



HAL
open science

Introduction aux sources de la transparence extractive. Une analyse du droit transnational

Lamine Défoukouémou Himbé

► **To cite this version:**

Lamine Défoukouémou Himbé. Introduction aux sources de la transparence extractive. Une analyse du droit transnational. 2020. halshs-02499793

HAL Id: halshs-02499793

<https://shs.hal.science/halshs-02499793v1>

Preprint submitted on 5 Mar 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Introduction aux sources de « la transparence extractive ».

Une analyse du droit transnational

Par Lamine Himbe, Doctorant en droit à l'Université de Rennes 1

Thème majeur de l'épistémologie contemporaine, la transparence occupe une place de choix dans le droit public, privé, interne ou international¹. Jean-François Kerléo relevait à cet effet qu' : « Aujourd'hui, la transparence est inscrite au frontispice de l'ordre juridique et son émancipation de la pensée des Lumières a permis d'acquérir une distance suffisante pour l'envisager d'une manière aussi bien positive que négative »². L'on doit ce développement d'abord au droit administratif où la notion érigée en véritable axiome est apparue pour la première fois en Suède en 1776, puis au milieu des années 1900³, avec la remise en cause du modèle administratif traditionnel marqué par le sceau du secret, considéré comme incompatible avec la construction démocratique⁴. Mais à l'origine, le terme est apparu dans le latin médiéval du XIVe siècle (1380).⁵

¹ La transparence est un sujet « à la fois très ancien et très nouveau » (D. Gutmann). Implicite dans la pensée de Rousseau, mais aussi dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, elle est prônée par Bentham aux côtés de la publicité. À partir des années 2000, la notion est de plus en plus employée en droit, particulièrement dans les démocraties contemporaines, comme le montrent notamment : le Memorandum du Président américain en 2009 « Transparency and Open Government », la mise en place en 2010 d'un Public Sector Transparency Board au Royaume-Uni, la conclusion le 22 juillet 2011 d'un accord entre le Parlement européen et la Commission européenne sur l'établissement d'un registre de transparence, etc.

² Jean-François Kerléo, *La Transparence en droit. Recherche sur la formation d'une culture juridique*, Préface de [Guillaume Tusseau](#), Professeur à l'Ecole de droit de Science Po, Mare et Martin, coll. Bibliothèque des thèses, série Droit public, 01/2015.

³ V. K. Orfali, « Un modèle de transparence : la société suédoise », dans P. Ariès, G. Duby (dir.) *Histoire de la vie privée 5. De la première guerre mondiale à nos jours*, Paris, Seuil, coll. Points, Histoire, 1999, p. 517 ;

David Servenay, « *Et si on pouvait accéder aux informations de l'administration ?* » [Archive], in Rue89, 4 octobre 2007. Cet auteur fait allusion aux lois dites FOIA, à l'exemple du *Freedom of Information Act* (FOIA) américain de 1966. Il fait aussi allusion aux lois dites « *sunshine laws* », à l'exemple du *Government in the Sunshine Act* de 1976 aux États-Unis - littéralement : « Loi sur le Gouvernement exposé à la lumière du soleil »).

⁴ Les plus grandes influences morales, religieuses, intellectuelles, qui se sont exercées sur la société ont exalté la vérité. La civilisation des lumières a interpellé sur le refus des préjugés, des superstitions et du mensonge. En France, l'esprit révolutionnaire fut une revendication inflexible de vérité. Sous l'influence de la société de l'information, l'on a assisté à une transfiguration des sphères politique, économique et sociale.

⁵ Le Petit Robert, Dict. alphabétique et analogique de la langue française, Paris, Le Robert, 1967, p. 1820.

Le droit positif s'est saisi de la notion. La transparence dans la sphère publique a trouvé un précieux fondement dans le droit. Elle est consacrée par certaines constitutions de l'Union européenne⁶ et dans certaines décisions du CJCE⁷. Elle est employée dans plusieurs matières dans les États d'Amérique du Nord⁸, elle est présente dans les décisions de Cour Suprême du Canada⁹, en droit électoral dans les États d'Amérique du Sud et de l'Afrique¹⁰. Elle est reconnue par le juge constitutionnel français¹¹. Elle figure parmi les « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » française. La notion est devenue un « concept-clé » du réformisme administratif marqué par une **politique d'information** développée par l'administration et la consécration d'un **droit à l'information et d'un devoir d'information, par le législateur et le juge**¹². Elle s'impose aujourd'hui comme un principe fondamental d'action du service public pour **une gestion publique authentique**, débarrassée de tous les éléments d'opacité dans la gestion des affaires publiques tels que la corruption dans ses diverses facettes.

⁶ V. notamment : Autriche (Art 20, § 4 de la const.) ; Belgique (art 32 de la const.) ; Espagne (art 105 b. de la const) ; Grèce (art 10 § 3 de la const) ; Portugal (art 37, 48, 268 de la const) ; Pays-Bas (art 110 de la const).

⁷ CJCE, 30 av. 1996, Pays-Bas c/ Conseil, Rec. p. I-2169 : « La réglementation interne de la majorité des États membres consacre désormais de manière générale, à titre de principe constitutionnel ou législatif, le droit d'accès du public aux documents détenus par les autorités publiques ».

⁸ V. en ce sens Jean-François Kerléo, op. cit, p. 10.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Par Décision N° 2003-473 DC du 26 Juin 2003 découlant des articles 6 et 14 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1879, le Conseil Constitutionnel français a reconnu une valeur constitutionnelle aux principes de la liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures.

