

# LES AXES D'UNE SOLUTION JURIDIQUE A LA PROBLEMATIQUE DES FONDS VAUTOURS

**Kabange Nkongolo Christian-Junior**

Avocat près la Cour d'Appel

Chef de Travaux à la Faculté de droit de l'Université de Kinshasa

PhD Candidate at the University of South Africa (2011)<sup>1</sup>

## 1. Introduction

Les fonds vautours, fléau menaçant les économies de plusieurs Etats pauvres très endettés,<sup>2</sup> sont une espèce jusqu'ici peu appréhendée par plusieurs juristes du sud à l'expression classique. Ceci est dû au fait que la formulation de cette notion lui donne à première vue, beaucoup plus une connotation économique que juridique. Le contexte étant celui de la dette extérieure des Etats pauvres très endettés, il y va de soi qu'*a priori* le concept soit simplement rangé dans la seule sphère de l'économie. Cependant, au delà de cette apparence, la notion renferme bel et bien en substance un contenu juridique, en ceci que toute l'opération repose sur les relations triangulaires telles que consacrées par le droit civil des obligations. Les fonds vautours désignent des entités ou sociétés spécialisées dans le rachat à vil prix des titres de la dette extérieure des Etats pauvres, pour ensuite spéculer sur le montant initial et les intérêts dûs, afin d'obtenir la totalité du paiement, se substituant au cédant et intentant des actions en justice contre l'Etat débiteur, généralement devant les juridictions d'un autre Etat dont la loi leur est favorable et où des fonds appartenant à l'Etat débiteur sont saisissables. Comme souligné dans la proposition de loi soumise au congrès américain à ce sujet,<sup>3</sup> les fonds vautours recherchent un

---

<sup>1</sup> Pour référence, cet article figure dans le numéro 5 de la Revue Dounia (juin 2012) 96-112.

<sup>2</sup> Le lecteur doit noter ici que le concept d'«Etats pauvres très endettés» correspond dans le cadre de cet article au concept de « Pays Pauvres très endettés» tel que conçu dans les programmes de la Banque Mondiale et du Fonds Monétaire International. L'utilisation du vocable Etat en lieu et place de celui de Pays semble mieux appropriée pour une discussion en droit, encore que des questions liées à la distinction entre la personnalité juridique de l'Etat et celle de ses entreprises publiques sont largement débattues ici.

<sup>3</sup> Voir section 2 (7) de la proposition de loi introduite au congrès américain le 18 Juin 2009 par Mme WATERS. (The Stop Very Unscrupulous Loan Transfers from Underprivileged countries to Rich, Exploitive Funds or "Stop VULTURE Funds" Act") (Bill H. R. 2932). Cette proposition n'a pas jusqu'ici été adoptée.

paiement au prix le plus fort, qui parfois va même au-delà du taux arrêté pour les autres créanciers multilatéraux (Le Fonds Monétaire International (FMI), la Banque Mondiale (BM), l'Union Européenne (UE) etc.) ou bilatéraux (Le Club de Paris ou même le Club de Londres).<sup>4</sup>

L'hypothèse d'école nous vient de l'affaire *Donegal Int'l Ltd v Zambia*<sup>5</sup> où un fonds d'investissement privé Américain (Donegal) racheta en 1998 pour un montant de 3 millions de dollars, le titre de créance que la Roumanie possédait sur la Zambie à la suite d'un prêt de 15 millions de dollars consenti à cette dernière en 1979 pour l'achat de tracteurs. Ce fonds vautour va dès lors réclamer à la Zambie et obtenir en 2005 la somme de 55 millions de dollars devant une haute cour anglaise. Si *stricto sensu*, cette opération n'a formellement rien d'illégal, il reste que son fondement est totalement immoral.<sup>6</sup> Il s'agit de spéculer sur le maximum de gain possible qui résulterait de l'accumulation d'intérêts financiers à la suite du défaut de paiement prolongé de l'Etat débiteur. Le caractère immoral et cynique de cette opération est beaucoup mieux perçu par son effet qui tend naturellement à asphyxier l'économie de l'Etat débiteur en le privant de moyens nécessaires pour réaliser son programme économique.

Pour alléger le poids de la dette devenu extrêmement lourd, la BM et le FMI décidèrent en 1996 de mettre sur pied un programme spécial, l'initiative Pays Pauvres Très endettés (PPTE). Le but de ce programme est de procéder à l'allègement puis à l'effacement de la dette extérieure des Etats pauvres très endettés<sup>7</sup> dès l'instant que ceux-ci atteignent le point d'achèvement. Ainsi, en procédant à leurs opérations, les fonds vautours ralentissent les efforts de la BM et du FMI en privant l'Etat bénéficiaire de l'effacement de la dette, de la possibilité de mobiliser plus de fonds pour procéder à des nouveaux investissements et répondre aux besoins socio-économiques de sa population. Pire, l'effacement de la dette profite d'avantage à consolider la situation des fonds vautours en ceci que l'Etat débiteur ayant bénéficié d'une remise de dette,

---

<sup>4</sup> Voir aussi IMF "Heavily Indebted Poor Countries (HIPC) Initiative and Multilateral Debt Relief Initiative (MDRI)— Status of Implementation," IMF Report (15 October 2007).

<sup>5</sup> *Donegal Int'l Ltd v Zambia* [2007] EWHC (Comm) 197, [6] (Eng.).

<sup>6</sup> Dans la *Common Law*, cette pratique est connue sous le nom de « Champerty » (racheter une créance dans le seul but d'ester en justice et d'obtenir un bénéfice). Cette pratique a été pendant longtemps illégale aux USA et au Royaume Uni. Ce qui n'est plus le cas de nos jours.

<sup>7</sup> La grande majorité des Etats admis à l'initiative PPTE sont Africains. IMF «IMF Factsheet» Source : <http://www.imf.org/external/np/exr/facts/hipc.htm> (Consulté le 24 Décembre 2010).

voit sa solvabilité accrue à l'égard de ses créanciers vautours. Ce qui fait dire à Philippe que la justice est dans ce cas susceptible de se montrer plus réceptive aux demandes de ces débiteurs voraces.<sup>8</sup>

Quelle est alors la solution envisageable pour ces Etats pauvres très endettés? Telle est la question à laquelle la présente réflexion voudrait répondre. Il s'agit de voir précisément d'un point de vue juridique, quels sont les grands axes que ces Etats pourraient exploiter pour faire face à ces tsunamis financiers. Dans ce contexte, il y a lieu de saluer l'initiative prise par la Banque Africaine de Développement (BAD) qui a mis en place en 2009 la Facilité Africaine de Soutien Juridique, institution devant apporter une assistance juridique aux Etats Africains en cette matière.

Mise à part cette introduction, la réflexion qui suit se recoupe en trois sections. Dans une première, il s'agit de cerner les solutions envisageables pour les dettes en cours (2). L'analyse s'évertue à scruter dans quelle mesure la théorie des « immunités dues à l'Etat » et celle de la « personnalité juridique des entreprises publiques » peuvent être exploitées pour barrer la route aux prédateurs vautours. Sous cette dernière rubrique, une critique de la dernière décision rendue par la Cour d'appel de Jersey (aux îles britanniques) dans l'affaire qui oppose la Gécamines et le Groupement pour le Traitement du Terril de Lubumbashi (GTL) au FG Hémisphère Associates(FGH),<sup>9</sup> a semblé nécessaire pour démontrer toute l'incertitude des théories et principes appliqués par la juridiction anglaise<sup>10</sup> dans ce cas. Ce qui conduit inévitablement à la conclusion qu'en l'état actuel des choses, les Etats pauvres et leurs entreprises publiques naviguent à bord d'un navire truffé d'insécurité juridique.<sup>11</sup> C'est pour cette raison que la seconde section s'attarde sur les techniques juridiques que ces Etats

---

<sup>8</sup> Philippe D. « Initiatives législatives en matière de fonds vautour : Portée et efficacité ». Source [www.philippelaw.com/en/node/2489](http://www.philippelaw.com/en/node/2489) (Consulté le 1 Septembre 2011).

