

Introduction

« — Si ça se complique, vous êtes là pour expliquer que, textes à l'appui, tout est en règle. [...] »

— On est à la limite de la légalité et plutôt du mauvais côté de la limite.

— Dans les affaires, l'important c'est non seulement de connaître la limite de la légalité, mais le coefficient d'élasticité de cette limite¹. »

Cet échange issu du film *Pétrole ! Pétrole !* de Christian Gion sorti en 1981 met en scène, de manière réaliste, certaines pratiques du secteur extractif ainsi que la façon dont le droit peut être utilisé ou encore manipulé. Certes, trente-huit ans se sont écoulés depuis la sortie de ce film mais ce qu'il dénonce est toujours d'actualité.

L'« affaire Elf » aura été le symbole de la corruption dans les années 1970-1990. L'entreprise pétrolière française Elf et ses dirigeants étaient accusés d'avoir mis en place un vaste système de corruption qui visait à rémunérer à la fois les dirigeants de pays riches en pétrole, gaz et minerais en Afrique mais aussi la classe politique française². Eva Joly, la juge d'instruction en charge de cette affaire, déclarera en 2003 : « J'ai vu l'impunité comme règle et la loi comme exception », et de préciser : « Dès lors que votre activité est internationale, jouer des failles du système [...] est devenu un jeu d'enfant³. »

À l'époque de l'affaire Elf, les entreprises étaient autorisées à déduire fiscalement les montants issus de la corruption internationale dès lors que « ces sommes avaient été versées dans l'intérêt⁴ » de l'entreprise et qu'elles permettaient « une gestion normale⁵ » de cette dernière. Cette possibilité était alors prévue par l'article 39-1 du Code général des impôts. Ce système n'a pris fin que le 15 février 1999⁶. La corruption dans les affaires commerciales internationales était donc tolérée pour ne pas dire

1. GION C., *Pétrole ! Pétrole !*, France, 1981, durée 1 h 25, min. 5'05. L'idée de cette citation est venue lors de la lecture de l'ouvrage d'Alain Deneault qui en mentionne une partie : DENEAULT A., *De quoi Total est-elle la somme ? Multinationales et perversion du droit*, Paris, Rue de l'Échiquier, 2017, 511 p., p. 53.

2. JOLY E., *Est-ce dans ce monde-là que nous voulons vivre ?*, Paris, Les Arènes, 2003, 269 p.

3. *Ibid.*, p. 164 et 246.

4. ASSEMBLÉE NATIONALE, *Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi adopté par le Sénat, modifiant le Code pénal et le Code de procédure pénale et relatif à la lutte contre la corruption*, Paris, Assemblée nationale, n° 2001, 1999, 151 p., p. 21. ASSEMBLÉE NATIONALE, *Rapport d'information sur le rôle des compagnies pétrolières dans la politique internationale et son impact social et environnemental*, Paris, Assemblée nationale, n° 1859, 1999, 225 p., p. 22 et 67.

5. *Ibid.*

6. ASSEMBLÉE NATIONALE, *Rapport d'information sur le rôle des compagnies pétrolières...*, *op. cit.*, p. 68.

acceptée par tous⁷, non seulement en France mais aussi dans de nombreux autres pays. L'affaire Elf n'a pas été le seul scandale de corruption ayant éclaté dans le secteur extractif. D'autres cas ont, en effet, été rendus publics à la même période. On peut notamment citer le rapport de l'organisation non-gouvernementale (ONG) Global Witness sur les relations toutes particulières qui s'étaient nouées entre l'Angola et les entreprises pétrolières⁸. Ces différents scandales ont conduit à une première prise de conscience au niveau international avec l'adoption en 1997 de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales ainsi qu'en 2003 avec la négociation de la Convention des Nations unies contre la corruption. Les entreprises du secteur extractif ont, quant à elle, commencé à mettre en place des mesures pour prévenir le risque de corruption.

Selon différents acteurs du secteur extractif, les pratiques de corruption auraient depuis disparu ou ne seraient désormais le fait que de « brebis galeuses ». Pourtant, selon l'ancien président-directeur général d'Elf, Loïk Le Floch-Prigent, il semblerait qu'au contraire ces pratiques existent toujours. Il déclarait en 2014 : « C'est toujours sale à un certain nombre d'endroits. Simplement, ça paraît plus propre, ce qu'on appelle le *window-dressing* [...]. Dans un certain nombre de pays, il n'y a pas d'autres solutions que de payer des commissions, c'est tout⁹. » Lorsque le journaliste lui demande de confirmer si cela continue comme du temps d'Elf, celui-ci répond que oui, mais avec d'autres méthodes « beaucoup plus surnoises, beaucoup plus cachées¹⁰ ». Les procédés se sont donc complexifiés pour rendre la détection de la corruption plus ardue. Loïk Le Floch-Prigent rappelle également que des pays comme le Nigeria ou l'Angola dépendent économiquement du pétrole et sont parmi les États les plus corrompus au monde. Or, il ne peut y avoir corruption sans corrupteur. Ces affirmations sont, du reste, corroborées par le fait qu'une vingtaine d'entreprises du secteur extractif font actuellement l'objet de poursuites ou d'enquêtes à travers le monde pour des faits de corruption d'agent public étranger. En outre, les scandales de l'Offshore Leaks, des Panama Papers ou encore des Paradise Papers ayant éclaté entre 2013 et 2017 à la suite des enquêtes menées par le Consortium international pour le journalisme d'investigation (ICIJ) témoignent aussi des pratiques en cours qu'il s'agisse d'évitement fiscal, de blanchiment d'argent, d'opacité des structures d'entreprises ou encore de l'utilisation de pays considérés comme des paradis fiscaux, réglementaires et judiciaires. Ces révélations impliquent non seulement des entreprises du secteur extractif mais aussi des gouvernements des pays riches en pétrole, gaz et minerais. Ainsi la pertinence des dialogues du film *Pétrole ! Pétrole !* ne semble-t-elle pas s'être démentie au cours des trois dernières décennies.

