
Questions de droit et d'investissement chinois en Afrique

Thierry Pairault

J'ai choisi de traduire et commenter un article de la professeure Han Xiuli 韩秀丽 qui est une juriste spécialiste du droit africain, professeur à la faculté de droit de l'Université de Xiamen et directrice adjointe du Centre de recherche sur l'Afrique de cette même université 厦门大学非洲研究中心. Dans cet article elle réfléchit à la nécessité d'organiser un système idoine pour la résolution des différends relatifs aux investissements entre la Chine et les États africains, car la Convention internationale serait inadaptée aux rapports sino-africains. Elle n'est pas la première à défendre cette vision, Zhu Weidong 朱伟东 (directeur de recherche à l'Institut de recherches sur l'Afrique et l'Asie de l'Ouest de l'Académie des sciences sociales de Chine)¹ ou Won Kidane (chargé de cours à la Faculté de droit de l'Université de Seattle)² l'ont fait avant elle. Après avoir consulté la base de données bibliographiques chinoises du CNKI³, il est apparu que ce thème n'était pas l'objet de très nombreuses publications *en chinois*. Outre les publications de Zhu Weidong et de Han Xiuli qui nous étaient connues et dont les références ont été ou seront données dans cette note, nous avons relevé trois mémoires de master dont les références seront aussi apportées plus loin.

Han Xiuli en introduction commence par affirmer que les nouvelles règles édictées en Chine en 2017 auraient provoqué une chute des investissements chinois dans le monde, mais qu'en revanche ceux à destination de l'Afrique auraient augmenté de 70,8%. Il est exact que l'année 2017 a vu une chute du total des investissements de 19% par rapport à son record de 2016 ; il est possible que les récentes restrictions aient quelque peu freiné leur essor, encore que les dates de promulgation de ces textes (fin août et début novembre)⁴ nous semblent avoir été trop tardives pour avoir un tel effet dès 2017. Quoi qu'il en soit, cette diminution n'a aucunement remis en question la tendance marquée depuis 2008 (voir figure 1) et ce d'autant moins que ces restrictions n'ont pas gêné les investissements en Afrique. Les motivations à investir en Afrique étant fort différentes de celles à investir dans les pays développés qui sont ceux qui ont subi le plus directement cette chute de 2017, ce seraient plus certainement des restrictions non chinoises qui pourraient avoir provoqué ce recul. En choisissant de fonder sa remarque sur les flux d'investissement en 2017, l'auteure nous masque de fait l'évolution des

¹ Zhu Weidong, « Arbitration as the Best Option for the Settlement of China-African Trade and Investment Disputes », *Journal of African Law*, 57(1), 2013, p. 149-163; « Creating a Favorable Legal Environment for the Sustainable Development of China-African Business Relations » ; Zhu, Weidong, *Creating a Favorable Legal Environment for the Sustainable Development of China-African Business Relationship* (March 31, 2014), *TSAR (Journal of South African Law)*, n° 2, 2014, <https://ssrn.com/abstract=2418253> ; 朱伟东 [Zhu Weidong], « 外国投资者与非洲国家之间的投资争议分析—基于解决投资争端国际中心相关案例的考察 » [Analyse des différends relatifs aux investissements entre les investisseurs étrangers et les pays africains — Analyse de cas connexes du CIRDI], *西亚非洲 [Asie de l'Ouest et Afrique]*, 2016(13), p. 138-160.

² Won Kidane, « China-Africa Dispute Settlement: The Law, Economics and Culture of Arbitration », Pays-Bas, Kluwer Law International, 2011, 554 p.

³ La base de données bibliographiques du China National Knowledge Infrastructure (CNKI) est le plus important agrégateur et dispensateur chinois de ressources scientifiques numérisées ; il offre en ligne, entre autres, un accès à plus de dix mille revues scientifiques chinoises et plus de soixante-trois millions d'articles que ces revues ont publiés de 1951 à aujourd'hui (statistiques à la mi-juillet 2018 accessible sur la page d'accueil) ; adresse électronique : <http://www.cnki.net/> ou <http://oversea.cnki.net/kns55/default.aspx>.

⁴ Ces dispositions sont recensées par le MOFCOM à l'adresse <http://fec.mofcom.gov.cn/article/ywzn/dwtz/>.

investissements chinois en Afrique : depuis leur pic de 2008, ceux-ci ont considérablement diminué et la forte progression de 2017 apparaît totalement en dehors du trend (voir figure 2). Je « confesserai » que pour bien souligner le biais par lequel l'auteure entend présenter son travail, je n'ai pas hésité à prendre comme référence l'année 2008 qui une année exceptionnelle pour les investissements chinois en Afrique, car elle est celle marquée par l'arrivée de la banque chinoise ICBC au capital de la Standard Bank d'Afrique du Sud dont elle détient depuis 20% des parts. Pour l'heure, aucune autre opération d'une importance comparable ne s'est produite.