<sup>9</sup> *Gécamines/Groupement pour le Traitement du Terril de Lubumbashi (GTL) (Appelants) c/ FG Hémisphère Associates(FGH), DR Congo (Respondents)* 2011]JCA141 (14 Juillet 2011).

<sup>10</sup> L'adjectif "anglais" est pris dans un sens très large dans cet article, en référence à tout ce qui a trait aussi bien au Royaume Uni qu'aux îles dépendantes de la Couronne.

<sup>11</sup> Voir à ce sujet Sakai qui judicieusement défend l'idée d'adopter des conventions régionales ou universelles en vue d'éviter des traitements divergents par les juridictions nationales étrangères et ainsi uniformiser les règles en la matière. Sakai L. « Les immunités d'Etats : Vers un processus d'érosion » in *Passages de Paris Edition Spéciale* (2009), p. 39.

pourraient utiliser dans la négociation des accords de prêt à venir. Puis, vient alors la troisième section qui boucle la présente réflexion.

## **2. Perspectives juridiques pour les dettes en cours**

Vu qu'il n'existe à ce jour aucune convention multilatérale ni même des accords bilatéraux qui traitent spécifiquement de la problématique des fonds vautours, les axes d'une solution juridique pour les dettes en cours demeurent très exigus. Seules quelques initiatives existent au niveau national, précisément la loi belge (Loi visant à empêcher la saisie ou la cession des fonds publics destinés à la coopération internationale, notamment par la technique des fonds vautours 2008) et la loi anglaise (Debt relief (developing countries) 2010).<sup>12</sup> Mais quel que soit le bénéfice que les Etats pauvres très endettés peuvent en tirer, il est tout aussi clair que ces législations ont un caractère limité, particulièrement de par leur application dans un espace géographique qui se réduit au territoire national.<sup>13</sup> Néanmoins, il ne demeure pas moins opportun de voir les possibilités qu'elles offrent.

En dehors de ces lois, la réplique aux fonds vautours doit s'arc-bouter sur les règles et principes généraux déjà existants.<sup>14</sup> Ainsi, vu que les fonds vautours ont pris l'habitude de recourir aux cours et tribunaux autres que ceux de l'Etat débiteur, le premier réflexe sera de voir dans quel cas il serait possible d'invoquer les immunités dues à l'Etat devant une juridiction étrangère. Ensuite, partant du fait que les dettes contractées par les Etats pauvres impliquent parfois leurs entreprises publiques, la possibilité pour celles-ci de faire prévaloir la théorie d'une personnalité juridique distincte de celle de l'Etat mérite bien d'être discutée.

### **2.1 Dettes en cours et Immunités dues à l'Etat**

---

<sup>12</sup> La proposition de loi française (Proposition de loi n°131, déposée au parlement par M. M. Le Fur, en Aout 2007) tout comme celle américaine n'a pas jusqu'ici été adoptée.

<sup>13</sup> Voir par exemple, le cas de la Gécamines où la loi anglaise ne pouvait pas être appliquée vu que son champ d'application ne recouvre pas le Jersey. Même lorsque la loi couvre l'ensemble du territoire national, elle ne demeure pas moins pour autant limitée, en ceci que la protection se limite à la seule juridiction de l'Etat législateur.

<sup>14</sup> Ceci signifie qu'il faut recourir aux règles et principes existants non seulement en droit international, mais aussi dans le droit national de l'Etat dans lequel le fonds vautour aura saisi la justice. Ce qui naturellement n'est pas toujours une tâche aisée pour un avocat étranger.

Il est de principe en droit international tout comme dans l'ordre juridique de la plus part des Etats qu'un Etat étranger ne saurait faire l'objet de poursuites devant les juridictions d'un autre Etat. Il s'agit ici de l'immunité de juridiction. A coté de celle-ci, le principe va plus loin en prévoyant que même dans l'hypothèse d'une comparution de l'Etat poursuivi durant le procès, la décision rendue ne saurait s'imposer à ce dernier. Dans ce cas, on fait allusion à l'immunité d'exécution.

La pratique des immunités dues à l'Etat visait à l'origine la consolidation et le renforcement de la coopération entre Etats.<sup>15</sup> Entre les 18<sup>ème</sup> et 19<sup>ème</sup> siècles, les Etats bénéficiaient d'une immunité absolue.<sup>16</sup> Ce n'est qu'à partir du début du 20<sup>ème</sup> siècle, qu'une immunité sélective a vu le jour, se fondant sur une distinction entre *acta jure gestionis* (Actes de gestion, catégorie dans laquelle on retrouve les actes de commerce posés par l'Etat) et *acta jure imperii* (actes de l'Etat relevant des ses prérogatives régaliennes).<sup>17</sup> Seul ce dernier type d'actes jouit des immunités d'Etat, les actes de gestion pouvant faire objet d'une action en justice.<sup>18</sup> Dans quelle catégorie alors se range la dette extérieure de l'Etat?

De manière classique, la dette extérieure de l'Etat est considérée comme un acte de commerce et par conséquent, elle est exclue du régime des immunités.<sup>19</sup> Cependant, une exception existe

---

<sup>15</sup> Caplan LM. "State immunity, Human Rights, and *Jus Cogens*: A Critique of the normative hierarchy theory" *The American Journal of International Law* (2003) Vol.97, 744. Le soubassement de cette approche résidait dans l'adage *par in parem non habet jurisdictionem* (entre pairs (Etats) il n'y a pas de juridiction).

<sup>16</sup> Caplan LM. *Idem*, p. 743. Cependant, tout dépend de l'approche adoptée d'un Etat à un autre. Si par exemple, il est admis que la majorité d'Etats adhère à cette restriction, la Chine continue à fonctionner sous un régime d'immunité absolue. Voir la réponse que le Parlement chinois (China's Standing Committee of the National People's Congress) a réservée à la Haute Cour d'Appel de Hong Kong dans l'affaire *DR Congo and Ors c/ FGH* (2011). Voir Smith D. and Ganesh W. « Chinese government confirms state immunity is absolute ».Source:

[www.blg.co.uk/publications/briefing\\_notes/chinese\\_government\\_confirms\\_fo.aspx](http://www.blg.co.uk/publications/briefing_notes/chinese_government_confirms_fo.aspx) (Consulté le 3 Septembre 2011)

<sup>17</sup> Caplan LM. *Ibidem*, p.743.

<sup>18</sup> Voir à ce sujet l'article 2 de la Convention des Nations Unies sur les Immunités Juridictionnelles des Etats et de leurs biens (New York, 2 Décembre 2004). La Convention n'est pas encore entrée en vigueur faute du nombre de dépôts d'instruments requis (30).

□ Voir à ce sujet l'article 10 de la Convention des Nations Unies *op.cit.*; Goren J. "State-to-state debts: Sovereign immunity and the 'vulture' hunt" *The Geo. Wash. Int'l L. Rev.* (2010) Vol. 10, p. 685.