¹² Après le grand débat sur la loi "Foyer" du 6 janvier 1978 qui rend opposable l'information à l'administratif, la loi du 17 Juillet 1978 consacre la liberté d'accès aux documents administratifs et crée la commission d'accès aux documents administratifs ;

- La loi du 11 Juillet 1979 aide les administrés à obtenir un document administratif qui leur a été refusé ;
- La circulaire du 23 Février 1989 relative au renouveau du service public reposant sur la transparence ;
- La Charte des services publics du 18 Mars 1992 faisant référence aux nouveaux « **principes d'actions du service publics** » (**Transparence, responsabilité, simplicité, accessibilité**) ;
- La loi "sapin" du 29 Janvier 1993 relative à la prévention de la corruption, à la transparence de la vie économique et des procédures publiques ;
- La loi "DCRA" du 12 Avril 2000 sur les droits des citoyens dans leur relation avec les administrations ;
- La circulaire du 2 Mars 2004 a permis l'élaboration d'une charte de l'accueil des usagers afin d'assurer le respect des principes de transparence et d'accessibilité, etc.

La doctrine consacre à la notion un intérêt tout particulier. Qualifiée d'envahissante,¹³ elle couvre tous les champs disciplinaires du droit et à l'intérieur de ceux-ci sont également couverts tous les principaux domaines. Le Thème est récurrent en droit public, dans ses multiples facettes¹⁴, abordé par divers auteurs¹⁵.

La transparence comporte une signification plurielle, un contenu conceptuel dense et divers, matérialisé par des normes ou des exigences spécifiques constitutives de règles juridiques. Assez diverses, ces règles gardent leur cohérence par rapport à leur cadre idéologique conceptuel de référence. Elles sont dotées d'un caractère suffisant de généralité et d'un degré d'exigibilité, constituant ainsi une obligation à laquelle doit se soumettre l'administration, voire le législateur et le juge. Mais, la notion de transparence ne peut se décliner et se préciser qu'en fonction de la branche de droit étudié. L'objet de cette analyse est d'étudier la transparence sous le seul prisme du droit extractif (droit des industries extractives) qui se trouve au cœur du droit des affaires (ou d'investissements) internationales.

En effet, à partir des années 2000¹⁶, la notion est également apparue dans le droit des investissements, plus spécifiquement dans le droit des industries extractives pour apporter une charge éthique au capitalisme contemporain, tant les ressources extractives (mine solide et mine liquide) restent une des principales causes des mutations sécuritaires transnationales, des guerres civiles et des conflits armés aux trajectoires les plus violents

¹³ Nancy Vignal, *La transparence en droit privé des contrats. Approche de l'exigence*, Revue internationale de droit comparé, année 1999, volume 51, N° 3, p.718.

¹⁴ Transparence en santé publique, Transparence démocratique, Transparence des espaces urbains, Transparence policière, Transparence nucléaire, Transparence dans les Télécommunications, Transparence environnementale, Transparence électorale, Transparence administrative ou du service public, Transparence des finances publiques, Transparence des Marchés Publics, Transparence en droit public des affaires, etc.

¹⁵ Lire à cet effet : Jacques. Chevalier, « Le mythe de la transparence administrative », *Information et transparence administrative*, Centre Universitaire de Recherches Administratives et Politiques de Picardie (CURAPP), Presses universitaires de France (Presses universitaires de France), 1998 ; Bianchi et Petters, *La Transparence comme principe du droit international public*, Presses universitaires de Cambridge, 2013 ; De Cordt, Gaëtane Schacken Willemaers, *La transparence en droit des sociétés et en droit financier*, Larcier, 2013 ; Mainguy, *La transparence tarifaire, comprendre et s'en sortir*, Lexcellis, 2013 ; Guy. Carcasonne, « Le trouble de la transparence », *Transparence et secret*, Pouvoirs-97, 2001 ; Owona Omgba, *La publicité des actes juridiques en droit public camerounais. Recherche sur l'accès au droit au Cameroun*, Thèse de doctorat, Université de Yaoundé 2, 2015.

¹⁶ M. Biiiga, « *La notion de transparence en droit français des affaires* », in OpenEdition, Société internationale de droit extractif, 08/05/2016, en ligne sur <https://transnat.hypotheses.org/29>, consulté le 8 août 2016.

de la planète, ainsi que le sous-développement de nombreux pays en développement. C'est cette notion contextualisée au droit extractif (droit des industries extractives) que nous nommons « la transparence extractive »¹⁷, et dont l'un des objectifs de notre recherche doctorale est de permettre son ancrage dans la lexicologie juridique en général, et dans le droit extractif en particulier.

La transparence extractive est en réalité une notion itérative et structurante qui suggère une analyse duale, aux plans de l'*instrumentum* et du *negocium* c'est-à-dire, des points de vue formel et matériel du droit des industries extractives¹⁸. Elle s'impose aujourd'hui comme un principe ou une obligation en émergence dans le droit extractif¹⁹ contemporain, visant la bonne gouvernance dans l'exploitation des ressources minières, pétrolières et gazières. Son ontologie et son axiologie dévoilent quelques catégories et valeurs fondamentales servant à l'application concrète des règles de la chaîne de valeurs du droit extractif, donnant ainsi une bonne image de la gouvernance extractive.²⁰ Elle insuffle au-delà des exigences de publicité et de reporting financier ou extra financier, « une charge éthique dans le capitalisme contemporain »²¹. A l'origine issue de la soft law légitimée par la pratique internationale, elle a gagné en importance par sa consécration en droit positif, donnant un caractère²² contraignant et parfois extraterritorial à l'obligation. Voilà pourquoi la notion de transparence extractive ne peut être abordée efficacement qu'à travers le droit transnational.

