevoir le contrat d'État comme un contrat situé dans l'ordre juridique international »⁶⁷.

Dans l'affaire *Texaco-Calasiatic*, l'arbitre dont la mission consistait entre autres à déterminer le caractère obligatoire ou non du contrat de concession, devait également rechercher le droit applicable. C'est là que l'arbitre, comme l'écrit M. TCHIKAYA, va façonner une théorie du rattachement des contrats de concession à l'ordre juridique international⁶⁸. Puis d'ajouter, l'originalité de la décision *Texaco-Calasiatic* tient à l'énumération claire des moyens d'internationalisation notamment la nature des accords en présence, en fait des accords de développement qui doivent être délocalisés en l'absence de clause contraire expresse⁶⁹.

Cette thèse, comme le souligne le professeur LEBEN « trouve relativement peu de défenseurs. Cela s'explique par la conception que se font du droit international, de nombreux auteurs qui restent figés dans une vision ancienne de ce droit, comme droit ne pouvant ou ne devant s'appliquer qu'aux seules relations interétatiques. Cet auteur va encore beaucoup plus loin lorsqu'il affirme notamment que cette vision ne correspond ni à la pratique contractuelle ni à la jurisprudence arbitrale »⁷⁰. Alors que le droit international est de plus en plus présent dans la pratique contractuelle.

Il faut également rappeler ici que le droit international reconnaît l'importance du droit national de l'État contractant en matière de contrats d'État. Sur ce point, on constate tout d'abord, qu'au plan mondial, une majorité de contrats prévoit que le droit applicable est le droit de l'État contractant, purement et simplement. C'est là le fait de pays suffisamment forts pour refuser tout autre droit que le leur propre⁷¹. On voit ainsi apparaître une difficulté

67 Voy. LEBEN (CH.), *op. cit.*, p. 264.

68 TCHIKAYA (B.), *Memento de la jurisprudence, Droit international public*, Paris, 6ème Éd., hachette, 2015, p.100..

69 *Idem.*

70 LEBEN (CH.), *op. cit.*, p. 264.

71 *Idem.* p. 266.

empêchant de parler de la pratique contractuelle dans le cadre des contrats conclus entre la RDC avec les entreprises étrangères.

Dan IRIRIRA NGANGA, enseigne que, dans la plupart des cas, ces contrats contiennent des incohérences et les clauses dudit contrat ne sont pas étalées au grand public. Les contrats conclus avec le groupe d'entreprises chinoises semblent nous prouver le contraire, car ces contrats ont été présentés comme « les contrats du siècle »; ils sont par conséquent connus du grand public. Ces contrats prévoient notamment une possibilité de recourir à l'application du droit international au détriment du droit national congolais⁷².

Toutefois, il faut préciser qu'il est prévu à l'article 20 dudit contrat ce qui suit : « *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* ». En revanche, si le différend n'a pas été réglé dans les six mois qui suivent ces discussions amiables, à la demande de l'une des Parties, ce différend sera soumis à l'arbitrage de CIRDI (Centre international pour le règlement des différends relatif aux investissements) selon ses règles (article 21), 69/116.

Les juridictions arbitrales internationales ne constituent pas non plus une garantie pour l'intérêt des États, en l'espèce l'État congolais. Elles font d'ailleurs l'objet de vives critiques de la part des États en voie de développement accusant de surcroît les arbitres de vouloir souvent protéger les intérêts des acteurs privés, notamment des investisseurs étrangers et leurs entreprises multinationales, contre les États d'accueil. Les pays en développement se sont montrés à l'origine hostiles à l'arbitrage international en formulant trois grandes critiques à son sujet. Pour eux l'arbitrage international constitue un moyen pour les sociétés d'échapper aux procédures administratives et aux instances judiciaires du pays d'accueil; l'arbitrage international a toujours été préconisé par les pays développés et leurs sociétés dans leurs rapports avec les pays en développement, alors qu'eux-mêmes n'y avaient pas recours lorsqu'ils accueillaient des investissements étrangers sur leur territoire; l'arbitrage international favorise le plus souvent les sociétés étrangères, en raison aussi bien de la personnalité des arbitres que du droit appliqué⁷³. À l'évidence, force est de constater que la crainte exprimée depuis une dizaine d'années a poussé plusieurs États latino-américains à la dénonciation par trois pays du centre international de règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI)⁷⁴.