<sup>19</sup> Voir l'article 2 de la Convention des Nations Unies, *op.cit.*

pour les dettes contractées d'Etat à Etat, qui elles jouissent d'ordinaire de ces immunités.<sup>20</sup> C'est ici qu'apparaît une piste de solution pour les dettes en cours. Il s'agit d'identifier celles qui ont été contractées entre Etats et invoquer en ce qui les concerne l'application des immunités. La logique ici est assez simple. Comme indiqué précédemment, les titres dont se prévalent les fonds voutours proviennent généralement d'une cession de créance. Or, il est de principe que le cessionnaire ne peut pas avoir plus de droit que le cédant et que le débiteur ne peut souffrir de la cession de créance.<sup>21</sup> Ce qui entraîne que même en cas de cession, le contrat reste en principe soumis au même régime juridique que celui qui gouvernait la relation entre le cédant et le cédé. D'où, cette exception découlant des immunités dues à l'Etat peut être opposée à tout fonds voutour qui se prévaudrait d'une dette initialement contractée d'Etat à Etat pour initier des actions en justice. Dans le cas de la Zambie, cette possibilité a été hypothéquée par le fait que Donegal avait réussi à obtenir du gouvernement un accord transactionnel. C'est sur base de cet acte juridique et non du contrat initial que Donegal intenta son action en justice, privant ainsi le gouvernement Zambien de la possibilité de solliciter les immunités.

Toutefois, l'axe de la théorie des immunités apparaît limité, car il ne protège que les dettes d'Etat à Etat.

## **2.2 Dettes en cours et Personnalité juridique des entreprises publiques**

Un des problèmes majeurs que posent les fonds voutours touche au fait que dans certains cas les moyens devant servir à leur désintéressement sont saisis dans le patrimoine des entreprises publiques de l'Etat débiteur, au prétexte que celles-ci sont des prolongements de ce dernier. Il s'agit en fait d'une assimilation<sup>22</sup> de ces entreprises publiques à la personne de l'Etat auquel elles appartiennent. Il en découle forcément une interrogation : Est-il logique et légal des considérer que tout en étant une personne juridique distincte de l'Etat, l'entreprise publique doive répondre des dettes de l'Etat ?

---

<sup>20</sup> Voir aussi l'article 10 de la Convention des Nations Unies, *Idem.* ; Goren J. *op.cit.*, p. 685.

<sup>21</sup> Voir à ce sujet Shotsha J-P. et Kabange Ch-Jr. « La cession de créance et ses effets sur la compétence du Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI) » in *Cahiers Africains des Droits de l'Homme et de la Démocratie* No 028 Vol. I (2010), pp. 21-22.

<sup>22</sup> *Gécamines /GTL c/ FGH/DRC, op.cit.*, para. 247.

Deux doctrines s'affrontent à ce sujet. Celle qui considère que les entreprises publiques sont des « émanations de l'Etat » et que comme telles, leur personnalité juridique se confond à celle de l'Etat ; Et celle qui soutient que les entreprises publiques disposent d'une « indépendance » vis-à-vis de l'Etat dans la gestion de leur patrimoine, et qu'en cela leur personnalité juridique mérite bien d'être distinguée de celle de l'Etat.<sup>23</sup> Si l'on adopte la première conception, il est clair que la réponse sera affirmative, alors que dans la deuxième approche, c'est la négative qui l'emporterait. Chaque Etat semble avoir développé son approche sur cette question.<sup>24</sup> Cependant, la réalité qui ressort de ce débat est que la question relative à la distinction ou non entre la personnalité juridique de l'Etat et celle de ses entreprises publiques s'est entre autres particulièrement développée aussi bien en droit international qu'en droit comparé dans le contexte de la jouissance par ces dernières des immunités dues à leur Etat.<sup>25</sup> Procédant par déduction, ceci a pour implication qu'en dehors d'une discussion sur l'octroi ou non des immunités, les entreprises publiques ne doivent pas subir l'application de la législation sur les immunités. Si il advient qu'il en soit ainsi, le juge aura statué *ultra petita* car il aura appliqué la loi sur les immunités là où une telle demande n'existait pas. Ce qui conduit à la conclusion qu'en principe la demande d'immunité demeure une prérogative discrétionnaire de l'Etat bénéficiaire (y compris ses émanations), qui a même la possibilité d'y renoncer. L'existence de la loi en principe ne sert que de boussole pour éclairer la cour sur les cas dans lesquels elle peut octroyer l'immunité. La Convention européenne en la matière est même suffisamment explicite lorsqu'elle souligne de manière répétée l'extrait «Un Etat contractant ne peut invoquer

<sup>23</sup> Voir Sakai L. *op.cit.*, p. 45 ; Kabange N.CI. *Droit des services et entreprises publics et Problématique de la transformation des entreprises publiques en République Démocratique du Congo* (Dieu est bon, 2007), pp.142-144.

<sup>24</sup> C'est ce facteur qui est en général source d'incertitude pour les entreprises publiques tel que souligné dans l'introduction de cet article. Elles se retrouvent souvent dans des situations où elles ne savent pas à l'avance à quoi s'attendre, ni à quelles règles elles se verront soumises au cours d'une procédure judiciaire dans un pays étranger. Par exemple l'affaire qui oppose la Gécamines à FGH a connu pour les mêmes faits, deux jugements contrariés de manière drastique bien que dans la première instance la Gécamines n'était pas partie principale au procès. Alors que les juridictions anglaises ont récemment refusé à la Gécamines le bénéfice des immunités, la Haute Cour d'Appel de Hong Kong (équivalent d'une Cour de Cassation) décida de surseoir sa décision sur l'appel et de référer la question de l'immunité au parlement chinois, qui à son tour décida que l'Etat Congolais jouissait d'une immunité absolue. Voir *Gécamines /GTL c/ FGH/DRC, op.cit.* ; *DR Congo and Ors c/ FGH, op.cit.*; Smith D. and Ganesh W., *op. cit.*

<sup>25</sup> Katzarov Const. « Nouveaux aspects de l'immunité judiciaire de Velat. » In *Revue internationale de droit comparé* Volume 3 N°3, (1951) pp. 429-444, 440-444. Voir par exemple la section 14 de loi anglaise *State Immunity Act 1978* ; *Gécamines/GTL c/ FGH/DRC, op.cit.* para. 48 ; *Rahimtoola c/ Nizam of Hyderabad* [1958] A.C.

l'immunité... ».<sup>26</sup> Son article 3 alinéa 2 est encore plus explicite en la matière lorsqu'il dispose qu'« un Etat contractant n'est pas censé avoir renoncé à l'immunité lorsqu'il comparait devant un tribunal d'un autre Etat contractant pour l'invoquer ».<sup>27</sup>

Quel est alors l'axe d'une solution juridique que les entreprises publiques des Etats pauvres pourraient exploiter partant de là ?

La logique paraît simple. Dans toute instance judiciaire dans laquelle une entreprise publique se trouvera trainée par un fonds vautour, le premier réflexe devra être de ne pas recourir aux immunités de l'Etat dès lors que la nature de l'acte ou de la transaction en cause s'avère être clairement un *acta de jure gestionis*. Ce qui aura pour conséquence de faire échec à une assimilation avec l'Etat et d'affirmer sa propre personnalité juridique comme le ferait n'importe quelle société commerciale. Cependant, une question demeure : En dehors du contexte de l'immunité peut-on concevoir une assimilation de l'entreprise publique à l'Etat ? Partant du fait qu'ils ont des personnalités juridiques distinctes, toute tentative de réponse affirmative devrait trouver un fondement juridique ou une base légale solide. Que dire de la théorie de l'apparence<sup>28</sup> à laquelle la Cour d'appel anglaise a fait allusion dans l'affaire *Gécamines/GTL* ?<sup>29</sup> L'idée consiste à soutenir qu'à partir du moment où le créancier a connaissance du fait que l'entreprise publique est totalement ou majoritairement contrôlée par l'Etat, il serait en droit de penser qu'il s'agit d'un organe de l'Etat, et donc de conclure que l'assimilation serait justifiée dans ce cas. Cette approche est discutable à bien des égards. Cependant, afin de ne pas trop étendre la présente analyse sur le seul terrain de la doctrine, il y a simplement lieu de souligner que cette théorie doit être écartée toutes les fois que la créance est issue d'un lien d'obligation direct avec