7. ASSEMBLÉE NATIONALE, *Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles...*, op. cit., p. 8.

8. GLOBAL WITNESS, *A crude awakening. The Role of the Oil and Banking Industries in Angola's Civil War and the Plunder of State Assets*, Londres, Global Witness, 1999, 23 p.

9. TV5 Monde, *L'invité Loïk Le Floch-Prigent – « Il y a de la corruption partout »*, Émission du vendredi 24 janvier 2014,

10. *Ibid.*

I. Les industries extractives, un secteur stratégique extrêmement complexe

En 2018, les entreprises du secteur extractif étaient classées parmi les 2 000 plus grandes entreprises publiques au monde¹¹. Malgré la chute des cours du pétrole depuis 2015, pas moins de 5 entreprises pétrolières sont présentes dans le top 30 des entreprises mondiales. Qu'il s'agisse de Shell classée onzième, d'ExxonMobil (13^e), de Chevron (21^e), de Total (26^e) ou encore de Sinopec (27^e), ce classement démontre l'importance du secteur extractif dans l'économie mondiale. En outre, selon la Banque mondiale, ce secteur représenterait un quart du produit intérieur brut (PIB) mondial¹². Enfin, le fonctionnement de nos économies dépend largement de l'extraction de ces ressources. Le pétrole et le gaz sont, en effet, utilisés dans tous les domaines tandis que certains minerais sont cruciaux pour les nouvelles technologies. Ce secteur représente donc un enjeu stratégique indiscutable (B) aux multiples facettes (A).

A. Un secteur aux multiples visages

Le secteur extractif comprend les ressources naturelles minérales présentes à l'état naturel sous forme solide, liquide ou gazeuse dans le sol et le sous-sol, y compris sous-marin¹³. Ces ressources regroupent à la fois des ressources énergétiques comme les hydrocarbures (pétrole ou gaz) ou l'uranium, et non énergétiques telles que les minerais métalliques (fer, cuivre, nickel, bauxite, etc.). Ces matières premières sont dites non renouvelables car elles ne peuvent pas se régénérer contrairement aux ressources forestières ou à celles issues de la pêche. Leurs stocks sont limités et ont donc vocation à se raréfier et à disparaître.

L'extraction du pétrole, du gaz et des minerais se réalise par permis¹⁴ et se déroule en plusieurs étapes, formant ainsi le cycle de vie d'un projet extractif (figure 1). La première consiste en l'exploration ou la prospection avec pour objectif de déterminer l'intérêt ou non d'exploiter le gisement. En d'autres termes, il s'agit d'identifier si le gisement est exploitable et économiquement viable. Cette phase est donc à risque puisqu'il est possible que l'exploration n'aboutisse à aucune découverte malgré des investissements conséquents. La deuxième étape est celle de l'exploitation. Elle intervient lorsque les tests effectués mettent en évidence la rentabilité potentielle du gisement. La phase d'exploitation se déroule en deux temps : les infrastructures sont mises en place (route, équipement, installations pour la production, etc.) puis la production démarre. L'extraction peut avoir lieu « *onshore* » (sur terre) ou « *offshore* » (en mer), souvent dans des endroits éloignés, parfois difficiles

11. Classement 2018 selon le magazine *Forbes*, [<http://www.forbes.com/global2000/list/#tab:overall>], consulté le 15 octobre 2018.

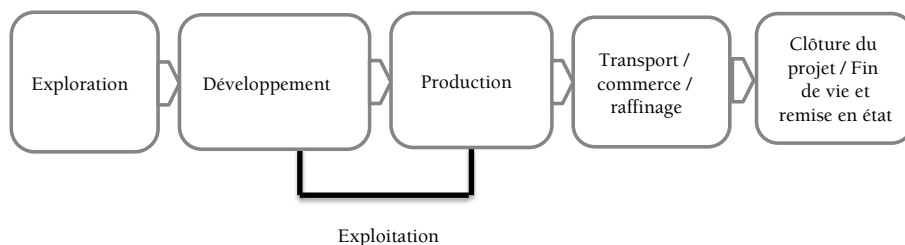
12. BANQUE MONDIALE, *Extractives industries – overview*, [<http://www.worldbank.org/en/topic/extractiveindustries/overview#1>], consulté le 15 octobre 2018.

13. INSEE, *Nomenclature NAF rév. 2 (édition 2015) – Section B Industries extractives*.

14. Pour désigner un champ pétrolier ou minier, plusieurs termes sont utilisés dans le secteur extractif : zone, bloc, permis, licences, champ, etc.

d'accès. Entre ces deux phases, il peut s'écouler des dizaines d'années. Les dernières phases sont celles du raffinage, de la transformation, de la vente de la production et du négoce ainsi que de la clôture du gisement¹⁵. Une fois en production, la durée de vie moyenne d'un projet extractif est d'environ 25 ans.