¹⁷ Lamine Himbe, *La notion de transparence extractive. Essai sur l'effectivité en droit transnational*, thèse de doctorat en droit, Université de Rennes 1, inédit (en cours).

¹⁸ Le domaine des industries extractives fait référence à la mine solide (minerais) et à la mine liquide (hydrocarbures). Il fait allusion aux activités pétrolières, minières et gazières. Les industries extractives désignent aussi les entreprises de ce secteur, en particulier les multinationales.

¹⁹ Les activités des industries extractives sont saisies par le droit, sous le terme en émergence « droit extractif », pour évoquer le droit des industries extractives. Ce terme (droit extractif) est promu par certains chercheurs tels que : Gilles Lhuilier, *Le droit transnational*, Dalloz, Paris, 2016. Il est également promu par la « Société internationale du droit extractif ».

²⁰ Lamine Himbe, *La notion de transparence extractive. Essai sur l'effectivité en droit transnational*, thèse de doctorat en droit, Université de Rennes 1, inédit (en cours).

²¹ M. Biiga, « *La notion de transparence en droit français des affaires* », in OpenEdition, Société internationale de droit extractif, 08/05/2016, en ligne sur <https://transnat.hypotheses.org/29>, consulté le 8 août 2016.

²² Certaines législations étatiques ou communautaires adoptées, comme le Dodd's Frank act américain ou les directives « comptable » et « transparence » de l'Union européenne, s'appliquent hors des Etats-Unis ou de l'Union européenne. Voilà pourquoi la présente analyse ne peut être efficace que si elle est menée dans l'approche du droit transnational, entendu comme une méthode du droit. Pour plus d'éclairages, voir *infra*.

Le droit transnational, doit être entendu ici, non pas comme une discipline juridique, mais comme une méthode de droit. Il est issu de l'école américaine du Global Law qui vise le décentrement de la pensée juridique. Il met en lumière la mondialisation du droit extractif et l'émergence de la puissance participative des entreprises, des populations riveraines et des organisations de la société civile (jusqu'à l'angle mort du droit international). Il favorise l'affirmation de l'effectivité de la notion de transparence extractive, perçue comme un principe de droit, matérialisé par la gouvernance trilatérale et publique-privée en émergence dans le droit international et en deçà²³.

La réflexion introductive des sources de la transparence extractive pose le problème de savoir quels sont les fondements de cette notion. L'analyse des cadres contextuel et conceptuel de la transparence dans les industries extractives en droit transnational s'avère utile pour démêler cet écheveau. En effet, le nouveau contexte international (*global governance, global regulation, etc.*) est marqué par la mondialisation du droit des industries extractives caractérisée par un foisonnement des règles et d'acteurs souvent difficile à circonscrire et dépassant le cadre traditionnel des États. C'est sous le prisme du droit transnational que nous pouvons parvenir à démystifier l'effectivité de la transparence extractive et par conséquent ses fondements car, cette nouvelle branche du droit distillée par les travaux du juge Jeffrey Lehman et Philip Jessup apparaît comme une approche d'effectuation efficace du droit, s'imposant comme le droit de la mise en œuvre sur le plan international et en deçà.

Il apparaît que la transparence extractive cristallise son effectivité en droit transnational à travers ses sources matérielles (1) et ses sources formelles (2) qui retracent sa genèse en lui donnant un sens d'ensemble.

1. Les sources matérielles : le paradoxe de l'abondance extractive

Il est évident que lorsqu'on oublie de contextualiser les concepts, on est porté à formuler de belles théories sans rapport avec la réalité. Les multiples scandales

²³ Sur la réflexion approfondie portant sur le droit transnational, lire : Gilles Lhuilier, *Droit transnational*, Dalloz, Paris, 2016.

enregistrés dans le secteur extractif (mine, pétrole et gaz), en raison de la corruption, du secret, de l'opacité et de l'exclusion dans la gouvernance du secteur justifient sans doute l'avalanche d'initiatives transnationales aujourd'hui saisies par le droit. Ces initiatives mettent souvent en avant « le paradoxe de l'abondance » dans les industries extractives.

Le « paradoxe de l'abondance » est aujourd'hui l'une des principales raisons de plusieurs études dans le secteur de la mine liquide et de la mine solide²⁴. Considéré comme l'un des problèmes chroniques du développement mondial²⁵, il est cité en économie avec le déclin de l'Espagne au XVI^e siècle, le syndrome hollandais (1950-1960) et le syndrome canadien (2002-2007)²⁶. Il se révèle être étroitement liée à la théorie de « la malédiction des ressources » (*resources curse*) mise de l'avant dans les années 1990 par Richard Audit²⁷. Le continent africain en particulier est caractérisé par l'importance quantitative et qualitative de son potentiel extractif c'est-à-dire, la valeur des réserves de ses ressources naturelles du sous-sol, déterminable par l'évaluation des bénéfices potentiels réels qu'elle produit ou pourrait produire. Mais paradoxalement, au lieu de constituer une source de développement économique et humain pour ces pays, ces ressources ne permettent pas le décollage économique et parfois, apparaissent comme une source de malédiction pour ces pays²⁸. D'où, l'instauration des règles de droit comportant une dimension éthique dans l'exploitation des ressources du sous-sol. Ce qui suggère une réelle adaptation de la gouvernance minière et pétrolière, suivant la dynamique de l'émergence du principe de la transparence extractive, nouveau standard international²⁹.