Figure 1. – Investissements chinois dans le monde (2008-2017) en milliards de dollars

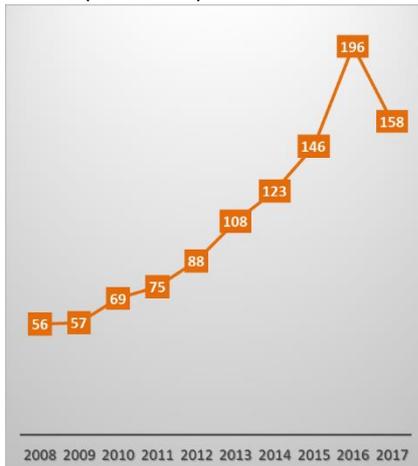
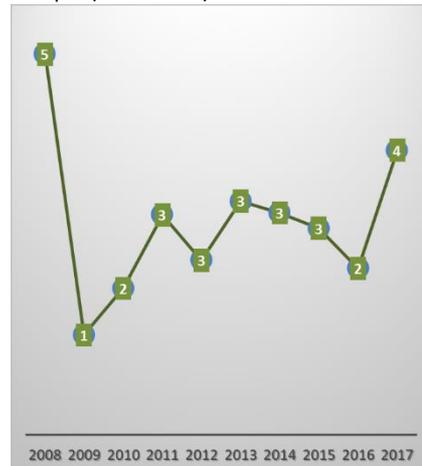


Figure 2. – Investissements chinois en Afrique (2008-2017) en milliards de dollars



Source : MOFCOM 商务部等部门联合发布《2018 年度中国对外直接投资统计公报》
<http://fec.mofcom.gov.cn/article/tjsj/tjgb/201910/20191002907954.shtml>

Han Xiuli souligne que si la Chine a bien été reconnue par 53 pays africains, seuls 18 d'entre eux ont effectivement signé avec elle un traité bilatéral d'investissement qui fixe des protections légales pour les investissements étrangers. De fait, seuls 17 pays appliqueraient ces traités, car, selon le MOFCOM⁵, le traité signé avec l'Éthiopie aurait été dénoncé à une date non précisée, mais ultérieure à 2000 et antérieure à 2017. La CNUCED ne fait nullement état de ce traité⁶, quant au Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI ou ICSID selon l'acronyme anglais), il enregistre comme étant actif⁷. Le nombre de 18 est donc très logiquement le chiffre que retient le CIRDI. Zhang Yu⁸, sans citer ses sources, fait aussi état des mêmes 18 traités auxquels il ajoute 15 traités signés, mais sans que ceux-ci ne soient jamais entrés en vigueur. Véritablement, 33 pays ont

⁵ Voir sur le site du MOFCOM la liste des traités bilatéraux d'investissement signé par la Chine et arrêtée au 12 décembre 2016 : <http://tfs.mofcom.gov.cn/article/Nocategory/201111/20111107819474.shtml>.

⁶ Voir la page consacrée aux traités bilatéraux d'investissement de l'Éthiopie sur le site de la CNUCED <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/67/ethiopia>.

⁷ Voir la base de données relative aux traités bilatéraux d'investissement du CIRDI à <https://icsid.worldbank.org/fr/Pages/resources/Bilateral-Investment-Treaties-Database.aspx#a33>.

⁸ 张宇 [Zhang Yu], 中非双边投资条约中的投资者 — 国家争端解决机制研究 [L'investisseur et les traités bilatéraux d'investissement sino-africains — Recherche sur un mécanisme national de résolution des conflits], 2017, p. 8 (mémoire de master en droit africain de l'université du Shandong soutenu le 9 mars 2017).

bien signé un traité dont seuls 17 les ont mis en vigueur – à condition de ne pas recenser deux fois le Nigéria qui a signé un premier traité en 1997 sans qu'il soit appliqué, puis en a signé un second en 2001 qui n'est entré en vigueur qu'en 2010 (voir tableau 1). Ces 17 pays créent 90% du PIB africain, mais ne disposent que de la moitié (54%) du stock d'investissements chinois en Afrique.

	Pays	Signature	Application	Observation
Les 18 pays ayant signé un traité mis en application MOFCOM, http://fts.mofcom.gov.cn/article/Nocategory/201111/201111107819474.shtml	Ghana	11/10/1989	22/11/1990	
	Égypte	21/04/1994	01/04/1996	
	Maroc	02/03/1995	27/11/1999	Aucune référence au CIRDI
	Zimbabwe	02/05/1996	01/03/1998	
	Maurice	04/05/1996	08/06/1997	
	Algérie	09/05/1996	28/01/2003	
	Gabon	09/05/1997	16/02/2009	
	Soudan	30/05/1997	01/07/1998	
	Afrique du Sud	30/12/1997	01/04/1998	
	Cap-Vert	21/04/1998	01/10/2001	
	Éthiopie	11/05/1998	01/05/2000	Abrogé
	Congo (Brazzaville)	20/03/2000	01/07/2015	
	Nigéria	27/08/2001	18/02/2010	Aucune référence au CIRDI
	Tunisie	21/06/2004	01/07/2006	Re-signé
	Guinée	20/10/2005	15/11/2006	
	Madagascar	21/11/2005	01/07/2007	
	Mali	12/02/2009	16/07/2009	
Tanzanie	24/03/2013	17/04/2014		
Les 14 pays ayant signé un traité non appliqué Mémoire de Zhang Yu, p. 8 (sans indication de source)	Zambie	1996		
	Cameroun	1996		
	Congo (Kinshasa)	1997		
	Nigéria	1997	Second traité signé en 2001	
	Botswana	2000		
	Sierra Leone	2001		
	Libye	2001		
	Kenya	2001		
	Côte d'Ivoire	2002		
	Djibouti	2003		
	Bénin	2004		
	Ouganda	2004		
	Namibie	2005		
	Guinée	2005		
Seychelles	2007			
Tchad	2010			