Figure 1. – Cycle de vie d'un projet extractif



Source : Sophie Lemaître, 2018.

Au sein même de ce cycle de vie, d'autres aspects doivent être pris en compte tels que l'attribution des contrats, le suivi des opérations, le recouvrement des impôts, taxes et redevances, la gestion des recettes, l'inclusion des questions environnementales et sociales, ou encore la mise en œuvre de politiques et de projets de développement durable¹⁶. C'est ce que la Banque mondiale qualifie de « chaîne de valeur¹⁷ ».

Les coûts liés à l'investissement pour ces différentes phases sont considérables, ce qui explique qu'un projet extractif n'est pas nécessairement rentable dès les premières années d'exploitation. En outre, selon le lieu et la qualité du gisement, des techniques particulières seront utilisées pour pouvoir exploiter la zone, ce qui aura également une incidence en termes d'investissements et de financements. De plus, le pétrole, le gaz et les minerais sont sujets à la volatilité des cours, et donc à l'instabilité des prix, ce qui génère d'importants risques à la fois pour les entreprises et les gouvernements¹⁸. Lorsque les prix sont bas, il arrive que certains gisements ne soient plus rentables. Tel peut être le cas si la teneur en minerai est faible ou si le coût technologique est élevé¹⁹. Cette imprévisibilité a donc des conséquences au niveau des profits pouvant être tirés de l'exploitation. Ainsi, avec la chute des cours du pétrole en 2015, certains gisements sont à l'arrêt ou ont été mis sous « cocon » car considérés comme moins rentables tandis que les dépenses dédiées à l'exploration ont diminué²⁰. Si les coûts liés à l'exploration et à l'explo-

15. OPENOIL, *Les contrats pétroliers à la portée de tous*, Berlin, OpenOil, 2013, 260 p., p. 19-29. BANQUE MONDIALE, *Le secteur des industries extractives. Points essentiels à l'intention des économistes, des spécialistes des finances publiques et des responsables politiques*, Washington D.C., Banque mondiale, 2016, 165 p.

16. BANQUE MONDIALE, *Extractive Industries Value Chain: A Comprehensive Integrated Approach to Developing Extractive Industries*, Extractive Industries for Development Series, n° 3, 2009, p. 1-32.

17. BANQUE MONDIALE, *Le secteur des industries extractives...*, *op. cit.*, p. 13-14.

18. *Ibid.*, p. 2 et 13.

19. *Ibid.*, p. 52.

20. AUGÉ B., « Secteur pétrolier en Afrique : des renégociations douloureuses à venir pour les États », *Le Monde*, 2015. « Le secteur pétrolier va encore réduire ses investissements en 2016 », *Le Figaro*, 2016.

tation peuvent être exorbitants, les profits sont quant à eux sans précédents²¹. À titre d'illustration, en 2014, le Nigeria a perçu environ 60 milliards de dollars de recettes²². Les retombées pour les États et les entreprises sont donc considérables mais l'activité extractive n'est pas sans conséquences. En effet, elle est bien souvent associée à des atteintes en matière environnementale et sociale ou encore à des violations des droits humains. L'activité extractive est également source de nombreux conflits entre les communautés locales et les entreprises mais aussi entre les communautés elles-mêmes. Certaines entreprises tenteraient, en effet, de les diviser, par exemple en n'indemnisant que certains membres ou à des montants différents, ce qui pourrait s'apparenter à une stratégie du type « diviser pour mieux régner²³ ».

À chaque projet extractif correspond un contrat principal conclu entre l'entreprise et l'État pour l'exploration et/ou l'exploitation. Ces contrats peuvent prendre différentes formes : contrat de partage de production, contrat de concession ou encore contrat d'exploration et de production. Le contrat de partage de production et le contrat de concession sont les deux formes de contrats privilégiés pour le pétrole et le gaz²⁴. En revanche, pour les minerais, ce sont majoritairement des contrats de concession qui sont négociés²⁵. Le contrat principal peut être attribué soit de gré à gré, soit par appel d'offres par le biais d'une procédure ouverte ou sélective, ou bien par la méthode dite du « premier arrivé, premier servi », les deux premières méthodes étant celles rencontrées le plus souvent dans le secteur extractif. Les pays producteurs disposent généralement d'un modèle-type de contrat avec des clauses standards comme les clauses de règlement des différends, ou celles relatives à la stabilité ou encore à la confidentialité. Toutefois, les parties négocient souvent certains sujets clés, notamment les questions financières et fiscales – telles que le bonus de signature, les redevances minières, ou les impôts – malgré la présence d'un cadre juridique défini (code minier, code pétrolier, code des impôts, etc.). Chaque contrat est ainsi différent et varie en termes de complexité et de volume²⁶. Autour de ce contrat principal, d'autres contrats vont être négociés, notamment avec les banques, les prestataires de service, les fournisseurs, les sous-traitants, les sociétés de transport, etc. C'est donc toute une galaxie de contrats qui gravitent autour d'un projet extractif²⁷.