Analysant le système d'arbitrage institué au niveau du CIRDI, Mohamed BENNOUNA constate qu'il manque de transparence (les sentences demeurent pour la plupart confidentielles) et de prévisibilité, les sentences étant sans appel, peuvent s'avérer contradictoires, les précédents n'étant pas pris en compte. Enfin et surtout, ce système tel qu'il fonctionne, n'est pas exempt de conflits d'intérêt. Du fait de l'appartenance de la plupart des arbitres,

72 Dan IRIRIRA NGANGA, *op.cit.*, p141.

73 H. CASSAN, MERCURE, P.-F., et M. A. BEKHECHI, *Droit international du développement*, Paris, A. Pédone, 2019, p. 199. voir KAZADI MPLANA, *Droit de la coopération...*, *op.cit.*, p126.

74 *Idem*.

des conseils et des experts aux mêmes grands cabinets juridiques occidentaux, ces derniers sont amenés à agir comme arbitres dans certaines instances et comme conseils ou experts dans d'autres instances. Il conclut que le système CIRDI a besoin d'être revisité pour que l'arbitrage fasse l'objet d'un encadrement juridique approprié, garantissant aux Etats en particulier la prise en compte des questions sociales ou environnementales dans leurs relations

Avec l'investissement privé étranger⁷⁵. La constance, la cohérence, la prévisibilité et la régularité des décisions arbitrales rendues par les tribunaux arbitraux, y compris le CIRDI, constituent des préoccupations au cœur des réformes du règlement des différends investisseur-Etat⁷⁶. L'importance du CIRDI, en dépit de la concurrence, est qu'il concentre une grande partie des litiges en droit de l'investissement. Il demeure aujourd'hui en charge de plus de la moitié des requêtes et fait preuve d'un indiscutable dynamisme, selon les propos d'Arnaud de NANTEUIL⁷⁷.

Autre chose, Les contrats signés par l'État congolais avec le groupe d'entreprises chinoises révèlent beaucoup d'imprécisions sur le fond. Par exemple, lorsqu'il y a un cas de force majeure lors de l'exécution dudit contrat, le recours sera fait au droit commun mais sans pour autant que soit précisé de quel droit il s'agit : chinois ou congolais?

CONCLUSION.

En guise de conclusion, il est donc important de relever ici que les clauses de conventions sino-congolaises sont beaucoup plus avantageuses pour le groupe d'entreprises chinoises que pour l'État lui-même.

Cela revient à dire que le contrat contient des dispositions défavorables à l'État congolais. En ce sens, l'exploitation minière par la création d'une joint-venture qui en elle-même est une pratique très souvent utilisée par les entreprises chinoises, prévoit le remboursement des prêts contractés pour les infrastructures publiques en RDC.

Cette joint-venture a été élaborée de la manière à permettre aux entreprises chinoises d'avoir un contrôle majoritaire dans le conseil d'administration. Concrètement les contrats posent le problème du rattachement à un ordre juridique ainsi que la question du droit applicable. On constate en revanche un déséquilibre contractuel flagrant en défaveur de l'État congolais. C'est ainsi que l'on peut constater avec regret que les contrats conclus par le groupe d'entreprises chinoises avec l'État congolais incluent et arrangent dans un texte unique toutes les relations d'un pays avec un autre. Commerce, investissements, aide à la coopération et financement sont liés d'une manière qui démontre l'unicité de commande.

75 MOHAMED BENNOUNA, *Le droit international entre la lettre et l'esprit*. La Haye, Brill/Nijhoff, 2017, pp.171 – 172. Pour une étude plus focalisée sur le contentieux CIRDI, voy. T. LARDEU, *La sécurité juridique et le contentieux international des investissements*, Etude du contentieux CIRDI. Paris, L'Harmattan, 2021. voy JOSEPH KAZADI, *op cit*, p127.

76 T. LARDEU, *La sécurité juridique et le contentieux international des investissements*, Etude du contentieux CIRDI. Paris, L'Harmattan, 2021, p. 29.*idem*.

77 ARNAUD DE NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, Paris, Pédone, 2020, p. 245.

On pourrait estimer que le troc, comme une nouvelle forme de coopération, n'est rien d'autre qu'un substitut à la garantie de remboursement de la dette contractée lors de l'exécution des travaux d'infrastructures. Or, le troc a le désavantage de l'opacité en matière d'échange; on ne sait vraiment pas qui gagne et qui perd parce que comment comparer l'échange d'hôpitaux et de routes contre le cobalt et le cuivre si ce n'est par le biais du prix? Le principe du troc rend la comparaison malaisée.

De tout ce qui précède, il apparaît que les conventions sino-congolaises n'est rien d'autre qu'un contrat de droit du commerce international et que les conditions d'une qualification léonine dans la répartition des bénéfices de la Joint-ventures ne sont pas réunies.