Les motifs pour la Chine de signer ces traités ont évolué de manière très significative. Si nous faisons une synthèse des analyses de Kate Hadley⁹, de Han Xiuli dans un article antérieur¹⁰ et de Won Kidane¹¹, nous pouvons considérer que les traités signés par la Chine avant 1996,

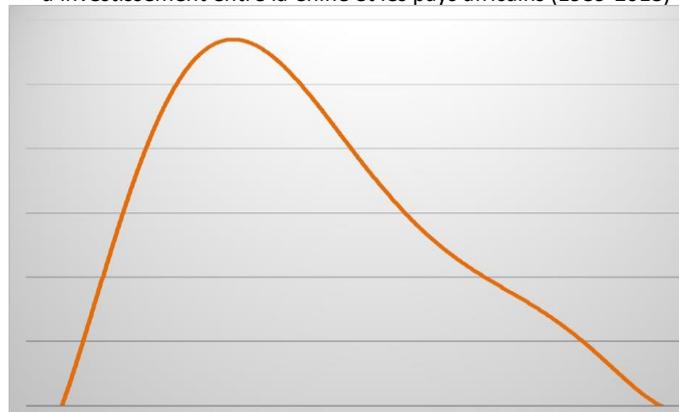
⁹ Kate Hadley, « Do China's BITs Matter? Assessing the effect of China's Investment Agreements on Foreign Direct Investment Flows, Investors' Rights, and the Rule of Law », *Georgetown Journal of International Law*, 2013, n°45, p. 255-321.

¹⁰ 韩秀丽 [Han Xiuli], « 中非双边条约：现状与前景 » [Traités bilatéraux d'investissement entre la Chine et l'Afrique : bilan et perspectives], *厦门大学学报 (哲学社会科学版)*, [Revue de l'Université de Xiamen (SHS)], n° 229, 2015(3), p. 48-57.

¹¹ Won Kidane, « China's Bilateral Investment Treaties with African States in Comparative Context », *Cornell International Law Journal*, 2016, n° 49(1), p. 141-177.

voire jusqu'en 2003, auraient une connotation d'autant plus politique qu'ils sont anciens, tandis que ceux qui ont été signés depuis verraient leurs visées économiques de plus en plus clairement affirmées. En d'autres termes, l'évolution du nombre de traités bilatéraux soulignerait distinctement le renouvellement de la nature des rapports entre la Chine et les pays africains. La date de 1992 aurait pu aussi être retenue puisque cette année-là la Chine a signé la convention du CIRDI, mais les deux dates de 1996 et de 2003 sont sans doute plus significatives pour les relations sino-africaines, car elles signalent deux moments importants de la vie politique et économique chinoise. C'est le 26 juillet 1996 que, de retour d'un voyage en Afrique, Jiang Zemin – secrétaire général du Parti communiste chinois – aurait énoncé cette injonction « Nous devons envisager activement que les entreprises publiques puissent sortir du territoire 走出去 de manière ordonnée et ciblée »¹². C'est en 2003 que la Chine entreprend la création d'un nouveau ministère du Commerce – généralement désigné par l'acronyme anglais MOFCOM pour Ministry of Commerce – qui regroupe les fonctions des ministères et bureaux antérieurement chargés du commerce à l'intérieur comme à l'extérieur de la Chine ainsi que des échanges et des coopérations économiques et techniques avec l'étranger. Un des premiers actes forts de ce ministère a été de mettre en place un appareil statistique pour suivre l'investissement direct des grandes entreprises publiques à l'étranger dont la gestion était la même année confiée une nouvelle structure *ad hoc*, la SASAC¹³.

Figure 3. – Évolution des signatures de traités bilatéraux d'investissement entre la Chine et les pays africains (1989-2018)



Sources : voir tableau 1.

Si nous regardons l'évolution tendancielle des signatures de traités bilatéraux d'investissement – en vigueur ou non – entre la Chine et les pays africains de 1989 à 2018 (figure 3), il

¹² « 要加紧研究国有企业如何有重点有组织地走出去 », rapporté par 陈扬勇 [Chen Yangyong], 江泽民 “走出去” 战略的形成及其重要意义 [La formation et l'importance de la stratégie de 'sortie' de Jiang Zemin], 党的文献 [Archives du Parti], 2009(1), p. 63.

¹³ SASAC est l'acronyme anglais de State-owned Assets Supervision and Administration Commission, c'est-à-dire le Comité chargé du contrôle et de la gestion des actifs d'État : le nom de ce comité fait référence à des actifs d'État (国有资产) et non à des entreprises ce qui souligne son orientation (voir Thierry Pairault, « Les entreprises chinoises sous la tutelle directe du gouvernement illustrées par leur investissement en Afrique », *Revue de la régulation*, n° 13, 1^{er} semestre / Spring 2013, § 16-21, <https://journals.openedition.org/regulation/105>).