---

<sup>26</sup> Voir les articles 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 14 de la Convention Européenne sur l'immunité des Etats (Bâle 1972). Voir aussi le paragraphe 1602 de la loi américaine sur les immunités (US Foreign Sovereign Immunities Act of 1976, Title 28, Chapter 97) ; Article 7 et 8 de la Convention des Nations Unies, *op. cit.*

<sup>27</sup> Voir aussi l'article 8 alinéas 2 de la Convention des Nations Unies, *op. cit.*

<sup>28</sup> La théorie de l'apparence est une construction de la doctrine qui a parfois été retenue comme solution dans la jurisprudence française en droit administratif. Elle consiste dans le fait qu'une personne a cru que la situation était telle, alors qu'elle était autre. (C'est le cas par exemple en droit administratif lorsque l'administré invoque la théorie du fonctionnaire de fait pour soutenir la validité d'un acte dont il se prévaut). Voir Kabange N.CI. *Droit administratif* Tome I 2<sup>e</sup> édition (PFDUC, 2005), p.93.

<sup>29</sup> *Gécamines /GTL c/ FGH/DRC, op.cit, paras. 52, 70.*



l'Etat lui-même. C'est-à-dire qu'un fonds vautour ne peut en principe pas invoquer cette théorie toutes les fois qu'il tente de recouvrer sa créance sur l'Etat en puisant sur le patrimoine de l'entreprise publique, alors que celle-ci n'était pas partie à la transaction ayant donné naissance à la dette. Toutefois, sans qu'il y ait lieu à assimilation, l'hypothèse la plus plausible devant conduire une entreprise publique à répondre des dettes de l'Etat, c'est lorsqu'elle s'est engagée solidairement avec celui-ci.<sup>30</sup> En définitive, il semble que la théorie de la personnalité juridique, exploitée en conjonction avec ce qui a été dit des immunités dues à l'Etat constitue un des axes de la solution juridique dans la lutte contre les fonds vautours.

### **2.3. Critique de la décision *Gécamines/GTL c/ FGH/DRC*<sup>31</sup>**

En résumé, il s'agit d'une affaire portée devant les juridictions anglaises par FGH afin de recouvrer une créance acquise en 2003 auprès d'Energoinvest (société domiciliée en Bosnie) pour une dette contractée par l'Etat congolais et la Société Nationale d'Electricité (SNEL) dans les années 80, pour la construction de la centrale hydro-électrique de Mobayi Mbongo. Alors que FGH avait acquise ladite créance pour 37 millions de dollars, il lui a été octroyé un pactole de 100 millions de dollars par la Cour royale du Jersey, la Cour d'appel ayant rejeté le recours de la Gécamines. Le raisonnement juridique développé aussi bien par la Cour d'appel que la Cour royale est critiquable sur plusieurs angles. De manière générale, les tergiversations des juges en ce qui concerne les critères à appliquer pour déterminer si la Gécamines pouvait être considérée en l'espèce comme un organe de l'Etat congolais et l'interprétation extensive de la notion de fonction gouvernementale laissent entrevoir une volonté acharnée de ces juridictions à condamner l'entreprise congolaise. En se basant sur la loi anglaise régissant les immunités,<sup>32</sup> la Cour d'Appel arriva à la conclusion que la Gécamines exerce des fonctions gouvernementales et que vu le control dont elle fait l'objet de la part du gouvernement congolais, elle constitue bel et bien un organe de l'Etat.<sup>33</sup> Trois éléments rendent le raisonnement de ces juges aberrants.

---

<sup>30</sup> Cependant, dans la pratique, c'est souvent l'inverse. Les entreprises publiques sollicitent des crédits moyennant la garantie de l'Etat. Voir Kabange N.CI. *op.cit.*, p. 148.

<sup>31</sup> *Gécamines /GTL c/ FGH/DRC, op.cit.*

<sup>32</sup> State Immunity Act 1978, *op.cit.*

<sup>33</sup> *Gécamines /GTL c/ FGH/DRC, op.cit.*, paras. 98-100, 121, 122, 125, 137.

Premièrement, le fait que tout en reconnaissant que les activités de la Gécamines sont de nature commerciale, ils aboutissent à la conclusion qu'elles constituent une fonction gouvernementale parce que la Gécamines est censée promouvoir le « développement industrielle, la prospérité et le bien être économique (du pays) dans le secteur où elle opère». <sup>34</sup> Cet argument ne tient que si l'on peut considérer l'activité de la Gécamines comme étant un service public. <sup>35</sup> Il est clair que depuis l'adoption de la dernière réforme législative de 2008-2009, consacrant le désengagement de l'Etat et la transformation des entreprises publiques en droit congolais, la Gécamines jouit désormais du statut de société commerciale. <sup>36</sup> Ce qui la met à quelques exceptions près sous le même régime juridique que les sociétés commerciales détenues par les personnes privées. <sup>37</sup> Il est vrai que cette qualification en elle-même n'est pas suffisante pour chasser le doute, car l'article 6 de la loi régissant la transformation des entreprises publiques <sup>38</sup> prévoit l'hypothèse des entreprises transformées en sociétés commerciales, mais qui seraient encore soumises à des sujétions de service public. Cependant, même dans le cas où le caractère de service public serait encore présent pour certaines d'entre elles, la soumission au droit privé en tant que régime de principe doit exclure toute discrimination selon laquelle les activités de ces dernières sont à distinguer de celles de leurs concurrentes privées, et considérer comme des fonctions gouvernementales. Le droit public ne leur étant appliqué qu'à titre d'exception, rien ne justifie une telle généralisation. Concernant la Gécamines en particulier, on doit légitimement se poser la question suivante : La prospection, l'exploitation et l'exportation des mines seraient-elles à voir comme une fonction gouvernementale dans un contexte où une compétition tout azimut existe ? S'il faut répondre par l'affirmative, c'est méconnaître la libéralisation du secteur qui a eu lieu avec l'adoption d'un nouveau code minier en 2002 faisant suite au programme d'ajustement structurel initié par la BM, plus précisément à la politique minière définie par cette institution dans un document qu'elle a publié en 1992 (Strategy for African Mining). <sup>39</sup> A ce sujet, non

---

<sup>34</sup> *Gécamines /GTL c/ FGH/DRC, op.cit*, paras. 93-95.

<sup>35</sup> Pour la définition du service public au sens organique puis au sens matériel, voir Kabange N. Cl., *op.cit*, p. 13-27.

<sup>36</sup> Loi No 08/007 du 7 Juillet 2008 portant dispositions générales relatives à la transformation des entreprises publiques ; Loi No 08/008 portant dispositions générales relatives au désengagement de l'Etat des entreprises du portefeuille ; Décret No 09/11 du 24 Avril 2009 portant mesures transitoires relatives à la transformation des entreprises publiques ; Décret No 09/12 du 24 Avril 2009 établissant la liste des entreprises publiques transformées en sociétés commerciales, établissements publics et services publics.