²⁴ Gilles. Lhuilier, « Minerais de guerre. Une nouvelle théorie de la mondialisation du droit », Fondation Maison des Sciences de l'Homme- Working Papers -2003-36, juillet 2013 ;

Sophie. Lemaître, *Corruption, évitement fiscal, blanchiment dans le secteur extractif*, Préface de Nathalie Hervé-Fournereau, Presses universitaires Rennes, 05/09/2019.

²⁵ [Peter Woicke](#), « Le paradoxe de l'abondance », [Les Echos](#) | LE 10/09/2004, version en ligne consulté le 04 juillet 2018.

²⁶ Gilles. Carbonnier, « Comment conjurer la malédiction des ressources naturelles ? », *Annuaire suisse de politique de développement*, 26-2 | 2007, mis en ligne le 19 juin 2009, Internet Média : <http://journals.openedition.org/aspd/123>, consulté le 05 juillet 2018.

²⁷ Louis-Charles Coderre, « La malédiction des ressources naturelles : une réalité ? » Comité des Affaires internationales de l'Université de Montréal, **mis en ligne le 8 juin 2017**, consulté le 05 juillet 2018.

²⁸ Kofi. Annan, « *Momentum Rises trod Lift Africa's Resources Curse* », New York Time, 450 pt. 2012.

²⁹ La fin des années 1990 et le début de la décennie 2000 a été une période marquée par un écho tout particulier des organisations de la société civile internationale dans la dénonciation des pratiques et des règles qui contribuent à l'appauvrissement des pays en voie de développement. Après les campagnes de plaidoyer de remise de la dette dans le cadre du jubilé de l'an 2000 et ayant donné naissance à l'initiative PPTTE en 1996, une coalition d'ONG internationales (notamment Oxfam UK, Save the Children UK,

La théorie de la malédiction des ressources se comprend mieux à travers le poids de la mal gouvernance du secteur extractif. La doctrine a en effet esquissé un certain nombre d'éléments pouvant expliquer le paradoxe de la richesse. Il s'agit des facteurs économiques³⁰ et des facteurs liés à la gouvernance³¹. Mais, les facteurs de gouvernance constituent les déterminants fondamentaux du paradoxe de la richesse en Afrique, si l'on prend en compte les bons exemples en la matière (Botswana, Indonésie, Malaisie, Azerbaïdjan, Afrique du Sud, etc.)³²: La faible traçabilité des revenus pétroliers et miniers, la prévarication et la distraction des fonds publics, leur utilisation à des fins plus sécuritaires et de conservation du pouvoir politique, la fraude fiscale et l'opacité généralisée se conjuguent pour expliquer à la fois la persistance d'une atmosphère d'instabilité et de conflits inter et intra étatique préjudiciable au processus de développement. Il a été relevé que les industries extractives alimentent ou exacerbent les conflits armés.³³

CAFOD, Catholic Relief Service, Human Rights Watch, Partnership Africa, Pax Christi Pays Bas, Secours Catholique) soutenues par l'Open Society Institute (OSY) se sont investies dans la dénonciation de l'opacité dans les industries extractives. Deux campagnes méritent une attention particulière, à savoir la campagne contre les diamants du sang et la campagne PCQVP.

³⁰ Les théoriciens du paradoxe de l'abondance ont en effet montré que cette théorie s'explique également par de nombreux facteurs économiques tels que : la volatilité des matières premières, la croissance appauvrissant de Bhagwati, la théorie des enclaves de Bairoch, le syndrome ou mal hollandais.

³¹ Isaac. Tamba, Tchatchouang et Dou'a, *L'Afrique Centrale, le paradoxe de la richesse : Industries extractives, gouvernance et développement social dans les pays de la CEMAC*, Presse universelle d'Afrique, Yaoundé, 2007. Bien que polysémique, les auteurs conçoivent la gouvernance comme la capacité des sociétés humaines à promouvoir un environnement propice au renforcement des capacités en vue de la mise en œuvre des processus législatifs, administratif et de gestion des affaires publiques et privées de la cité.

Hamani Korgne pense que la bonne gouvernance recouvre un certain nombre de principes : l'obligation de rendre compte, la transparence, l'efficacité, le respect des droits de l'homme, la participation des populations à la gestion des affaires publiques.

³² [Yann Koby](#), « Expliquer le miracle botswanais : institutions inclusives et extractives », Jet d'encre, (en ligne) le 30 décembre 2013, consulté le 05 juillet 2018.

³³ Groupe de Travail sur les industries extractives de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, Rapport 2012. Ce rapport l'a démontré en RDC avec l'exploitation illégale des ressources naturelles par les groupes armés, en Angola et en Sierra Léone où les conflits étaient alimentés par la contrebande des diamants illicite ou en Côte d'Ivoire où les groupes armés utilisaient notamment des revenus des diamants pour financer leurs efforts de guerre à des fins personnelles. Les violations persistantes des droits de l'homme commises par les acteurs non – étatiques ont des conséquences négatives sur les pays concernés dans leur ensemble, et sur les communautés qui vivent dans les zones riches en ressource minière dans la mesure où elles font face aux mesures de réinstallation et d'expulsion forcées, la perte de moyens de subsistance, la destruction de l'environnement. En outre, certaines exploitations minières ont des effets préjudiciables sur l'environnement comme c'est le cas dans la Région du Delta au Nigéria et dans certains cas, détruisent l'écosystème.