apparaît clairement que la vague initiale de la fin des années 1990 au début des années 2000 s'est rapidement calmée suggérant que ces traités n'étaient sans doute pas la meilleure solution – ce que tend à confirmer le nombre de traités qui ne sont jamais entrés en vigueur. Toutefois, ni Han Xiuli ni les autres auteurs que j'ai pu lire ne sont très explicites quant aux problèmes effectivement rencontrés sauf à dénoncer en passant les prérogatives restreintes des tribunaux arbitraux, leur étroite spécialisation... De même, les solutions avancées vont généralement dans le sens d'une unification des pratiques et d'une plus grande sévérité à l'égard des pays destinataires – ici africains – des investissements qui gêneraient ou léseraient les investisseurs chinois. Han Xiuli poursuit une démarche entreprise dans un des articles antérieurs¹⁴ dans lequel elle dénonce un retour de la *doctrine Calvo*¹⁵ qui serait – bel anachronisme – insufflé par le néo-libéralisme ambiant, d'où de nombreux procès à l'encontre des entreprises chinoises œuvrant dans les pays africains sans que la Chine puisse les assister. Une telle appréciation de la situation en Afrique suggère que le gouvernement chinois ne se fait aucune allusion sur le comportement des entreprises chinoises même s'il tend à en rendre responsable l'instabilité politique sur le continent. Cette démarche contraste avec celle de certains députés européens qui dénonçant le néo-libéralisme, entendent combattre « des traitements de faveur à l'égard des investisseurs qui, bien souvent, n'agissent que comme des rentiers dont les intérêts ne sont pas de servir l'économie réelle des pays où ils sont actifs »¹⁶.

L'article de Han Xiuli n'est sans doute pas factuellement des plus informatifs. Toutefois, son intérêt est d'abord de rappeler une crainte perpétuelle de la part de la Chine et du gouvernement chinois, celle de ne pas jouir au plan international de tous les droits, de toutes les prérogatives, de tout le respect qui leur sont ou seraient dus, à telle enseigne qu'une sinisation du droit international serait seule en mesure de garantir d'une reconnaissance du poids économique et politique actuel de la Chine. La conclusion de Han Xiuli en ce sens ne laisse aucun doute sur un sentiment qui serait parfaitement légitime s'il ne s'accompagnait d'une vision qu'amplifie la déclaration de Xi Jinping du 27 août 2018 selon laquelle la stratégie des nouvelles routes de la soie « doit respecter le concept d'harmonie sous le Ciel 天下大同 que la nation chinoise a toujours défendu »¹⁷. Il s'agit de

¹⁴ 韩秀丽 [Han Xiuli], « 再论卡尔沃主义的复活 — 投资者-国家争端解决视角 » [De la renaissance du calvoïsme — à propos du règlement des différends entre investisseur et État], 现代法学 [Science juridique moderne], 36(1), 2014, p. 121-135.

¹⁵ La doctrine Calvo est une doctrine de droit international qui prône que la solution des différends opposant des nationaux et des ressortissants étrangers soit de la compétence des tribunaux locaux afin d'éviter le recours à la pression diplomatique ou l'intervention militaire.

¹⁶ Philippe Lamberts, président du groupe Verts-ALE, le 29 janvier 2019, <https://europeecologie.eu/les-tribunaux-arbitraux-privés-legaux-attendons-lavis-de-la-cour>.

¹⁷ Xi Jinping: Tuidong gongjian "yidai yilu" zou shen zou shi zaofu renmin [Xi Jinping : Promouvoir de nouvelles routes de la soie pour un plus grand et meilleur bien-être des populations], 27 août 2018, http://www.xinhuanet.com/politics/2018-08/27/c_1123336562.htm.

cette *Pax Sinica* que la Chine avait (et a encore) imposée à ses tributaires ou – mieux – ses colonies¹⁸.

L'intérêt de cet article est également de nous signaler l'existence d'une réflexion juridique relative à la présence chinoise en Afrique plus consistante aujourd'hui que quelques années auparavant lorsqu'un numéro spécial de la revue *Asie de l'Ouest et Afrique* 西亚非洲 était consacré à l'état de la recherche africaniste chinoise et faisait un bilan assez désenchanté : « D'une manière générale, la recherche sur le droit africain connaît deux problèmes principaux. Le premier est que ces recherches sont trop générales et trop superficielles, qu'elles manquent de la profondeur nécessaire. Le second est que leur objet n'est pas assez lié aux réalités africaines, qu'elles n'ont en particulier aucune prétention stratégique et répondent peu à la demande sociale chinoise qui n'est pas seulement en quête d'une compréhension des aspects généraux du droit africain, mais aussi de recommandations pratiques »¹⁹.

韩秀丽 [Han Xiuli] 中国在非投资的法律需求：境外投资立法 [Besoins juridiques chinois pour investir en Afrique : la réglementation de l'investissement à l'étranger], 海外投资与出口信贷 [Investissement outre-mer et crédits à l'export], 2019, n°5, p. 7-10.

Pour éviter toute confusion institutionnelle, nous parlerons de « règlements » et de « réglementation » voire de « code » plutôt que de « lois » et de « législation », car ces dernières expressions impliquent le plus souvent un processus parlementaire que la Chine est loin de connaître.

Les notes de l'auteure apparaissent en fin de document et sont numérotées alphabétiquement (a, b, c etc.). Nos commentaires apparaissent en bas de page et sont numérotés à la suite des notes des pages de présentation précédentes.