<sup>37</sup> Voir les articles 2 et 4 de la loi No 08/007, *op.cit.*

<sup>38</sup> Loi No 08/007, *Idem.*

<sup>39</sup> Loi No 007/2002 du 11 Juillet 2002 portant Code Minier.

seulement le code minier en son article 8 précise le rôle de l'Etat, qui se réduit à la promotion et la régulation du secteur minier au moyen de l'initiative privée, mais aussi insiste sur le fait que même lorsque ce dernier s'adonne à des activités minières au travers la création des personnes morales, entendez ici les entreprises publiques, celles-ci restent soumises au même traitement que les personnes privées. C'est assez dommage que la Cour d'appel anglaise n'ait pas tenu compte de tous ces éléments, allant jusqu'à refuser de reconnaître à la Gécamines le bénéfice de la législation de 2008, au motif que le processus de transformation n'était encore achevé. Ce comportement de la Cour d'appel est dépourvu de fondement juridique dans la mesure où, non seulement cette juridiction s'est arrogée la compétence d'évaluer un processus prenant place dans un autre Etat, au mépris des principes fondamentaux du droit international, savoir la souveraineté et la non-ingérence dans les affaires intérieures d'un Etat, mais aussi et surtout dans la mesure où elle s'est résolue d'examiner la situation de la Gécamines sous le régime d'une loi déjà abrogée.<sup>40</sup> Ensuite, la qualification de l'activité de la Gécamines comme étant une fonction gouvernementale partant de sa contribution au développement économique ne tient pas non plus debout lorsque l'on considère un des critères arrêtés par le Centre International pour le Règlement des Différents relatifs aux Investissements pour identifier un investissement étranger (CIRDI). En effet, le CIRDI a eu à souligner que pour qu'une activité soit considérée comme un investissement étranger, il faut qu'elle contribue au développement économique de l'Etat hôte.<sup>41</sup> Ce qui signifie que toutes les sociétés qui investissent dans le secteur minier en République Démocratique du Congo sont présumées participer à son développement économique au même titre que la Gécamines. Ramené dans le contexte du raisonnement émis par les juridictions anglaises, on aboutit inévitablement à une monstruosité

---

<sup>40</sup> *Gécamines /GTL c/ FGH/DRC*, *op.cit*, paras. 30, 111, 120, 134, 135. La Cour d'Appel, tout comme la Cour royale, trouva légitime d'appliquer la loi-cadre No 78-002 du 6 Janvier 1978 au lieu de la loi No 08/007 précitée, qui en son article 17 abroge la première.

<sup>41</sup> Dans l'affaire *Patrick Mitchell c/ République Démocratique du Congo* (Affaire CIRDI No ARB/99/7), le comité ad hoc annula la décision rendue par le tribunal arbitral au motif que les activités de M. Michel en tant qu'Avocat, ne constituaient pas un investissement au sens de l'article 25 (1) de la Convention de Washington (1965) car de par leur nature elles ne contribuaient pas au développement économique de l'Etat hôte. (para. 39). Voir aussi : *African Holding Company of America, INC et Société Africaine de Construction au Congo S.A.R.L c/ La République Démocratique du Congo* ICSID Case No ARB/05/21 (2008) paras. 76-78, 83-84; *Salini Costruttori S.p.A et Italstrade S.p.A c/ Royaume du Maroc* (Affaire CIRDI No ARB/00/4), Décision sur la compétence du 23 Juillet 2001 (Affaire ARB/00/4 (2001). *Ceskoslovenska Obochodni Banka, A.S v the Slovak Republic* ICSID Case No. ARB/97/4 (1999), paras 16, 28, 31, *Fedax NV c/. Republic of Venezuela* ICSID Case No ARB/96/3 (1998).

juridique selon laquelle ces sociétés minières exerceraient elles aussi une fonction gouvernementale.

Deuxièmement, le fait de considérer que la Gécamines exerce une fonction gouvernementale parce qu'elle verse des dividendes à l'Etat congolais est illogique.<sup>42</sup> Peut-on concevoir qu'une société existe sans verser des dividendes à ses actionnaires ? Cet argument est insuffisant pour qualifier les activités de la Gécamines comme étant une fonction gouvernementale.

Troisièmement, la Cour a développé un raisonnement pour le moins par l'absurde, en soutenant que ce qui détermine la qualification d'un acte comme relevant d'une fonction gouvernementale ou non c'est le degré de contrôle exercé par l'Etat.<sup>43</sup> L'anomalie de cette approche tient d'abord au fait qu'un même acte peut constituer ou non selon le cas, une fonction gouvernementale dépendamment de la manière dont le contrôle exercé par l'Etat serait pondéré. Ensuite, ce raisonnement aboutit à la conclusion que ce n'est pas la nature de l'acte qui détermine son caractère. Ce qui paraît bien contraire à l'approche classique développée en droit international. Par exemple, dans la Convention des Nations Unies relative aux immunités, il est précisé que c'est en principe la nature du contrat ou de la transaction qui détermine son caractère commercial.<sup>44</sup> Bien que ladite Convention laisse une marge de manœuvre pour la pratique des Etats et le but de l'acte, il apparaît exagéré de considérer qu'une activité commerciale puisse constituer à proprement parler une fonction gouvernementale. Si l'approche développée dans ce jugement est à adopter, elle remettrait en cause le fondement sur lequel la démarcation entre immunité absolue et restrictive a été établie (*acta jure imperii v acta jure gestionis*), dans la mesure où toutes les activités des institutions publiques, dotées de la personnalité juridique ou non, souffrent naturellement d'une certaine mainmise de l'Etat. C'est dans ce sens que Seidl insistant sur la nécessité de recourir à la nature de l'activité, souligne par exemple que le critère basé sur le but aboutira difficilement à un résultat différent de ceux obtenus sous la doctrine de l'immunité absolue.<sup>45</sup> Car, poursuit cet auteur, quel argument dans ce cas, la partie privée pourrait utiliser pour réfuter une allégation faite par le représentant de l'Etat selon laquelle la

---

<sup>42</sup> *Gécamines /GTL c/ FGH/DRC, op.cit*, para. 93.

<sup>43</sup> *Gécamines /GTL c/ FGH/DRC, op.cit.*, para. 52.

<sup>44</sup> Voir l'article 2.

<sup>45</sup> Seidl-Holenvelden I. *International Economic Law* (Kluwer Law International, 1999) p.109.

transaction poursuivait un intérêt public?<sup>46</sup> Il est regrettable que les deux juridictions anglaises se soient écartées d'une décision qui fait autorité en la matière (*Trendtex Trading Corp-v-Central Bank of Nigeria* [1977]),<sup>47</sup> dans laquelle, en dépit du fait qu'il avait été reconnu que la banque centrale nigériane exerçait des fonctions gouvernementales, la Cour avait conclu que le refus de lui accorder le bénéfice de l'immunité due à l'Etat nigérian découlait simplement du fait que l'acte passé par elle constituait un acte de nature commerciale.<sup>48</sup> Bien que ce cas a été décidé avant l'entrée en vigueur de la loi anglaise sur les immunités (1978), les dispositions de cette dernière ne réfute en rien le critère basé sur la nature de l'acte. Il ne s'agit pas de soutenir que la Gécamines ne peut en aucun cas poser un acte qui s'apparente à une fonction gouvernementale, mais vu la nature de celle-ci, si cela devrait se produire, il s'agira forcément d'une situation exceptionnelle.<sup>49</sup>

Bref, la décision rendue par la Cour d'appel anglaise en ceci qu'elle adhère au raisonnement développé par la Cour royale, est parsemée de confusion, d'incertitude et même de contradiction. Par exemple, un des juges n'hésita pas à rejeter le critère en rapport avec la contribution de la Gécamines au développement économique,<sup>50</sup> alors qu'un de ses pairs tout en admettant que l'appel de la Gécamines était fondé en ceci que FGH n'avait pas pu établir qu'elle était indissociable de l'Etat congolais et que comme telle elle constituait un organe de l'Etat, adhéra nonobstant à la majorité d'opinions exprimées par les autres.<sup>51</sup> Aussi, la méconnaissance de la personnalité juridique de la Gécamines comme étant distincte de celle de l'Etat a eu pour résultat le fait qu'une entreprise publique doive répondre des obligations souscrites par une autre entreprise publique, en l'occurrence la SNEL, sans qu'il n'existe un lien juridique de solidarité entre elles.