Par ailleurs, toute une série d'acteurs interviennent et jouent un rôle décisif tout au long du cycle de vie du projet pétrolier, gazier ou minier (tableau 1). Le pays riche en pétrole, gaz et minerais (ou pays producteur/pays extractif) et les entreprises sont les intervenants principaux dans ce secteur.

21. BANQUE MONDIALE, *Le secteur des industries extractives...*, *op. cit.*, p. 3.

22. ITIE, *Nigeria*, [<https://eiti.org/nigeria#revenue-collection>], consulté le 15 octobre 2018.

23. Entretien avec l'auteur en mai 2015.

24. FONDS MONÉTAIRE INTERNATIONAL, *Guide sur la transparence des recettes des ressources naturelles*, Washington D.C., Fonds monétaire international, 2007, 85 p., p. 23.

25. OPENOIL, *Les contrats pétroliers à la portée de tous*, *op. cit.*, p. 29-39.

26. REVENUE WATCH INSTITUTE, *Contrats confidentiels. Pour en finir avec les accords secrets dans le secteur extractif*, Washington D.C., Revenue Watch Institute, 2009, 108 p., p. 19.

27. Certains experts estiment le nombre moyen de contrat pour un projet extractif à 100 contrats, *ibid.*

Tableau 1. – Les acteurs présents dans le secteur extractif

Pays producteur	Pays consommateur (ex. UE)
Gouvernement (différents ministères, fonctionnaires, etc.). Personnes politiquement exposées. Secteur privé (entreprises multinationales, entreprises d'État, entreprises locales, prestataires de services, etc.). Organisations de la société civile et communautés locales. Intermédiaires (ex. : banques).	Union européenne et ses institutions/organes. État membre (douane/police/justice/parlement, etc.). Secteur privé (entreprises multinationales, entreprises juniors, négociants, etc.). Organisations de la société civile. Intermédiaires (ex. : banques, conseillers juridiques et fiscaux). Investisseurs/actionnaires.

Source : Sophie Lemaitre, 2018.

Du côté des pays extractifs, différents acteurs entrent en scène. Le ministère des mines et/ou du pétrole est généralement en charge de l'attribution des permis miniers et pétroliers ainsi que de la négociation des contrats. Une fois le contrat signé, le Parlement du pays producteur l'approuve. Dans certains pays, celui-ci est publié au *Journal officiel*. Enfin, de multiples interactions avec les fonctionnaires du gouvernement ont lieu pendant toute la durée du cycle de vie du projet extractif. Le ministère des finances aura, par exemple, la charge du recouvrement des recettes tandis que les douanes veilleront à la bonne déclaration des exportations/importations.

Quant aux entreprises, on en dénombre plusieurs types. Les entreprises extractives effectuent l'exploration et/ou l'exploitation du pétrole, gaz et minerais. Elles se distinguent en deux grandes catégories : les entreprises multinationales comme Total ou Rio Tinto (parfois dénommées sous le terme de « major »), et les petites et moyennes entreprises comprenant notamment les entreprises dites « juniors ».

Les entreprises extractives multinationales proviennent majoritairement des pays de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE). Cela s'explique par les investissements conséquents qu'elles sont seules à pouvoir mettre en place ainsi que par leur présence historique²⁸. Elles ont leur siège social enregistré au Royaume-Uni (BP, Tullow Oil pour le pétrole et le gaz, AngloAmerican pour les minerais), aux États-Unis (ExxonMobil, Chevron, Kosmos Energy pour le pétrole et le gaz, Newmont Mining pour les minerais), au Canada (Kinross Gold Corporation et First Quantum Minerals Ltd. pour les minerais), en Norvège (Statoil), en Australie (BHP Billiton), en Italie (ENI), etc. En France, six entreprises sont actives dans le secteur extractif. Il s'agit d'Orano (ex-Areva), de Total, d'Eramet, de Maurel&Prom, d'Engie, et de Perenco. Si les entreprises des pays de l'OCDE sont nombreuses, les entreprises issues des pays émergents sont de plus en plus présentes dans le secteur. Tel est le cas de Gazprom (Russie) ou encore de Vale (Brésil).

Les entreprises dites « juniors » sont, quant à elles, des entreprises de plus petite taille. Pour les minerais, elles effectuent les premiers tests avant de revendre

28. BANQUE MONDIALE, *Le secteur des industries extractives...*, op. cit., p. 21.

ensuite les gisements et leur découverte auprès des majors, les grandes entreprises du secteur, telles que Rio Tinto ou Areva²⁹. Pour le pétrole et le gaz, dans certains cas, ces juniors exploitent elles-mêmes les gisements. Leur portefeuille de projets est relativement réduit comparativement aux entreprises multinationales mais ces entreprises jouent un rôle crucial dans le secteur extractif.

Les entreprises extractives sont dans leur grande majorité cotées en Bourse. Les Bourses de Londres (London Stock Exchange [LSE]) et de Toronto (Toronto Stock Exchange [TSX]) sont les plus recherchées. Leur siège social peut être celui du pays dans lequel elles sont cotées ou dans d'autres pays. Ainsi, plus de 100 entreprises extractives opérant en Afrique sont cotées à la LSE, un quart d'entre elles sont enregistrées dans des pays considérés comme des paradis fiscaux, réglementaires et judiciaires comme les îles Vierges britanniques, Guernesey, ou les Bermudes³⁰.