IMAGE RÉALISTE DE L'INVESTISSEMENT CHINOIS EN AFRIQUE

À la fin des années 1990, avec le rapide essor de l'économie chinoise, les investissements de la Chine en Afrique ont commencé à se développer. De 2003 à 2014, ils ont augmenté rapidement. En 2017, le gouvernement chinois a renforcé son filtrage et son contrôle des investissements à l'étranger et globalement, les investissements chinois à l'étranger ont diminué. Malgré ce contexte, les investissements chinois en Afrique ont augmenté de 70,8% en un an. En dépit d'une croissance impressionnante, les investissements chinois en Afrique se classent toujours derrière ceux des principaux pays développés. Fin 2017, les pays en fonction

¹⁸ Le concept impérial de *tianxia* 天下 utilisé par Xi Jinping inclut traditionnellement tout ce qui est « sous le Ciel », c'est-à-dire sous la tutelle de la Chine, les pays tributaires ou colonies.

¹⁹ 洪永红 [Hong Yonghong], 郭炯 [Guo Jiong], « 非洲法律研究综述 » [Revue des études de droit africain], 西亚非洲 [Asie de l'Ouest et Afrique], 2011/5, p. 46.

de leur stock d'investissement en Afrique se classent ainsi : la France occupe toujours la première place en Afrique, cela résulte de ses liens historiques et d'énormes investissements dans la production d'hydrocarbures ; les Pays-Bas se classent au deuxième rang ; les stocks d'investissement des États-Unis et du Royaume-Uni conservent leurs troisième et quatrième rangs en dépit de leur baisse enregistrée au cours des quatre dernières années suite à un désinvestissement et un rapatriement des bénéficiaires ; le stock d'investissement de la Chine arrive au cinquième rang derrière ces pays²⁰. Bien que l'investissement chinois en Afrique ait augmenté rapidement et ait obtenu des résultats exceptionnels malgré son arrivée tardive, les pays développés restent les principaux acteurs de l'investissement étranger en Afrique.

Bien que le total des investissements chinois en Afrique soit inférieur à ceux des principaux pays développés, les États-Unis et d'autres pays considèrent toujours la Chine comme un concurrent puissant. Bien que la Chine ait contribué considérablement au développement des pays africains bénéficiaires, elle est souvent l'objet de rapports négatifs. Les problèmes et défis rencontrés par les investisseurs chinois et leurs projets d'investissement en Afrique doivent être traités conjointement par les pays hôtes et la Chine.

ÉTAT ET LACUNES DE LA RÉGLEMENTATION CHINOISE SUR LES INVESTISSEMENTS À L'ÉTRANGER

La réglementation chinoise sur les investissements à l'étranger est l'ensemble des règlements nationaux et internationaux qui réglemente les comportements d'investissement à l'étranger des investisseurs nationaux et des entreprises nationales investissant à l'étranger²¹.

La réglementation chinoise existante relative aux investissements nationaux sortants comprend principalement les documents normatifs et réglementaires émis par les ministères. Par exemple, les Modalités d'administration des investissements à l'étranger des entreprises²², les Modalités d'administration des investissements à l'étranger²³, les Modalités d'approbation et d'enregistrement des projets d'investissement à l'étranger²⁴, les Instructions relatives à l'orientation et à la réglementation des investissements à l'étranger²⁵, la Décision relative au contrôle des changes pour les investissements directs à l'étranger par des institutions nationales²⁶, Directives pour la gestion de la conformité des opérations à l'étranger des

²⁰ Voir notre document de travail, *Investissements en Afrique : La Chine et les « partenaires traditionnels »*.

²¹ 境内投资主体和境外投资企业. Pour ne pas alourdir la traduction, par la suite nous traduirons cette expression par « investisseurs » ou « investisseurs à l'étranger », « ceux qui investissent à l'étranger » ...

²² 企业境外投资管理办法, texte édicté le 26 décembre 2017 par la Commission nationale pour le développement et la réforme, <http://www.mofcom.gov.cn/article/b/g/201803/20180302719303.shtml>.

²³ 境外投资管理办法, texte édicté le 6 octobre 2014 par le MOFCOM, <http://www.mofcom.gov.cn/article/b/c/201409/20140900723361.shtml>.

²⁴ 境外投资项目核准和备案管理办法, texte édicté le 8 avril 2014 par la Commission nationale pour le développement et la réforme, https://www.ndrc.gov.cn/fggz/lywzjw/zcfg/201404/t20140410_1046959.html.

²⁵ 关于进一步引导和规范境外投资方向的指导意见, texte édicté le 18 août 2017 par le Conseil des affaires de l'État (*i.e.* le gouvernement chinois), http://www.gov.cn/zhengce/content/2017-08/18/content_5218665.htm.

²⁶ 境内机构境外直接投资外汇管理规定, texte édicté le 13 juillet 2009 par le SAFE [acronyme anglais du Bureau national chargé du contrôle des changes], <http://m.safe.gov.cn/safe/2009/0713/5536.html>.

entreprises²⁷, Guide pour la participation des investissements à l'étranger à la protection de l'environnement²⁸, etc.