Par conséquent; il nous revient impérieux de reformuler le régime juridique des accords bilatéraux d'investissement et d'en instaurer de changement dans leurs modèles de traité d'investissement, dans le but de clarifier certaines dispositions contenues dans ces accords souvent très général. Autrement dit, considérant le déséquilibre potentiel qui existe dans les modalités de répartition qui ont été arrêtées par les parties, il apparaît nécessaire que les contrats "chinois" soient renégociés afin de fixer les différents aspects juridiques qui pourraient porter préjudice au bon déroulement de cette entreprise. Les parties aux contrats chinois doivent en permanence garder à l'esprit la possibilité de renégocier ou revisiter les contrats pour la simple et bonne raison que les contrats d'investissement étranger constituent dans leur nature, une participation au développement de l'Etat d'accueil et s'exécutent généralement sur une longue période, ce qui a le désavantage de les rendre vulnérable aux perturbations politiques ou économiques qui affectent l'équilibre du contrat. C'est en se livrant à un tel exercice que les parties arriveront à traduire les contrats "chinois" en un véritable dispositif au service du développement économique de la République Démocratique du Congo, tout en assurant à la partie chinoise un gain commercial rationnel.

BIBLIOGRAPHIE

I. TEXTES JURIDIQUES.

1. Constitution de la République Démocratique du Congo modifiée par la loi n°11/002 du 20 janvier 2011 portant révision de certains articles de la Constitution de la République Démocratique du Congo du 18 février 2006 (Journal officiel de la République Démocratique du Congo, 52ème année, n° spécial, Kinshasa, 5 février 2011).
2. Décret n° 08/017 du 26 août 2008 portant création, organisation et fonctionnement de l'Agence congolaise des Grands Travaux « ACGT ». JORDC, 49 è année, n° 17, Kinshasa, 1er septembre 2008.
3. Loi n° 004/2002 du 21 février 2002 portant code des investissements.
4. Décret n° 12/046 du 01 novembre 2012 portant mesures d'application du code des investissements.
5. Décret n° 09/33 du 08 août 2009 portant statuts, organisation et fonctionnement de l'Agence Nationale pour la Promotion des Investissements, ANAPI en sigle.

6. Décret n°12/044 du 01 novembre 2012 modifiant et complétant le Décret n° 09/33 du 08 août 2009 portant statuts, organisation et fonctionnement de l'agence nationale pour la promotion des investissements, « ANAPI » en sigle.

II. OUVRAGES.

1. ARNAUD DE NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, 3^e éd., Paris, Pédone, 2020.
2. CANAL-FORGUES E., et RAMBAUD P., *Droit international public*, 2^eme édition, Paris, Flammarion, 2011.
3. CASSAN H., MERCURE, P.-F., et BEKHECHI M. A., *Droit international du développement*, Paris, A. Pédone, 2019.
4. GAILLARD (E.), *La Jurisprudence du CIRDI*, Vol. II, Paris, Pedone, 2010.
5. LARDEU T., *La sécurité juridique et le contentieux international des investissements*, Etude du contentieux CIRDI. Paris, L'Harmattan, 2021.
6. MANCEBO F., *Le développement durable*, Paris, Armand Colin, 2006.
7. MOHAMED BENNOUNA, *Le droit international entre la lettre et l'esprit*. La Haye, Brill/Nijhoff, 2017.
8. MONEBHURRUN (N.), *La fonction du développement dans le droit international des investissements*, Paris, L'Harmattan, 2016.
9. MONEDIAIRE (G.), (Sous dir.), *Les enjeux du développement durable*, « l'hypothèse d'un droit du développement durable », Paris, L'Harmattan, 2005.
10. MPISI J., *Le programme sino-congolais pour le développement des infrastructures en RDC*, Paris, L'harmattan, 2020.
11. SALMON J. (dir.), *Dictionnaire de Droit international public*, Bruxelles, Bruylant/AUF, 2001.

III. REVUES, ARTICLES CHAPITRES DES OUVRAGES

1. CAZALA (J.), « La dénonciation de la Convention de Washington établissant le CIRDI », *Annuaire français de droit international*, LVIII 2012-CNRS, pp.551 – 565.
2. COHEN-JONATHAN G., « L'arbitrage *Texaco-Calasiatic* contre Gouvernement libyen : décision au fond du 19 janvier 1977 », *AFDI*, Vol. 23.
3. COHEN-JONATHAN G., « L'individu comme sujet de droit international – droit international des contrats et droit international des droits de l'homme », *Mélanges Paul Amselek*, Bruxelles, Bruylant.
4. DOUMBE-BILLE (S.), « Rapport introductif », *Droit international et développement*, SFDI, colloque de Lyon, Paris, Pedone, 2015.
5. DUMBERRY P., « L'entreprise, sujet de droit international? Retour sur la question à la lumière des développements récents du Droit international des investissements », *RGDIP*, 2004.