Cette liste se poursuit par les médiocres performances enregistrées par ces pays sur le plan du développement humain, la faible participation des populations et de la société civile à la gestion des ressources extractives, les imbroglios du cadre légal (l'absence de règlements d'application des dispositions législatives y compris à l'étranger (à l'exemple de la section 1504 du Dodd Frank de 2010, pratique de la tolérance extractive, lourdeur des procédures et des délais, faiblesse du contrôle institutionnel).

L'œuvre fondatrice de Transparency International dont les publications, et particulièrement son Indice de Perception de la Corruption mettant en exergue les pays les plus corrompus du monde, a contribué à façonner un environnement sensible aux questions de la transparence.³⁴ Grace à elle, la fin des années 1990 et le début de la décennie 2000 a été une période marquée par un écho tout particulier des organisations de la société civile internationale dans la dénonciation des pratiques et des règles qui contribuent à l'appauvrissement des pays en voie de développement. Après les campagnes de plaidoyer de remise de la dette dans le cadre du jubilé de l'an 2000 et ayant donné naissance à l'initiative PPTE en 1996, une coalition d'ONG internationales soutenues par l'Open Society Institute (OSI)³⁵ se sont investies dans la dénonciation de l'opacité dans les industries extractives. Deux campagnes méritent une attention particulière dans le cadre de cette étude, à savoir la campagne « contre les diamants du sang ou de guerre » et la campagne « publiez ce que vous payez »³⁶.

La campagne « PCQVP » a été lancée en juin 2002 par Georges SOROS à travers une coalition de plus de 600 ONG dans le monde, dont les plus remarquables sont Global Witness, Revenue Watch Institute (RWI), Open Society Foundation (OSF), Catholic Relief Services (CRS), Transparency International, CAFOD, Save the Children UK et OXFAM UK³⁷. Ces organisations se battent pour que toutes les compagnies multinationales et les entreprises d'État publient les chiffres annuels des paiements

³⁴ Asmara. Klein, *La « transparence » : une norme et ses pratiques transnationales. L'exemple de l'Initiative pour la Transparence dans l'Industrie Extractive*, Thèse de doctorat soutenue sous la direction de M. Guillaume Devin le 06/12/2013 à Sciences-Po Paris.

³⁵ Il s'agit notamment d'Oxfam UK, Save the Children UK, CAFOD, Catholic Relief Service, Human Rights Watch, Partnership Africa, Pax Christi Pays Bas, Secours Catholique.

³⁶ Isaac. Tamba, Tchatchouang et Dou'a, *L'Afrique Centrale, le paradoxe de la richesse : Industries extractives, gouvernance et développement social dans les pays de la CEMAC*, Presse universelle d'Afrique, Yaoundé, 2007. Voir aussi Asmara. Klein, Op. Cit.

³⁷ Isaac. Tamba et al., Op. cit.

qu'elles versent aux gouvernements et les mettent à la disposition de la société civile. La campagne attire l'attention de l'opinion publique internationale sur ce que l'opacité de la gestion des revenus issus de l'exploitation de des ressources minières et pétrolières fait le terrain de la corruption, des détournements des recettes extractives, les violations des droits de l'homme et de l'environnement d'où, le sous-développement et l'échec économique perceptibles comme étant les manifestations de la malédiction des matières premières. Trois mois après le lancement de la campagne PCQVP, Tony Blair annonce la création d'une initiative internationale multipartite prenante sur cette question, lors du Sommet mondial sur le développement durable à Johannesburg en octobre 2002.

La campagne contre « les diamants de guerre » aussi baptisée « campagne contre les diamants du sang », a été lancée en 1998 par Global Witness, une organisation pionnière internationale fondée à Londres en 1993, qui a opté de se spécialiser dans la compréhension de l'exploitation des ressources extractives telles que le pétrole et le diamant ainsi que dans la dénonciation des violations des droits humains qui en sont perpétrées. Dès 1998 elle est la première à avoir introduit le concept de transparence dans les industries extractives pendant ses conférences internationales. Cette campagne visait à attirer l'attention de l'opinion publique internationale sur le trafic des diamants de guerre qui constituent une grave question internationale en raison de leur rapport direct avec le financement des conflits armés, les activités des mouvements rebelles cherchant à ébranler ou à renverser des gouvernements légitimes, le trafic illicite et la prolifération des armes, en particulier des armes petites et légères.

En effet, à la fin des années 1990, il était devenu évident que le commerce des diamants bruts attisait les conflits dans plusieurs pays africains, dont l'Angola, la Sierra Léone, le Liberia et la RDC. Le problème prenait des proportions inimaginables, telles qu'il menaçait de ternir l'image non seulement de l'industrie du diamant légitime, mais aussi de l'action de l'ONU de préserver la paix et la sécurité internationale. Sous l'égide de l'ONU, une rencontre regroupant les pays producteurs, les ONG internationales et les opérateurs du secteur a eu lieu en mai 2000 à Kimberley en Afrique du Sud, à l'effet de déterminer comment apporter une réponse durable au problème des diamants du sang. La réunion présidée par le Gouvernement sud-africain a été le point de départ d'une série de

négociations pendant trois années pour l'adoption d'une initiative internationale dite « le Système de Certification du Processus de Kimberley ».