Ces textes normatifs et réglementaires émis par les ministères ont joué un rôle important dans la promotion et l'orientation des investissements chinois à l'étranger, en particulier en ce qui concerne cet élément clé qu'est l'« autorisation de sortie »²⁹ accordée aux investisseurs nationaux. Toutefois, leur conception est politiquement très bureaucratique, par suite ces textes ont une utilité limitée en matière de protection, de facilitation et de promotion des investissements. En raison de leur parcellisation et de la multiplicité de leurs auteurs 法出多门], ces textes entrent de surcroît en conflit, ce qui accroît le coût du respect de la loi pour les investisseurs. Par exemple, en ce qui concerne la définition de l'investissement à l'étranger – point de départ du travail réglementaire –, le texte publié en 2017 par la Commission nationale pour le développement et la réforme³⁰ et celui publié en 2014 par le ministère du Commerce³¹ n'en donnent pas la même. Le premier en donne une définition très large qui inclut les investissements de toutes les entreprises financières ou non ; le second n'inclut que les investissements des entreprises non financières³². Leurs définitions des investissements à l'étranger qui sont interdits et de ceux considérés comme sensibles ne sont pas identiques. De plus, ces deux textes fixent des procédures et des critères différents pour la soumission et l'approbation selon que l'investissement est considéré comme sensible ou non. Bien que les préoccupations soient distinctes, les investisseurs concernés doivent se conformer en même temps à des procédures et des séries de critères différentes, il est indubitable que cela ne peut que compliquer la tâche des investisseurs.

La réglementation internationale des investissements à l'étranger résulte principalement des accords internationaux d'investissement, y compris les traités bilatéraux d'investissement, les accords de libre-échange contenant des clauses d'investissement ; au sens large, certains accords internationaux d'investissement comprennent également des clauses empêchant la double imposition. La Chine n'a pas signé d'accords de libre-échange avec les pays africains. Bien que ses investissements touchent près de 54 pays africains, seuls 18 pays ont signé avec elle des traités bilatéraux d'investissement³. Étant donné que la plupart de ces traités ont été signés dans les années 1990, ils ont un effet limité sur la protection des investissements des investisseurs en Afrique. Ces cinq dernières années, cinq affaires impliquant des

²⁷ 企业境外经营合规管理指引, texte édicté le 26 décembre 2018 par la Commission nationale pour le développement et la réforme, http://www.gov.cn/xinwen/2018-12/31/content_5353734.htm.

²⁸ 对外投资合作环境保护指南

²⁹ L'auteure a mis des guillemets à l'expression chinoise 准出 (littéralement « autorisé à sortir ») pour souligner les deux caractères imprimés par le coup de tampon que donnerait un bureaucrate sur une demande.

³⁰ Voir *supra* note 22.

³¹ Voir *supra* note 23.

³² Les annexes statistiques du Communiqué annuel sur l'investissement chinois à l'étranger recensent les investissements sans distinguer leur origine financière ou non 金融类/非金融类, <http://fec.mofcom.gov.cn/article/tjsj/tjgb 201910/20191002907954.shtml>.

investisseurs chinois (y compris des investisseurs à Hong Kong et Macao, Chine) contre des gouvernements étrangers l'ont pleinement démontré^b. Les difficultés auxquelles se heurte l'analyse tiennent principalement au fait que le tribunal arbitral n'aucune compétence en dehors d'évaluer la compensation en cas de réquisition. En outre, en ce qui concerne l'ouverture des droits à compensation, les tribunaux arbitraux ne sont pas d'accord sur leur compétence en matière de la responsabilité du pays hôte. De même en ce qui concerne les accords relatifs à la double imposition, le nombre d'accords efficaces est très limité, sans compter que la mise en œuvre de nombre d'accords tarde, ce qui empêche de répondre aux besoins réels des investissements chinois en Afrique^c.

Si l'on examine les pratiques des pays développés, bien qu'ils n'aient pas une réglementation unique sur les investissements à l'étranger, ils disposent de politiques, de documents juridiques et de systèmes organisationnels complets. Selon l'expérience des pays développés, les politiques et règlements pour l'investissement à l'étranger comprennent : la fourniture d'informations, le financement, les avantages financiers, l'assurance contre les risques politiques, la protection par des accords internationaux d'investissement, les traités exemptant de la double imposition et l'aide publique au développement... qui promeuvent, soutiennent, encouragent et protègent les investissements des investisseurs à l'étranger.

C'est pourquoi les investisseurs chinois attendent avec impatience l'introduction d'une réglementation unifiée pour harmoniser dans tous les domaines l'investissement chinois à l'étranger. En 2017, le décret n° 11 de la Commission nationale pour le développement et la réforme de 2017 donne la vision d'un Règlement de l'investissement à l'étranger qui préfigure une réglementation unifiée des investissements à l'étranger.

PERSPECTIVES SUR LA RÉGLEMENTATION CHINOISE SUR LES INVESTISSEMENTS À L'ÉTRANGER

La réglementation sur les investissements à l'étranger est un projet systémique incluant le droit national et le droit international. En ce qui concerne le premier, il convient d'observer deux situations :

Premièrement, en ce qui concerne la logique et le contenu spécifique du droit national, nous avons besoin d'une réglementation spécifique – un Code de l'investissement à l'étranger 境外投资法 – qui devrait se conformer à la loi chinoise sur les investissements [en Chine] des étrangers 外商投资法 ainsi qu'aux traités internationaux sur l'investissement. Il devrait également adopter une logique de facilitation, de promotion, de protection et de contrôle et ainsi pallier l'actuelle parcellisation des règlements et autres textes réglementaires partant éliminer et abroger les dispositions légales contradictoires. Par ailleurs, il convient d'établir clairement une répartition des responsabilités entre les administrations afin d'éviter les chevauchements ou les lacunes. En outre, du point de vue du droit administratif, il importe de

de clarifier non seulement les responsabilités juridiques des interlocuteurs administratifs, mais celles des administrations elles-mêmes.