Les entreprises extractives opèrent généralement en partenariat *via* des *joint-ventures* pour diminuer les risques et les coûts d'investissement. Une des entreprises sera alors désignée « opérateur », c'est-à-dire en charge de l'exécution du projet. Il s'agit généralement de celle qui apporte la contribution financière la plus élevée et/ou qui dispose des capacités et des connaissances techniques nécessaires. Le pourcentage de participation de chaque entreprise, et donc de revenus issus de l'exploitation, correspond au niveau d'investissement et de risque pris par chaque entreprise. Selon les situations, ces entreprises peuvent donc être à la fois concurrentes et partenaires. En outre, bien souvent, ce n'est pas la « maison-mère » qui effectue les activités extractives ou qui est partie au contrat mais une filiale enregistrée dans le pays producteur ou dans un autre pays.

Aux côtés de ces entreprises extractives, on constate la présence d'entreprises d'État comme Sonangol en Angola (pétrole) ou la Gécamines en République démocratique du Congo (minerais). Ces entreprises occupent une place prépondérante dans le secteur extractif. S'agissant du pétrole, elles contrôlèrent 90 % des réserves mondiales³¹. Leur rôle est varié et dans une certaine mesure ambigu. En effet, dans certains cas, elles peuvent être parties au contrat extractif et détenir des parts dans les projets, gérer les interactions avec les entreprises et l'allocation des permis, négocier les contrats ou encore vendre la part de pétrole, de gaz et de minerais de l'État. Cette multiplicité des activités les met dans une position d'être à la fois régulateurs et opérateurs du secteur extractif, ce qui peut potentiellement créer des conflits d'intérêts³².

D'autres entreprises interviennent dans le secteur extractif, tout particulièrement les entreprises de négoce de pétrole, gaz et minerais comme Glencore, Trafigura ou Vitol qui achètent les matières premières directement aux États ou aux entreprises

29. CHARLET A., LAPORTE B., ROTA-GRAZIOSI G., « La fiscalité minière en Afrique de l'Ouest et du Centre », *Droit fiscal*, n° 48, 2013, p. 527-563, p. 528.

30. WAR ON WANT, *The new colonialism – Britain's scramble for Africa's energy and mineral resources*, Londres, War on Want, 2016, 37 p., p. 8.

31. BANQUE MONDIALE, *Le secteur des industries extractives...*, *op. cit.*, p. 45.

32. *Ibid.*, p. 64. FONDS MONÉTAIRE INTERNATIONAL, *Guide sur la transparence des recettes des ressources naturelles*, *op. cit.*, p. 31-32.

d'État et les revendent, sans compter le rôle des entreprises de services ou de sous-traitance, des fournisseurs, etc.

Ainsi, l'implication d'un grand nombre d'acteurs, un cycle de vie avec de nombreuses étapes, de multiples contrats, des investissements conséquents et des bénéfiques sans commune mesure avec ceux obtenus dans les autres secteurs mettent en évidence toute la complexité du secteur extractif et ses multiples dimensions. De par son poids économique et son rôle irremplaçable dans nos sociétés technologiques avancées, ce secteur représente, en outre, un enjeu stratégique et géopolitique majeur (B).

B. Un enjeu stratégique indiscutable

Le secteur extractif se singularise par la présence de matières premières dans un nombre restreint de pays à travers le monde. Environ 81 pays disposent de pétrole, gaz et minerais. À titre d'exemple, le cuivre ne peut être extrait que dans 8 pays dont la Zambie, le Chili et la Chine. C'est également le cas du manganèse que l'on retrouve notamment au Gabon et en Afrique du Sud³³. S'agissant de l'uranium, seuls 8 pays en disposent. Les plus gros gisements se situent au Niger, au Kazakhstan, et au Canada³⁴. Cette forte concentration de pétrole, de gaz et de minerais dans uniquement quelques pays engendre une situation de dépendance économique non seulement pour les pays consommateurs, mais aussi pour les pays producteurs. Le pétrole, le gaz et les minerais sont donc à la fois un enjeu stratégique commercial et politique pour les pays non-producteurs (1) et un enjeu de développement pour les pays extractifs (2).

1. Un enjeu stratégique économique et politique pour les pays consommateurs

Les pays consommateurs sont tributaires de l'importation des matières premières pour leur compétitivité et leur développement³⁵. L'accès à ces ressources est nécessaire au bon fonctionnement de leur économie, en particulier pour les constructions, les routes, les moyens de transport, les appareils électroniques et informatiques, et elles sont utilisées quotidiennement que ce soit par le secteur industriel ou par les citoyens. Certains secteurs ne peuvent opérer sans le pétrole, le gaz et/ou les minerais³⁶. L'industrie, le transport, les ménages et les services sont les pans de

33. MÉRENNE-SCHOUMAKER B., *Atlas mondial des matières premières. Des ressources stratégiques*, Paris, Autrement, 2013, 96 p., p. 12.

34. *Ibid.*, p. 21.

35. PARLEMENT EUROPÉEN, *Résolution du Parlement européen du 20 mai 2008 sur le commerce des matières premières et des produits de base (2008/2051 [INI])*, P6_TA(2008)0209, JOUE C 279 E, 19 novembre 2009, p. 5-12, p. 7. PARLEMENT EUROPÉEN, *Résolution du Parlement européen du 13 septembre 2011 sur une stratégie efficace des matières premières pour l'Europe (2011/2056 [INI])*, P7_TA(2011)0082, JOUE C 51 E, 22 février 2013, p. 21-37, p. 23.