2. Les sources formelles de la transparence extractive: la mixité soft law-hard law

La juridicité de la transparence dans les industries extractive en Afrique découle d'un foisonnement de règles du droit de soft law et de hard law, sans véritable lien hiérarchique ou pyramidal, bien que les uns semblent avoir besoin, mais pas nécessairement, de la force de contrainte des autres, permettant la consécration et la construction de la notion. Il faut dire que la transparence extractive est une exigence de droit de portée transnationale, doté d'un caractère suffisant de généralité, exprimée dans les instruments juridiques et appliquée par les États et les entreprises extractives. Elle est une série de propositions auxquelles les droits minier, pétrolier et gazier des États doivent être subordonnés.

La transparence extractive en Afrique tire sa source formelle d'abord de la soft law constituée d'un ensemble d'initiatives internationales³⁸, régionales ou nationales. Sur ce terrain en Afrique, il est à la fois une combinaison de règles hétérogènes comprenant originellement trois séries de normes : la « norme ITIE »³⁹, la « norme de Kimberley »⁴⁰ et la « norme RSEE »⁴¹.

³⁸Il existe plusieurs initiatives aux niveaux mondiale et régionale, mais les plus emblématiques sont l'Initiative de Transparence dans les Industries Extractives (ITIE), l'initiative Partenariat pour un Gouvernement Ouvert (PGO) et le Système de Certification du Processus de Kimberley. Ou Processus de Kimberley.

³⁹ La Norme ITIE est issue de « l'Initiative pour la Transparence dans les Industries Extractives », une initiative mondiale lancée en 2003 par Tony Blair en marge du sommet de Johannesburg sur le développement durable. Administrée par une association de droit norvégien appelée aussi ITIE, elle constitue une action internationale conjointe de gouvernements, d'entreprises extractives et d'organisations de la société civile pour faire progresser la transparence et la bonne gouvernance dans l'exploitation des ressources naturelles du sous-sol (mines, pétrole, gaz). Elle comprend aujourd'hui 53 pays mettant en œuvre la norme, et plusieurs pays et organisations de soutien, dont l'UE. Voir dans ce sens : Asmara Klein, La "transparence", une norme et ses nouvelles pratiques transnationales : l'exemple de l'Initiative pour la Transparence dans l'Industrie Extractive, Thèse de doctorat soutenue le 06-12-2013, Science po Paris.

« La norme ITIE » pose l'exigence du reporting financier et extra financier dans les industries extractives. Elle constitue un cadre idéologique à respecter par les États parties à l'ITIE. Ce cadre idéologique comprend un noyau dur constitué des principes et des exigences de l'ITIE. Ce sont les instruments normatifs. La norme ITIE comprend également un noyau mou constitué du guide de validation et du protocole de participation de la société civile. Ce sont les instruments procéduraux.

Quant à « la norme de Kimberley », elle pose l'exigence du reporting extra financier sur les diamants. Elle est matérialisée par les règles minimales régissant le commerce des diamants bruts, ainsi que les conditions minimales auxquelles chaque État participant doit satisfaire. Ces règles sont définies par le Système de Certification du Processus de Kimberley (SCPK).

Pour ce qui est de la « norme RSEE » c'est-à-dire, la responsabilité sociale d'entreprise extractive, elle découle elle-même du cadre idéologique de la RSE. Elle pose plus largement l'exigence du reporting extra financier dans l'extractif. Elle concerne l'ensemble des règles et principes du devoir de vigilance. Il faut principalement distinguer de ces normes d'autorégulation des entreprises extractives, celles qui sont issues de : i) l'ONU (global compact et de la supplychain, etc.), ii) l'OIT (la

⁴⁰ Le processus de Kimberley est une initiative mondiale lancée en 2002 dans la ville de Kimberley en Afrique du Sud, visant la prévention des conflits à travers la traçabilité des diamants bruts. Le mécanisme consiste à éviter le commerce de « diamants de conflits », issus des zones de conflits ou alimentant les conflits en les élaguant du circuit du commerce licite constitué par les pays membres au processus appelés « participants ». Ce processus a été mis en place sous l'égide de l'ONU qui a adopté à partir de l'an 2000, plusieurs résolutions et recommandations appelant les États à mettre en place un système international de certification des diamants bruts d'où, le Système de Certification du Processus de Kimberley (SCPK) créé en 2003. Depuis 2013, il compte 54 participants représentant 81 pays, les États européens étant représentés par l'UE comptant comme un seul participant. Voir dans ce sens : Philippe Renaudière, *Le processus de Kimberley et les diamants de la guerre*, Mémoire Master 2, Centre Européen de Recherche internationale et stratégique, 2004.

⁴¹ Définie en 2012 par la Commission européenne comme la « responsabilité des entreprises pour leurs impacts sur la société », la RSE est issue de plusieurs initiatives mondiales dont les principaux référentiels juridiques sont : les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des firmes multinationales de 1976 révisés en 2011 (y inclure ses guides dont celles portant sur la diligence des minerais de conflits), la déclaration tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale de 1977 révisée en 2000, le pacte mondial de l'ONU lancé en 2000, la Norme ITIE révisée en 2019, le référentiel opérationnel dont la norme ISO 26000 adoptée en 2010. Tous ces instruments qui peuvent être regroupés sous le concept de « norme RSE » visent globalement l'application des objectifs du développement durable à travers une autorégulation. Elle comporte un intérêt particulier dans les industries extractives. Voir dans ce sens : Asmara Klein, *Contribuer aux Objectifs de développement durable par une meilleure gestion des ressources naturelles : le cas de l'ITIE*, dans *Annales des Mines - Responsabilité et environnement*, 2017/4 (N° 88).