En outre, les textes réglementaires existants et applicables aux investissements à l'étranger, comme le Code sur la concurrence déloyale 反不正当竞争法 et le Code sur les monopoles 反垄断法, pourraient être mentionnés dans le [futur] Code sur l'investissement à l'étranger 境外投资法 pour souligner qu'ils s'appliquent à la concurrence qui s'exerce à l'étranger entre les entreprises chinoises et leurs projets d'investissements. L'article 2 de l'actuel Code sur les monopoles stipule clairement qu'il « s'applique aux comportements monopolistes hors de la République populaire de Chine qui ont pour effet d'interdire ou de restreindre la concurrence sur le marché intérieur » ; en revanche, il n'inclut pas de tels comportements qui, hors de Chine, auraient pour effet d'interdire ou de restreindre la concurrence sur les marchés extérieurs.

Deuxièmement, nous devons lever toute ambiguïté quant à l'applicabilité et l'efficacité extraterritoriales du Code sur l'investissement à l'étranger. De nombreux investisseurs chinois de même que des cadres gouvernementaux estiment que la réglementation actuelle sur les investissements à l'étranger est inapplicable à l'étranger, car à l'étranger il existe une réglementation locale, nos divers textes réglementaires ne peuvent seulement que contrôler l'autorisation donnée à ces investissements. Les canaux par lesquels s'appliqueraient ces textes à l'étranger passeraient [nous dit-on] par les statuts de la société. En vérité, cette vision est erronée. « Tant qu'il existe un lien réel entre l'objet de la réglementation et le pays qui souhaite cette réglementation, le droit international coutumier lui reconnaît une compétence réglementaire. Le lien entre l'État et l'objet réglementé est généralement un lien spécifique tel que le territoire, le résultat, les protagonistes actifs ou passifs, la protection. Dans le cadre de la compétence universelle, le véritable lien réside dans le souci général des États de prévenir certains crimes »^d. Par conséquent, tant qu'il existe une relation substantielle et réelle entre un administré et l'administration, les actes extraterritoriaux de l'administré sont de la compétence de cette administration. En ce qui concerne les investisseurs nationaux chinois qui investissent à l'étranger, les lois chinoises sont naturellement compétentes, en particulier quand cette compétence intéresse la réglementation et la protection. Même pour les investisseurs étrangers en dehors de la Chine, la réglementation chinoise sur les investissements à l'étranger peut également s'imposer. La loi anticorruption des États-Unis s'applique aux entreprises états-uniennes à l'étranger et aux entreprises non états-uniennes à l'étranger qui soudoient des représentants des gouvernements des pays hôtes.

Certains opérateurs chinois et projets chinois d'investissement à l'étranger tiennent pour acquis que le gouvernement chinois a l'obligation de réglementer les projets d'investissement et les entreprises à l'étranger. Cependant, selon le droit international coutumier, bien que le

gouvernement chinois ait le droit de le faire, il n'a aucune obligation de le faire. La compétence en matière d'investissement étranger n'est une obligation en vertu du droit international que si elle est requise qu'en vertu d'un traité conclu avec un pays. Par exemple, après que le Comité permanent du Congrès national du peuple a ratifié la Convention des Nations Unies contre la corruption^e, la Chine a criminalisé la corruption d'agents publics étrangers, car, en tant qu'État contractant, la corruption commerciale est régie conformément aux dispositions de la Convention, non seulement nationale, mais aussi à l'étranger. L'article 164, paragraphe 2, de la loi pénale chinoise stipule que ceux qui, pour obtenir des avantages commerciaux indus, ont abondamment rétribué en nature ou en espèces à des agents publics étrangers sont passibles de peines de prison fermes de moins de trois ans ou de réclusion temporaire³³ ; si le montant est très élevé, ils sont passibles de peines de trois à dix ans fermes et de peines d'amendes. Si c'est une personne morale qui est impliquée, elle sera condamnée à une amende ; de même, le cadre directement responsable et toutes les autres personnes directement responsables seront punis en conséquence. Par conséquent, en ce qui concerne la corruption à l'étranger, il existe évidemment un système de double peine par le pays hôte et le pays d'origine, ce qui est également la pratique en Chine qui applique la Convention des Nations Unies contre la corruption.