---

<sup>46</sup> Seidl-Holenvelden I. *Idem*. p.109.

<sup>47</sup> *Trendtex Trading Corp-v-Central Bank of Nigeria* [1977] [1975 T. No. 3663], [1977] 2 W.L.R.

<sup>48</sup> *Trendtex Trading Corp-v-Central Bank of Nigeria*, *op. cit.*, p.371.

<sup>49</sup> Par exemple, ce sera le cas lorsqu'elle ou toute autre entreprise publique pose des actes en vue de contribuer à l'effort de guerre.

<sup>50</sup> *Gécamines /GTL c/ FGH/DRC*, *op.cit.*, para 245.

<sup>51</sup> *Gécamines /GTL c/ FGH/DRC*, *Idem*, paras 300-301. Une autre contradiction peut être relevée en rapport avec le critère de qualification de l'acte. En dépit d'avoir mis de côté le critère de la nature de l'acte, la Cour souligna qu'en Angleterre la distinction reposait sur les actes qui relèvent de la souveraineté de l'Etat et ceux qui peuvent être naturellement posés par des particuliers. *Gécamines /GTL c/ FGH/DRC*, *Idem*, para 68.

## **2.3 Les lois belges et anglaises**

### **2.3.1 Loi belge: « Loi visant à empêcher la saisie ou la cession des fonds publics destinés à la coopération internationale, notamment par la technique des fonds vautours » (6 avril 2008)**

L'Etat belge fait œuvre de précurseur dans la liste des nations ayant adopté une législation en vue de protéger les Etats pauvres très endettés contre les délires des fonds vautours. La loi adoptée en Avril 2008 par le parlement belge n'est faite que de trois articles. En fait, il s'agit pour celle-ci non pas d'abroger la loi du 25 Mai 1999 sur la coopération internationale belge, mais simplement de la compléter. En substance, elle prévoit que les sommes et biens destinés à la coopération internationale sont incessibles et insaisissables. Cette loi n'appelle pas tant de commentaires, autant il est clair qu'elle a un caractère limité dans la matière (elle ne concerne que les dettes qui s'inscrivent dans le cadre de la coopération internationale belge) et dans l'espace (elle se limite au seul territoire belge). En réalité, vu que la Belgique procède à la coopération internationale par ses institutions publiques commises à cet effet (ex. Office National du Ducroire), le schéma standard tracé par cette loi laisse entrevoir que l'on tomberait facilement dans le cas d'une dette d'Etat à Etat. D'où il devient légitime de se poser la question en quoi cette loi est-elle innovatrice, puisque, comme souligné plus haut, il est déjà établi que les dettes d'Etat à Etat jouissent des immunités. Aussi, l'une des grandes inconnues de cette loi demeure qu'il n'y est pas précisé si ses dispositions rétroagissent pour s'appliquer aux situations nées avant son entrée en vigueur, ou elles disposent simplement pour l'avenir.<sup>52</sup> Ce qui est sûr, c'est qu'en rendant ces dettes incessibles, le législateur belge a attaqué le mal à sa racine car dans le cirque orchestré par les fonds vautours, tout part de la cession de créance.

### **2.3.2 Loi anglaise : "Debt relief (developing countries) 2010" (du 8 avril 2010)**

Le Royaume-Uni vient juste après la Belgique avec l'adoption de sa loi régulant le recouvrement des créances sur les Etats pauvres très endettés. Cependant, sans trop se rapprocher de la solution belge, la loi anglaise consacre le principe de la « proportionnalité déterminante » en limitant le montant recouvrable par voie judiciaire. Il s'agit de diviser le

---

<sup>52</sup> En l'absence d'une indication claire, on doit s'en tenir au principe établi à l'article 2 du Code Civil belge selon lequel " La loi ne dispose que pour l'avenir : elle n'a point d'effet rétroactif".

montant de la dette tel qu'alléger à la suite de l'initiative PPTE (Numérateur) par le montant de la même dette dans son intégralité (c'est-à-dire sans tenir compte de l'allégement consenti) (Dénominateur).<sup>53</sup> Lorsqu'il s'agit de la dette d'un Etat potentiellement éligible à l'initiative PPTE, la « proportionnalité déterminante » est d'office ramenée à 33%.<sup>54</sup> Aussi, contrairement au mutisme observé dans la loi belge, la loi anglaise souligne clairement que ses dispositions ont un caractère rétroactif.<sup>55</sup> Ce qui est intéressant ici, c'est le fait que cette loi qui initialement avait été adoptée pour une durée temporaire d'une année, a été finalement revêtue d'un caractère permanent.<sup>56</sup> Cette loi aussi se trouve limitée comme sa correspondante belge du point de vue géographique, mais du point de vue matériel, elle est bien plus large car elle n'embrasse pas que les dettes d'Etat à Etat.

### 3. Perspectives pour les dettes à venir

A défaut de disposer de traités internationaux en la matière et vu le nombre encore limité de législations nationales, c'est dans les accords de prêt à venir que les Etats pauvres doivent s'armer de toutes les techniques juridiques possibles pour barrer la voie à la nébuleuse des fonds vautours. C'est dans cette optique que l'on pourrait penser à des clauses telles que celle interdisant la cession de créance, celle qui subordonne la cession à des conditions rigoureuses (par exemple, la clause que je qualifie ici de « clause du  $\frac{3}{4}$  »), celle qui soumet le contrat à l'application d'une loi spécifique, ainsi que toutes autres clauses imaginables, pourvu qu'elles soient efficaces pour protéger les Etats pauvres.

Toutefois, la faisabilité d'une telle initiative exige indiscutablement une certaine flexibilité de la part du prêteur, non seulement parce qu'il s'agit d'une opération qui repose sur le consentement des parties, mais surtout parce qu'en matière de prêt, c'est généralement la partie qui se trouve en position de force qui fixe les grandes règles. Par exemple, au niveau multilatéral, les grandes

---

<sup>53</sup> Section 4 (2) de la loi anglaise.

<sup>54</sup> Section 4 (3) de la loi anglaise.

<sup>55</sup> Section 1 de la loi anglaise.

<sup>56</sup> La section 9 de la loi anglaise prévoyait que la loi n'aurait qu'une durée d'une année à partir du jour de son entrée en vigueur, mais qu'elle pouvait toutefois être rendue permanente par le Département des finances (Treasury). Ce qui fut fait le 16 Mai 2011, près d'un mois avant l'expiration du délai légal.

institutions financières disposent de documents préalables contenant les « conditions générales applicables aux accords de prêt et de garantie » (Voir par exemple, la BM et la BAD). Pour que la plupart des clauses envisagées ci-haut arrivent à ressortir leurs effets, il faudra que les Etats pauvres emprunteurs parviennent clairement à les faire établir comme des exceptions aux règles générales ou ordinaires qui pourraient empêcher leur application. Par exemple, les clauses qui conditionnent la cession de créance ainsi que les modalités de remboursement peuvent être paralysées par la clause *pari passu* que l'on trouve fréquemment dans la plupart des accords de prêt, selon laquelle le débiteur doit s'interdire d'offrir des meilleures conditions à d'autres créanciers pour des obligations similaires, le traitement égalitaire devant primer.<sup>57</sup>

### 3.1 Clause interdisant la cession de créance

La latitude de céder une créance peut parfois être limitée à la suite d'une interdiction légale, conventionnelle ou même liée à la nature du contrat. Cette hypothèse est beaucoup plus envisageable dans le cadre des relations bilatérales. Le premier cas de figure est bien illustré par la loi belge précitée qui consacre l'incessibilité des biens et sommes issus de la coopération internationale belge. Cependant, en parlant de clause, l'allusion ici est faite au cas où le créancier et le débiteur conviennent qu'il n'y aura lieu à aucune cession de créance dans le cadre du contrat qui les lie. Seulement, il reste que même dans cette hypothèse, il est généralement admis que la clause portant interdiction de cession de créance ne sera pas opposable au cessionnaire (entendez ici le fonds vautour), s'il n'en avait pas connaissance.<sup>58</sup> Mais dans ce cas, le cédé peut se retourner contre le cédant et lui réclamer des dommages et intérêts pour avoir violé la clause d'interdiction, à condition bien sûr d'établir l'existence du préjudice.