36. COMMISSION EUROPÉENNE, *Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil. Initiative « matières premières », réponse à nos besoins fondamentaux pour assurer la croissance et créer des emplois en Europe*, COM (2008) 699 final, JOUE C 76 du 25 mars 2010, 14 p., p. 3.

la société consommant le plus de ressources énergétiques³⁷. Ces ressources « sont essentielles pour la bonne marche de l'économie et pour notre qualité de vie³⁸ ».

a. L'Union européenne et la diplomatie des matières premières

L'Union européenne (UE) ne fait pas exception : ses réserves internes sont limitées, l'obligeant à importer plus de la moitié de son énergie. Elle importe, en effet, 90 % de son pétrole, plus de 60 % de son gaz, et 40 % de son uranium, ce qui est énorme³⁹. L'Allemagne, l'Italie, l'Espagne, les Pays-Bas et la France font partie des 10 plus grands importateurs de pétrole au monde⁴⁰. En 2014, le pétrole et le gaz naturel liquide provenaient en grande majorité de la Russie, de la Norvège et du Nigeria, mais aussi d'autres pays d'Afrique (Libye, Algérie, Angola)⁴¹. En ce qui concerne l'uranium qui est issu de pays comme le Niger, assurer son approvisionnement est à la fois un enjeu énergétique et militaire. Enfin, l'Union européenne est également le plus gros consommateur mondial de minerais, en particulier de minerais nécessaires au développement de hautes technologies, comme le cobalt, le platine, les terres rares et le titane situés en Asie et en Afrique⁴². Ainsi l'Union européenne dépend-elle de ressources en provenance d'autres continents pour son développement économique⁴³. Cette dépendance ne fera d'ailleurs qu'augmenter avec le temps⁴⁴. La part du pétrole importé par les États membres n'a, par exemple, cessé de croître depuis les années 1990⁴⁵. En outre, selon les études menées par l'Union européenne, la demande mondiale d'énergie augmentera de 40 % d'ici à 2030 en raison de l'accroissement démographique (9 milliards de personnes d'ici à 2050) et de la hausse du niveau de vie⁴⁶.

37. COMMISSION EUROPÉENNE, *EU energy in figures. Statistical pocketbook 2015*, Bruxelles, Commission européenne, 2015, 268 p., p. 176.

38. COMMISSION EUROPÉENNE, *Communication au Conseil et au Parlement européen. Stratégie thématique pour l'utilisation durable des ressources naturelles*, COM (2005) 670 final, JOUE C 49 du 28 février 2006, 24 p., p. 3.

39. COMMISSION EUROPÉENNE, *Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil. Stratégie européenne pour la sécurité énergétique*, COM (2014) 330 final, 2014, 29 p., p. 2.

40. INTERNATIONAL ENERGY AGENCY, *Key world energy statistics (2017)*, Paris, International Energy Agency, 2017, 97 p., p. 13.

41. COMMISSION EUROPÉENNE, *EU energy in figures. Statistical pocketbook 2016*, Bruxelles, Commission européenne, 2016, 268 p., p. 64.

42. COMMISSION EUROPÉENNE, *Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil. Initiative « matières premières »...*, op. cit., p. 3.

43. COMMISSION EUROPÉENNE, *Communication au Conseil et au Parlement européen. Stratégie thématique pour l'utilisation durable des ressources naturelles*, op. cit., p. 3.

44. COMITÉ ÉCONOMIQUE ET SOCIAL EUROPÉEN, *Avis du Comité économique et social européen sur les « Risques et problèmes liés à l'approvisionnement de l'industrie européenne en matières premières » (avis d'initiative)*, CCOMI/028 « Approvisionnement en matières premières », JOUE C 309 du 16 décembre 2006, p. 72-77, p. 73.

45. COMMISSION EUROPÉENNE, *EU energy in figures. Statistical pocketbook 2015*, op. cit., p. 24.

46. COMMISSION EUROPÉENNE, *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au comité des régions sur la sécurité de l'approvisionnement énergétique et la coopération internationale. « La politique énergétique de l'UE : s'investir avec des partenaires au-delà de nos frontières »*, COM (2011) 539 final, JOUE C 335 du 16 novembre 2011, 21 p., p. 2. COMITÉ ÉCONOMIQUE ET SOCIAL EUROPÉEN, *Avis du Comité économique et social européen sur la Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions « Relever les défis posés par les marchés des produits de base et les*

L'accès aux matières premières est donc un enjeu stratégique majeur. Cela est d'autant plus vrai que l'Union européenne n'est pas la seule région du monde dépendant de l'accès à ces ressources. La demande asiatique est en constante augmentation en raison de sa croissance économique et des besoins de sa population⁴⁷. La Chine est, d'ailleurs, le deuxième importateur mondial de pétrole et l'un des plus importants consommateurs d'énergie⁴⁸. C'est également le plus gros consommateur de minerais. À cette demande concurrente s'ajoutent l'instabilité politique ou sécuritaire dans certaines régions du monde ainsi que la raréfaction des ressources. Même si des découvertes récentes de gisements potentiellement intéressants ont été faites (par exemple, en Ouganda et au Mozambique), il est techniquement de plus en plus difficile de les exploiter car cela nécessite d'importantes innovations technologiques avec des coûts d'exploitation élevés.