convention 169 de l'OIT concernant les peuples autochtones et les tribus des peuples indépendants, etc.), iii) l'OCDE (les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales⁴²), iv) la Banque mondiale (Normes environnementales et sociales –NES- dont l'entrée en vigueur est prévue en 2025), v) la Vision minière africaine (VMA), vi) la Conférence internationale de la Région des grands Lacs -CIRGL- (Le Protocole pour la lutte contre l'exploitation illicite des ressources naturelles, prévoyant un mécanisme de certification régional des minerais). On peut enfin ajouter dans cette catégorie les règles des acteurs privés faisant la loi des parties, contenues dans la pratique contractuelle et d'arbitrage dans l'extractif, ce que nous appelons la « *lex extractiva -lex petrolea +lex mining-*⁴³ ».

Du point de vue du droit positif ou de la *hard law*, les sources de la transparence dans les industries extractives en Afrique sont plus ouvertes. Ainsi, la transparence extractive tire ses sources de plusieurs ordres juridiques, aussi bien public que privé. A l'intérieur de chaque ordre, l'on peut distinguer une multitude de branches du droit : du droit constitutionnel au droit des affaires, en passant par le droit administratif et le droit de l'environnement pour ne citer que ceux-là. En réalité, il peut être fastidieux d'étudier en une section les sources du droit positif de la transparence extractive, tant cette notion semble saisie par tout le droit et son champ social couvre trois domaines, les minéraux, le pétrole et le gaz. Voilà pourquoi il faut la rattacher au droit extractif qui devient par nature transnational, d'où le droit transnational.

Dans cette complexité juridique novatrice aux élans multidisciplinaire, il y a d'abord des sources formelles mobilisées par des instruments juridiques de portée générale (n'étant pas spécifiquement dédié au secteur extractif) sur l'assainissement des mœurs, tant la corruption apparaît comme un pilier anti-transparence (extractive)⁴⁴. Les instruments juridiques en question font de la transparence un moyen de lutte contre la

⁴² Y inclure le [Guide de l'OCDE sur le devoir de diligence pour un engagement constructif des parties prenantes dans le secteur extractif](#), et le Guide OCDE sur le devoir de diligence pour des chaînes d'approvisionnement responsables en minerais provenant de zones de conflit ou à haut risque. **Source** : OCDE (2011), « Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales », Éditions OCDE. Internet Média : <http://dx.doi.org/10.1787/9789264115439-fr>.

⁴³ Lamine Himbe, *La notion de transparence extractive*, op. cit., inédit.

⁴⁴ Inam. Karimo, *Le rôle de la transparence dans la lutte contre la corruption à travers l'expérience du Conseil de l'Europe*, Thèse de doctorat en droit, Université de Paris 1, Soutenue le 04-07-2013.

corruption. Il s'agit notamment de la convention des Nations Unies contre la corruption⁴⁵ et ses corollaires continentaux, régionaux ou nationaux⁴⁶. Il existe dans cette catégorie certains instruments spécifiques aux échanges d'informations notamment fiscales entre deux ou plusieurs ordres juridiques, pour accroître la surveillance des entreprises, et des circuits de corruption et de blanchement d'argent. C'est l'exemple de la Directive (UE) 2018/822 du Conseil du 25 mai 2018, qui **entre en vigueur 1er juillet 2020**, concernant l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal en rapport avec les dispositifs transfrontières devant faire l'objet d'une déclaration⁴⁷.

Il y a ensuite dans ce registre des instruments juridiques de portée générale sur la transparence de la vie publique, ou de la transparence dans les finances publiques⁴⁸. Il est à noter à titre illustratif que la directive CEMAC n° 06-11 sur la transparence et la bonne gouvernance fait obligation aux États de la sous-région de divulguer les flux financiers et les contrats extractifs.

Poursuivant dans ce registre, il y a des instruments portant sur le droit d'accès à l'information dits lois FOIA, à l'exemple du Freedom of Information Act américain du 4 juin 1966 (entrée en vigueur en 1967), et des lois dites « *sunshine laws* », à l'exemple du Government in the Sunshine Act de 1976 aux États-Unis - littéralement : « Loi sur le

⁴⁵ Rapport explicatif de la Convention pénale sur la corruption. Disponible sur : <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Reports/Html/173.htm>. Selon ce rapport, l'ensemble des organisations internationales définissant la corruption comme leur cible de combat présenté comme un phénomène antidémocratique, mettent en avant certaines formes de corruption, telles que les « versements illicites » (ONU), la « corruption de fonctionnaires étrangers lors de transactions commerciales internationales » (OCDE), ou encore la « corruption impliquant des agents des Communautés européennes ou des fonctionnaires d'États membres de l'Union européenne » (U.E).

⁴⁶ Cf. la Convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés Européennes ou des États membres de l'Union Européenne, adoptée le 26 mai 1997, la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales adoptée en novembre 1997 (devenue effective en 1999), la Convention Inter Américaine contre la Corruption, adoptée le 29 mars 1996, la Convention de l'Union Africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption. Il est à noter que concernant les textes nationaux, la plupart sont dotés d'un caractère extraterritorial à l'exemple du *United States foreign corrupt practices act*, la *Bribery Act de 2010 du Royaume- Uni*.

⁴⁷ Cette nouvelle directive modifie la directive 2011/16/UE pour permettre notamment de combattre l'évitement fiscal, la corruption et la pratique de maximisation du capitalisme des entreprises. Elle vise ainsi une idée de justice fiscale, notamment dans les pays en voie de développement.