6. GAILLARD E., « Reconnaître ou définir? Réflexions sur l'évolution de la notion d'investissement dans la jurisprudence du CIRDI » in *Le Droit international économique à l'aube du XXIème siècle. En Hommage aux Professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard*, Paris, Pédone, 2009.
7. GHERARI (H.), « Le développement », in DOUMBE-BILLE (S.), (Sous la direction de), *La régionalisation du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2012.
8. GUTHRIE, K. « Beyond Investment Protection: An Examination of the Potential Influence of Investment Treaties on Domestic Rule of Law », *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 45, n° 4, 2013.
9. JUILLARD P., « L'évolution des sources du droit des investissements », *RCADI*, tome 250, 1994.
10. KHAN (Ph.), « Les investissements internationaux, nouvelles données : un droit transnational de l'investissement », *RCADI*, 2007.
11. LEBEN, « Retour sur la notion de contrat d'Etat et sur le droit applicable à celui-ci », *Mélanges offerts à HUBERT THIERRY. L'évolution du droit international*, Paris, Pédone, 1998.
12. MARYSSE (S.), « Les contrats chinois en RDC : l'impérialisme rouge en marche? », Consultable en ligne sur le site <https://catalogue.sciencespo.fr/ark:/46513/sc0001162387>
13. MOTTE-BAUMVOL J., « Le règlement des différends à l'intention des entreprises multinationales. Quelques Réflexions à partir des principes directeurs de l'OCDE », *RGDIP*, 2014, n° 2.
14. OKITONEMBO WETSHONGUNDA L., « Des prérogatives du Président de la République en matière des contrats d'Etat en Droit congolais : de la discrétion à la remise en question » in I. MINGASHANG et J.-P. SEGIHOBE BIGIRA (dir.), *Du Droit à l'économie et de l'économie au Droit. Retour sur certains pans de l'engagement du Doyen Grégoire Bakandeja dans la pratique du droit*, Bruxelles, Larcier, 2019.
15. PELLET A., « Notes sur la fragmentation du Droit international : droit des investissements internationaux et droits de l'homme », in D. ALLAND, V. CHETAIL, O. DE FROUVILLE & JORGE E. VINALES (Ed.), *Unité et diversité du Droit international. Ecrits en l'honneur du Professeur Pierre-Marie DUPUY. Unity and Diversity of International Law. Essays in Honour of Professor Pierre-Marie DUPUY*, Martinus Nijhoff Publishers, 2014.
16. TITI C., « Les clauses de stabilisation dans les contrats d'investissement : une entrave au pouvoir normatif de l'Etat d'accueil? », *Journal du droit international*, Avril-Mai-Juin 2014.
17. VERHOEVEN J., « Droit international des contrats et droit des gens (*A propos de la sentence rendue le 19 janvier 1977 en l'affaire California Asiatic Oil Company et Texaco Overseas Oil Company c. Etat libyen*) », *Revue belge de droit international*, 1978-1979-1.

18. WENGLER W., « Nouveaux aspects de la problématique des contrats entre Etat et personnes privées », *Revue belge de Droit international*, 1978–1979.

IV. JURISPRUDENCES

1. *Salini v. Maroc (Salini Costruttori SPA. Italstrade SPA et le Royaume du Maroc)*. Décision du 23 juillet 2001. § 52.
2. *Texaco V.Libya. Texaco Overseas Petroleum co and California Asiatic oil Company V. Libya*. 19 Janvier 1977.

V. COURS

1. BEDJAOUI M., L'Humanité en quête de paix et de développement (II). Cours général de droit international public (2004), Tome 325, 2008, *RCADI*, 9–542.
2. KAZADI MPIANA J., Droit de la Coopération Internationale, L1 Droit Public, Unilu, 2021–2022 Inédit

VI. THESE

1. *Dan IRIRIRA NGANGA*, Le Cadre Juridique des investissements internationaux en République Démocratique du Congo, Aix-Marseille Université, thèse, Soutenue publiquement le 29 /06 /2019.

VII. WEBOGRAPHIE

1. arptc.gouv.cd
2. http://chinanews.free.fr/Entreprises_chinoises_en_France_18.htm
3. www.banquemondiale.org
4. www.icsid.worldbank.org
5. www.investindrc.cd
6. www.miga.org
7. www.ocde.org
8. www.un.org
9. www.unctad.org