Toutefois, prise en compte la philosophie qui gouverne le monde des affaires, il est peu probable que le créancier prêteur consente à une restriction aussi draconienne des options valables pour son désintéressement. Voilà pour quoi, la technique juridique qui consiste à conditionner la cession de créance semble la plus envisageable.

---

<sup>57</sup> Vilaysoun L. Jr. « Les cadres juridiques de la capitalisation des dettes commerciales des Etats » (1992) *The Canadian Yearbook of International Law* Volume 30, p. 213. Voir par exemple le 5<sup>ème</sup> principe clé du Club de Paris (Comparabilité de traitement).

<sup>58</sup> Voir dans ce sens la jurisprudence Françaises, notamment dans l'affaire *SA Clemessy c/ SA Marseillaise de crédit* (Cour d'Appel de Metz, 23/3/2005).



### 3.2 Clauses conditionnant la cession de créance

#### 3.2.1 La Clause du ¾

Cette clause conditionnerait le prix minimum auquel le cédant peut céder sa créance au cessionnaire. Il s'agit de stipuler dans le contrat que le créancier originaire n'est pas en droit de disposer de sa créance pour un montant inférieur au ¾ de sa totalité (principal plus intérêts tous compris). L'avantage ici est que le fonds vautour sera contraint de racheter la créance non plus à vil prix, mais plutôt pour un montant assez proche de la totalité de la dette. Ce qui sera de nature à réduire la marge de manœuvre de ces vautours dans la spéculation des bénéfices que pourraient leur procurer ce type de transaction et par conséquent décourager leurs initiatives.

Cette solution se rapproche bien de la technique de proportionnalité établie par la loi anglaise précitée en ceci que, toutes les deux imposent une attitude rationnelle au cessionnaire. Seulement, la difficulté de sa mise en application proviendrait du fait que le fonds vautour et la partie cédante peuvent procéder à une cession sous forme de fiction juridique.<sup>59</sup> Ce qui ramènerait les choses quasiment à la situation qui prévaut actuellement. Pour pallier à cette difficulté, la clause devra soumettre la validité de la cession au paiement effectif du montant convenu, moyennant preuve.

Seulement, la cession de créance étant un contrat à part entière,<sup>60</sup> il reste incertain que le non respect par le cédant de cette clause puisse réellement empêcher la cession de ressortir ses effets juridiques. Dans tous les cas, la violation de la clause du ¾ pourrait aussi donner lieu à l'octroi de dommages et intérêts au cédé.

#### 3.2.2 Clause *intuitu personae*

---

<sup>59</sup> J'adopte ici la définition donnée par le juriste allemande Jhering au 19ème siècle, qui considère une fiction juridique comme « un mensonge technique consacré par la nécessité ». R. von Jhering *L'Esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement* (T.IV, 1878, paragraphe 68), p. 295 tel que cité par Paillet M. *La faute du service public en droit administratif français* (LGD, 1980), p.268.

<sup>60</sup> Quoi qu'elle ne donne pas naissance à une nouvelle obligation, la cession de créance en elle-même est un contrat entre le cessionnaire et le cédant.

Il s'agit de faire de l'accord de prêt un contrat conclu en considération de la personne avec laquelle il a été passé. Il peut s'agir tout aussi bien des personnes physiques que morales. La caractéristique majeure de ce type de contrat est que la disparition du cocontractant empêche en principe la poursuite des relations contractuelles, sauf compromis entre les parties. Ainsi pour le besoin de la cause, les Etats pauvres emprunteurs peuvent convenir avec leurs créanciers que l'accord de prêt sera considéré comme un contrat conclu *intuitu personae*. Ce qui aura l'avantage de subordonner la cession de créance à l'acceptation de la « personne » du cessionnaire par le cédé.<sup>61</sup>

### 3.3 Choix de la loi applicable

En vertu de l'autonomie de la volonté reconnue aux parties dans les contrats internationaux, les Etats pauvres peuvent convenir avec leurs créanciers de l'application totale ou partielle d'une loi à l'accord de prêt qu'ils concluent. Ainsi, un recours peu être fait par exemple aux lois belges et anglaises précitées, ou aux dispositions relatives à l'immunité. Dans ce derniers cas, il est recommandable aux Etats africains membres de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires de faire usage par exemple, de l'Acte Uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et voies d'exécution, vu que son article 30 alinéas 1 interdit les mesures d'exécution forcée contre le bénéficiaire d'une immunité d'exécution.<sup>62</sup>

## 4. Conclusion

Le passage en revue des axes d'une solution juridique à la problématique des fonds vautours s'est fait en deux perspectives différentes, analysant d'une part la situation des dettes en cours et de l'autre, faisant une projection sur les dettes futures. Il en ressort que dans le premier cas de figure, bien que la marge soit réduite, la théorie des immunités dues à l'Etat et celle de la

<sup>61</sup> Krajewski D. «L'*intuitu personae* et la cession du contrat, note sous Cass.1re civ.,6 juin 2000» in *Recueil Dalloz* (2001) Volume 17 (1), pp. 1345-1347.

<sup>62</sup> Le bénéfice de cette disposition a été étendu aux entreprises publiques par la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA dans l'Arrêt No 043/2005/CCJA du 7 juillet 2005. Lire à ce sujet Onana F. « L'immunité d'exécution des personnes morales de droit public et ses applications jurisprudentielles en droit OHADA » in *Revue de Droit Uniforme Africain* No 000-09/08/2010.

personnalité juridique peuvent constituer les axes du combat légal mené par les Etats pauvres très endettés contre les agissements des fonds vautours. Quant aux dettes futures, ces Etats doivent impérativement s'armer des clauses capables de prévenir et contenir les prétentions voraces des fonds vautours. De toute évidence, il apparaît que la situation des Etats pauvres très endettés ne pourra se stabiliser sur le long terme que moyennant l'adoption des principes et règles uniformes et non équivoques, régissant le remboursement des dettes dues par ceux-ci, ainsi que leurs émanations, dans des traités internationaux, de préférence à une échelle multilatérale, impliquant le plus grand nombre d'Etats possible.