Aussi, bien consciente du fait qu'elle dépend de l'importation de ces matières premières, l'Union européenne a souhaité adopter « une position forte, efficace et équitable sur la scène internationale⁴⁹ » pour assurer et garantir son accès et son approvisionnement, tout en affirmant que « la prospérité et la sécurité de l'Union européenne reposent sur un approvisionnement énergétique stable et abondant⁵⁰ ». L'objectif est de « limiter les risques inhérents à cette dépendance⁵¹ ». C'est ainsi que différentes stratégies sur les matières premières critiques et les ressources énergétiques ont été adoptées⁵². L'initiative « matières premières », publiée en 2008 puis révisée en 2014, recense 14 matières premières considérées comme critiques, c'est-à-dire qui « présentent un risque particulièrement élevé de pénurie d'approvisionnement dans les dix prochaines années et qui jouent un rôle particulièrement important dans la chaîne de valeur », notamment en raison de la concentration de la production dans quelques pays (c'est par exemple le cas du cobalt) et du risque d'instabilité dans ces pays⁵³. Cette initiative liste également toute une série de

matières premières », COM(2011) 25 final, CCMI/091 Marchés des produits de base et matières premières, JOUE C 318 du 29 octobre 2011, p. 76-81, p. 80.

47. INTERNATIONAL ENERGY AGENCY, *Key Oil Trends. Excerpt from Oil information*, Paris, International Energy Agency, 2016, 9 p., p. 6.
48. INTERNATIONAL ENERGY AGENCY, *Key world energy statistics (2017)*, op. cit., p. 13 et 36.
49. COMMISSION EUROPÉENNE, *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au comité des régions sur la sécurité de l'approvisionnement énergétique et la coopération internationale. « La politique énergétique de l'UE : s'investir avec des partenaires au-delà de nos frontières »*, op. cit., p. 2.
50. COMMISSION EUROPÉENNE, *Communication au Conseil et au Parlement européen. Stratégie européenne pour la sécurité énergétique*, op. cit., p. 2.
51. COMMISSION EUROPÉENNE, *Communication de la Commission, au Conseil et au Parlement européen. Vers une stratégie thématique pour l'utilisation durable des ressources naturelles*, COM (2003) 572 final, JOUE C 96 du 21 avril 2004, 32 p., p. 15.
52. COMMISSION EUROPÉENNE, *Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil. Initiative « matières premières »...*, op. cit. COMMISSION EUROPÉENNE, *Communication au Conseil et au Parlement européen. Stratégie européenne pour la sécurité énergétique*, op. cit.
53. COMMISSION EUROPÉENNE, *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au comité des régions. Relever les défis...*, op. cit., p. 11. COMMISSION EUROPÉENNE, *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions sur la révision de la liste des matières premières critiques pour l'UE et la mise en œuvre de l'initiative « Matières premières »*, COM (2014) 297 final, 2014, 7 p.

mesures que l'Union européenne doit mettre en place afin de garantir son approvisionnement telles que se doter d'une diplomatie des matières premières⁵⁴. L'objectif est aussi de diversifier les sources et les routes d'approvisionnement afin de limiter les risques⁵⁵. Des mesures similaires sont prévues s'agissant du pétrole et du gaz⁵⁶.

b. La Chine et la stratégie « prêts contre ressources »

L'Union européenne n'est pas la seule à développer des stratégies pour sécuriser l'approvisionnement en matières premières. La Commission européenne affirme que des pays émergents comme la Chine jouent un rôle particulier dont « le but apparent [est] de se ménager un accès privilégié aux matières premières⁵⁷ ». Depuis quelques années, la Chine a, en effet, mis en place une stratégie spécifique pour garantir un accès privilégié aux ressources⁵⁸, particulièrement en Afrique⁵⁹. Celle-ci consiste en l'accord de prêts à taux compétitifs par rapport aux institutions financières traditionnelles pour réaliser, par exemple, des projets d'infrastructures d'envergure majeure qui seront remboursés par l'obtention de gisements⁶⁰. Généralement, il est exigé que pour la construction d'infrastructures, les prestataires de services, les équipements, et la main-d'œuvre soient chinois⁶¹. Le premier accord de ce type fut conclu avec l'Angola⁶². Fort de ce succès, cette stratégie « prêts contre ressources » a ensuite été répliquée en Zambie, en Afrique du Sud, en République démocratique du Congo, etc.⁶³. Ces partenariats s'effectuent par l'intermédiaire d'entreprises publiques extractives et les banques publiques. Cette politique mise en place par la Chine est perçue comme pouvant faire obstacle à l'accès aux ressources. Cela permet, en effet, à la Chine de sécuriser son approvisionnement et de s'assurer que ses entreprises ont accès à de nouveaux marchés⁶⁴. La résolution du Parlement européen en 2008 sur la politique chinoise et ses effets sur l'Afrique est révélatrice de l'impact que peut avoir cette stratégie. Le Parlement européen indiquait « qu'il

54. COMMISSION EUROPÉENNE, *Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil. Initiative « matières premières »...*, *op. cit.*

55. COMMISSION EUROPÉENNE, *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au comité des régions sur la sécurité de l'approvisionnement énergétique et la coopération internationale. « La politique énergétique de l'UE : s'investir avec des partenaires au-delà de nos frontières »*, *op. cit.*, p. 2 et p. 5.