En matière de droit international, de nombreuses entreprises qui investissent en Afrique ignorent l'existence de traités d'investissement bilatéraux voire les considèrent comme négligeables et supposent qu'il est impossible de poursuivre le gouvernement du pays hôte. En cas de problème, ils attendent une aide par les voies diplomatiques via leurs ambassades et consulats, car ils pensent que c'est le moyen le plus efficace et le plus rapide pour régler les différends. Cependant, le but initial des traités bilatéraux d'investissement était de fournir une protection juridique aux investissements étrangers des pays développés afin d'éviter la politisation du règlement des différends, ils ont de fait joué un rôle important dans la protection des investissements étrangers des pays développés. Il s'agit de faire des traités bilatéraux d'investissement offensifs³⁴. Même si investisseur n'est pas disposé à résoudre les différends en matière d'investissement avec le pays hôte par voie d'arbitrage, l'existence d'un traité bilatéral d'investissement lui-même impose au pays hôte des obligations de droit international et a un effet contraignant et dissuasif sur le gouvernement du pays hôte. Aux termes de ces traités, les pays hôte devraient réserver aux investisseurs étrangers le traitement national, le traitement de la nation la plus favorisée, et avoir une réception juste et équitable ainsi qu'une protection et une sécurité complètes, etc. Les clauses générales des traités bilatéraux d'investissement augmentent même les obligations contractuelles du pays hôte envers les investisseurs en tant qu'obligations conventionnelles. Ces dernières années, les traités bilatéraux d'investissement ont également eu tendance à accroître les obligations

³³ En Chine, l'expression 拘役 désigne des peines de moins de six mois.

³⁴ Le texte parle d'une loi « ayant des dents » “有牙齿的”法律, sans doute par imitation de l'anglais *toothed law*.

des investisseurs, mais dans la plupart des cas ce sont des clauses souples, qui aideront également les investisseurs à se conformer aux obligations légales, à s'acquitter de leurs responsabilités sociales dans le pays hôte et à réaliser véritablement le développement durable.

La réglementation des investissements à l'étranger n'est pas un problème auquel seule la Chine serait confrontée, car en la matière il existe une concurrence féroce. Le 5 octobre 2018, le président Trump a officiellement signé le BUILD Act (Better Utilization of Investments Leading to Development Act) et, en vertu de cette loi, il a créé une agence officielle nommée International Development Finance Corporation (DFC), qui fusionnera les compétences de l'Overseas Private Investment Corporation (OPIC) et de la Development Credit Authority de l'USAID. Ainsi s'ouvrira une nouvelle ère pour le financement américain du développement et pour la promotion des investissements à l'étranger. D'un point de vue juridique, il s'agit évidemment d'une réglementation états-unienne destinée à promouvoir le développement des investissements américains à l'étranger, ainsi qu'à guider et promouvoir la répartition stratégique mondiale et régionale des investissements américains. En ce qui concerne le rôle possible du BUILD Act et de la DFC dans l'investissement états-unien à l'étranger, l'édition 2019 du *World Investment Report* estime que la future croissance de l'investissement américain en Afrique en sera considérablement encouragée³⁵.

En bref, dans le contexte d'une antimondialisation et du repli des pays sur eux-mêmes, nous devons mettre en évidence le rôle de l'état de droit international, apporter notre propre contribution à son essor et en diriger le développement. Dans le même temps, nous ne devons ni ignorer ni minimiser le rôle essentiel de notre propre réglementation pour influencer le développement du droit international à partir de notre droit national. Parce que la pratique d'une réglementation unique sur les investissements à l'étranger n'a jamais été vue auparavant dans d'autres pays du monde, elle peut devenir une pratique unique pour la Chine et conduire le développement de l'état de droit pour les investissements à l'étranger dans d'autres pays. Bien sûr, la chose la plus fondamentale est de jouer un rôle dans la facilitation, la promotion, la protection et la gestion de la législation chinoise sur les investissements à l'étranger, ce qui est particulièrement important pour les investissements chinois en Afrique.

RÉFÉRENCES [telles que données par l'auteure]

Brownlie I, *Principles of Public International Law* [M]. Oxford: Oxford University Press, 2003.

Sauvant K P, Chen V., "China's Regulatory Framework for Outward Foreign Direct Investment" [J]. *China Economic Journal*, 2014.

³⁵ UNCTAD, *World Investment Report 2019*, Genève, 2019, p. 39, <https://unctad.org/en/pages/PublicationWebflyer.aspx?publicationid=2460>.

Sauvant K P, *A New Challenge for Emerging Markets: The Need to Develop an Outward FDI Policy* [J]. Columbia FDI Perspectives on Topical Foreign Direct Investment Issues, 2017(203).

Yeophantong P, Maurin C., "China and the Regulation of Outbound Investment: Toward a 'Responsible Investment'" Policy Framework [M]//*Yearbook on International Investment Law & Policy 2014-2015*. Oxford University Press, 2016.

The Build Act [EB/OL]. <https://www.opic.gov/build-act/overview>.

UNCTAD, *World Investment Report 2019: Special Economic Zones* [R]. 2019.

Xiuli Han, "The Future of Bilateral Investment Treaties between China and Africa" [J]. *South African Yearbook of International Law*, 2015(1).

NOTES DE L'AUTEUR

^a <http://tfs.mofcom.gov.cn/article/Nocategory/201111/20111107819474.shtml>.

^b <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/42/china/investor>.

^c 杨既福、温融：《论“一带一路”建设中国际税收协定的滞后性及其克服》，《山东社会科学》，2017年第11期。

^d Restatement of the Law Fourth, The Foreign Relation Law of the United States: Selected Topics in Treaties, Jurisdiction, and Sovereign Immunity [M]. St. Paul, MN: American Law Institute Publishers, 2018.

^e 参见《全国人大常委会关于批准〈联合国反腐败公约〉的决定》，2005年10月27日通过，2006年2月12日对我国生效。