⁴⁸ Voir notamment au niveau national, la loi n° 2018/011 du 11 juillet 2018 portant Code de transparence et de bonne gouvernance dans la gestion des finances publiques au Cameroun, loi prise en application de la Directive n°06/11 relative au Code de transparence et de bonne gouvernance dans la gestion des finances publiques dans la CEMAC.

Gouvernement exposé à la lumière du soleil »)⁴⁹. Les lois FOIA américaines ont pour objectif de contraindre les administrations publiques à transmettre leurs documents, à quiconque en fait la demande, quelle que soit sa nationalité. Les sunshine law vont un peu plus loin, elles obligent les agences et organismes gouvernementaux à permettre au public d'assister à leurs réunions et d'avoir accès à leurs archives. Elles incluent des exigences relatives à la notification publique des réunions. Jusqu'en 2009, ces lois sur le droit d'accès à l'information sont présentes, sous des formes distinctes et avec des aménagements particuliers, dans 69 pays au monde⁵⁰ dont la plupart des pays possédant les firmes extractives les plus imposantes de la planète⁵¹, afin d'apporter plus de transparence aux décisions dans l'action publique, renforçant ainsi l'effectivité du principe sur le plan global, et en Afrique en particulier.

De façon plus spécial, s'il fallait rechercher les sources formelles de la transparence qui se rattachent directement au droit extractif, inconditionnellement, il faudra analyser les règles qui sont issues des sources extra territoriales dont les sources du droit européen (les directives et les règlements européens sur la transparence dans les industries extractives), **des sources a-nationales**⁵² (adoptées par un État étranger et appliqué en Afrique. Il y a dans ce sous registre les sections 1502 et 1504 du Dodd Franck act américain de 2010, la LMAP suisse, la LMTSE canadienne, la loi norvégienne de 2013 sur les industries extractives), et **des sources nationales** au niveau de l'Afrique (les codes miniers, pétroliers et gaziers dans de nombreux pays⁵³, les lois nationales sur l'ITIE à l'exemple de la NEITI au Nigéria ou de la LEITI au Libéria, les réglementations nationales sur le PK).

⁴⁹ David Servenay, « Et si on pouvait accéder aux informations de l'administration? » [Archive], Rue89, 4 octobre 2007.

⁵⁰ Peter Rosenblum et Susan Maples, « Contrats confidentiels : pour en finir avec les accords secrets dans le secteur extractif », Revenue Watch Institute, 2009, ANNEXE C p. 87

⁵¹ *Ibid.* Il s'agit des pays suivants ; USA (Loi sur la liberté de l'information, 1966), Canada (Loi sur l'accès à l'information, 1983), Royaume Uni (Loi sur la liberté de l'information, 2000), France (Loi sur l'accès aux documents administratifs, 1978), Norvège (Loi sur la liberté d'information, 1980), Suisse (Loi fédérale sur le principe de transparence administrative, 2004), Portugal (Loi sur l'accès aux documents administratifs, 1993), Pays-Bas (Loi sur les informations d'État -accès public- 1991), Italie (Numéro 241 du 7 août 1990), etc.

⁵² L'expression est de Gilles Lhuilier, dans *Le droit transnational*, Dalloz, 2016.

⁵³ C'est l'exemple de la plupart des pays africains. Lire dans ce sens : Thierry. Lauriol et Emilie Raynaud, Droit minier et pétrolier en Afrique, Librairie générale de droit et de jurisprudence (LGDJ), 20 décembre 2016.

L'identification juridique de la notion de transparence extractive confirme l'existence d'un droit de la transparence extractive à travers l'identification des motifs et des dispositifs du droit positif liés à cette notion. Cet environnement juridique met en lumière d'une part l'identification des campagnes et initiatives tous azimuts visant à renverser le paradoxe de l'abondance extractive, et d'autre part l'identification des sources formelles de soft law et de hard law rendant contraignant les exigences dégagées par la notion. Cette identification juridique de la notion de transparence extractive permet de mettre également en exergue au moins cinq enjeux de l'obligation de transparence extractive à savoir, les enjeux sécuritaires, droits de l'homme, environnementaliste, développementaliste et démocratique. Elle permet d'envisager ainsi la conceptualisation de la notion comme un principe de droit public/privé visant l'effectivité de la bonne gouvernance extractive. Cette position a été confirmée par deux études pionnières, celle de P.E. Batchom⁵⁴ et d'Asmara Klein⁵⁵. Cette dernière appréhende à cet effet l'ITIE comme « l'émergence d'un apparent consensus autour du principe de l'accessibilité de l'information dans l'industrie extractive et ses pratiques », tandis que le premier fait allusion au « principe de transparence dans les industries extractives ». L'analyse de cette notion comme outil de la gouvernance extractive s'impose comme perspective globale d'analyse en droit transnational, en prenant un accent particulier dans les pays en voie de développement riches en ressources minières, gazières et pétrolières.

⁵⁴[Paul Elvic Jérôme Batchom](#), *La transparence dans les relations internationales. Les industries extractives, les ONG et les États*, Éditions Universitaires Européennes, 6 mars 2011.

⁵⁵Asmara. Klein, *La « transparence » : une norme et ses pratiques transnationales. L'exemple de l'Initiative pour la Transparence dans les Industries Extractives*, Thèse de doctorat en science politique, soutenue à Sciences-po Paris le 06 décembre 2013.