Aussi, je ne saurai conclure cette réflexion sans insister sur deux nécessités. Celle pour les gouvernements des Etats pauvres très endettés de rendre les accords de prêt accessibles à leurs citoyens. Ceci non seulement en vue de répondre aux exigences d'une gouvernance transparente et démocratique, mais surtout en vue de démanteler la confusion longtemps entretenue entre les concepts de « don » et « prêt ». Dans le cadre de l'Afrique, cet impératif est inévitable, car il repose sur une exigence fondamentale de la Charte Africaine des droits de l'Homme et des Peuples, qui en son article 9 consacre le droit de chaque africain à l'information. La deuxième nécessité, c'est celle de l'opportunité que représente l'audit de la dette publique pour les Etats africains. L'audit apportera non seulement plus de clarté sur la situation actuelle, mais aussi et surtout, il permettra d'établir les responsabilités des dirigeants politiques dans un continent où la gouvernance de la chose publique reste encore marquée par « les dérives d'une gestion prédatrice ».<sup>63</sup> Le besoin d'une gouvernance responsable constitue actuellement l'ultime urgence pour la quasi-totalité des Etats africains, qu'il y a lieu de marteler sur le fait que l'existence des fonds vautours et la politique d'effacement de la dette du FMI et de la BM ne doivent pas constituer des anesthésies pour dorloter les gouvernants africains qui y trouvent un prétexte pour d'une part, justifier le *statu quo* et de l'autre, profiter pour s'en mettre plein les poches en attendant de s'exiler un jour sur le vieux continent ou même en Amérique. C'est dans ce contexte que je me permets légitimement de suspendre ma présente réflexion sur le mur des lamentations africaines, avec à ses côtés deux grandes interrogations sur lesquelles les économistes érudits et autres auront certainement le loisir d'y cogiter : Qui des Etats Africains

---

<sup>63</sup> Expression que j'emprunte au Professeur Mabi, car elle décrit avec des mots justes ce que continue d'être la gouvernance dans les Etats Africains. Mabi M. *Les dérives d'une gestion prédatrice- Cas du Zaïre devenu République Démocratique du Congo* (CEDI, 2001).

et des pays du Nord seraient réellement débiteurs les uns des autres s'il fallait remonter l'audit à la période coloniale ? Pourquoi les donateurs multilatéraux comme la BM et autres, étant entendu qu'ils poursuivent un but d'intérêt général, devraient continuer à percevoir de lourds intérêts sur les fonds qu'ils prêtent aux Etats pauvres très endettés alors qu'ils sont destinés à être utilisés par ces Etats aux fins de satisfaire les besoins socio-économiques de leurs populations ?

## Bibliographie

### **1. Ouvrages**

KABANGE N.CL. *Droit des services et entreprises publics et Problématique de la transformation des entreprises publiques en République Démocratique du Congo* (Dieu est bon, 2007)

KABANGE N.CL. *Droit Administratif* Tome 1, 2<sup>ème</sup> édition (PFDUC, 2005)

MABI M. *Les dérives d'une gestion prédatrice- Cas du Zaïre devenu République Démocratique du Congo* (CEDI, 2001)

PAILLET M. *La faute du service public en droit administratif français* (LGD, 1980)

SEIDL-HOLENVELDEN I. *International Economic Law* (Kluwer Law International, 1999)

### **2. Articles**

CAPLAN LM. "State immunity, Human Rights, and *Jus Cogens*: A Critique of the normative hierarchy theory" *The American Journal of International Law* (2003) Volume 97, pp.741-781

GOREN J. "State-to-state debts: Sovereign immunity and the 'vulture' hunt" *The George Washington International Law Review* (2010) Volume 10, pp.681-708

KATZAROV Const. « Nouveaux aspects de l'immunité judiciaire de Velat. » In *Revue internationale de droit comparé* (1951) Volume 3 N°3, pp. 429-444

KRAJESKI D. "l'intuitus personae et la cession du contrat, note sous Cass.1re civ.,6 juin 2000» in *Receuil Dalloz* (2001) Volume 17 (1), pp.1345-1347

ONANA F. « L'immunité d'exécution des personnes morales de droit public et ses applications jurisprudentielles en droit OHADA » in *Revue de Droit Uniforme Africain* No 000-09/08/2010.

PHILLIPE D. « Initiatives législatives en matière de fonds vautour : Portée et efficacité ». Source [www.philippelaw.com/en/node/2489](http://www.philippelaw.com/en/node/2489) (Consulté le 1 septembre 2011)

SAKAI L. « Les immunités d'Etats : Vers un processus d'érosion » in *Passages de Paris Edition Spéciale* (2009), pp. 37-59

SMITH D. and GANESH W. « Chinese Government confirms state immunity is absolute ».

Source: [www.blg.co.uk/publications/briefing\\_notes/chinese\\_government\\_confirms\\_fo.aspx](http://www.blg.co.uk/publications/briefing_notes/chinese_government_confirms_fo.aspx) (Consulté le 3 septembre 2011)

SHOTSHA K.J-P. et KABANGE N.Ch-Jr. « La cession de créance et ses effets sur la compétence du Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI) » in *Cahiers Africains des Droits de l'Homme et de la Démocratie* No 028 Volume 1 (2010), pp. 19-26

VILAYSOUN L. Jr. « Les cadres juridiques de la capitalisation des dettes commerciales des Etats » (1992) *The Canadian Yearbook of International Law* Volume 30, 197-231

### **3. Décisions de Justice**

*African Holding Company of America, INC et Société Africaine de Construction au Congo S.A.R.L c/ La République Démocratique du Congo* ICSID Case No ARB/05/21 (2008).

*Clemessy c/ SA Marseillaise de crédit* (Cour d'Appel de Metz, 23/3/2005).

*Ceskoslovenska Obochodni Banka, A.S v the Slovak Republic* ICSID Case No. ARB/97/4 (1999).

*Cour Commune de Justice et d'Arbitrage dans l'Arrêt* No 043/2005/CCJA du 7 juillet 2005(OHADA)

*Donegal Int'l Ltd v Zambia* [2007] EWHC (Comm) 197, [6] (Eng.)

*DR Congo and Ors c/ FGH* (2011)(Hong Kong)

*Fedax NV c/. Republic of Venezuela* ICSID Case No ARB/96/3 (1998)

*Gécamines/Groupement pour le Traitement du Terril de Lubumbashi (GTL) (Appelants) c/ FG Hémisphère Associates(FGH), DR Congo (Respondents)* 2011] JCA141 (14 July 2011)

*Patrick Mitchell c/ République Démocratique du Congo* (Affaire CIRDI No ARB/99/7)

*Rahimtoola c/ Nizam of Hyderabad* [1958] A.C.

*Salini Costruttori S.p.A et Italstrade S.p.A c/ Royaume du Maroc* (Affaire CIRDI No ARB/00/4), Décision sur la compétence du 23 Juillet 2001 (Affaire ARB/00/4 (2001))

*Trendtex Trading Corp-v-Central Bank of Nigeria* [1977] [1975 T. No. 3663], [1977] 2 W.L.R.

#### **4. Instruments légaux et Propositions de loi**

Convention des Nations Unies sur les Immunités Juridictionnelles des Etats et de leurs biens (New York, 2 Décembre 2004).

Convention Européenne sur l'immunité des Etats (Bâle 1972)

Loi n° 007/2002 du 11 juillet 2002 portant Code Minier (RD Congo)

UK State Immunity Act 1978

US Foreign Sovereign Immunities Act of 1976, Title 28, Chapter 97

Proposition de Loi introduite au Sénat Américain le 18 Juin 2009 par Mme

WATERS. (The Stop Very Unscrupulous Loan Transfers from Underprivileged countries to Rich, Exploitive Funds or "Stop VULTURE Funds" Act") (Bill H. R. 2932).

Proposition de loi n°131, déposée au Parlement Français par Marc LE FUR, (Aout 2007)

#### **5. Rapports**

IMF «IMF Factsheet»

Source : <http://www.imf.org/external/np/exr/facts/hipc.htm> (Consulté le 4 Décembre 2010).

IMF "Heavily Indebted Poor Countries (HIPC) Initiative and Multilateral Debt Relief Initiative (MDRI)—Status of Implementation," IMF Report (15 October 2007)