56. *Ibid.*

57. COMMISSION EUROPÉENNE, *Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil. Initiative « matières premières »...* *op. cit.*, p. 5.

58. PARLEMENT EUROPÉEN, *Résolution du Parlement européen du 20 mai 2008...*, *op. cit.*, p. 8.

59. En 2008, 30 % des importations chinoises de pétrole provenaient de l'Afrique. PARLEMENT EUROPÉEN, *Résolution du Parlement européen du 23 avril 2008 sur la politique de la Chine et ses effets sur l'Afrique (2007/2255 [INI])*, P6_TA(2008)0173, JOUE C 259 E, 29 octobre 2009, p. 41-55, p. 45.

60. COMMISSION EUROPÉENNE, *Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil. Initiative « matières premières »...*, *op. cit.*, p. 5. ALVES A., « Chinese Economic Statecraft: A Comparative Study of China's Oil-backed Loans in Angola and Brazil », *Journal of Current Chinese Affairs*, vol. 42, n° 1, 2013, p. 99-130. BROOKS G. *et al.*, *Preventing Corruption. Investigation, Enforcement and Governance*, New York, Palgrave Macmillan, 2013, 232 p., p. 75-76.

61. ALVES A., « Chinese Economic Statecraft... », art. cité, p. 108.

62. BURGIS T., *The Looting Machine: Warlords, Oligarchs, Corporations, Smugglers, and the Theft of Africa's Wealth*, New York, PublicAffairs, 2015, 352 p., p. 86-87.

63. COMMISSION EUROPÉENNE, *Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil. Initiative « matières premières »...*, *op. cit.*, p. 5.

64. ALVES A., « Chinese Economic Statecraft... », art. cité, p. 102.

serait souhaitable que l'engagement de la Chine en Afrique ne concerne pas seulement les pays qui présentent un intérêt sur le plan de la politique énergétique, mais, au contraire, qu'une coopération avec tous les États d'Afrique soit prise en considération⁶⁵ ».

Les mesures mises en place et les actions menées par l'Union européenne ou la Chine pour sécuriser l'approvisionnement, maintenir la compétitivité et le développement économique montrent parfaitement les enjeux stratégiques et géopolitiques que représentent ces ressources, d'autant plus que les gisements sont concentrés dans un nombre restreint de pays. La citation de Tom Burgis, dans son livre paru en 2015, prend ici toute son ampleur : « *Today intelligence is not for starting wars. Today intelligence is for natural resources*⁶⁶. » L'objectif est bien celui de détenir une position dominante pour contrôler non seulement l'accès aux matières premières mais aussi l'approvisionnement. Par ailleurs, ces ressources représentent également un enjeu stratégique pour les pays riches en pétrole, gaz et minerais (2).

2. Un enjeu stratégique de développement pour les pays extractifs

Du côté des pays producteurs, les industries extractives représentent un enjeu stratégique de développement. Ces pays dépendent, en effet, de l'extraction pour pouvoir se développer économiquement et socialement, le secteur extractif représentant une part importante de leur budget. C'est notamment le cas des pays africains. À titre d'illustration, selon certaines estimations, ce secteur peut compter pour plus de 90 % dans le total des exportations et pour 60 % dans le total des recettes publiques, voire pour 90 % du budget pour des pays comme l'Angola ou le Nigeria⁶⁷. Ces pays dépendent donc fortement de l'extraction de ces ressources. Dans certains cas, ce secteur peut constituer la principale source de devises et d'investissements étrangers⁶⁸. Cette dépendance est, en outre, accrue non seulement par l'intervention d'entreprises souvent étrangères, qui sont les seules entités à disposer des ressources techniques et financières nécessaires pour exploiter les gisements, mais aussi par la fluctuation des prix. Cette variation des prix peut avoir une incidence sur les rentrées des recettes publiques pouvant être tirées de l'activité extractive. Lorsque les prix sont élevés, permettant une meilleure rentabilité des gisements et un meilleur retour sur investissements, les États sont à même de négocier d'importants bonus de signature lors de l'attribution de permis ou reçoivent une part conséquente des profits. En revanche, dès lors qu'une chute des prix a lieu, ceux-ci voient leurs recettes diminuées⁶⁹.

L'Afrique possède environ 10 % des réserves de pétrole, 8 % des réserves de gaz et 30 % des réserves de minerais au monde (figure 2)⁷⁰. L'Angola et le Nigeria

65. PARLEMENT EUROPÉEN, *Résolution du Parlement européen du 23 avril 2008...*, op. cit., p. 45.

66. BURGIS T., *The Looting Machine...*, op. cit., p. 85.

67. BANQUE MONDIALE, *Le secteur des industries extractives...*, op. cit., p. 2.

68. MÉRENNE-SCHOUMAKER B., *Atlas mondial des matières premières...*, op. cit., p. 64.

69. AUGÉ B., *Secteur pétrolier en Afrique...*, op. cit.

70. AFRICA PROGRESS PANEL, *Rapport 2013 sur les progrès en Afrique : équité et industries extractives en Afrique. Pour une gestion au service de tous*, Genève, Africa Progress Panel, 2013, 120 p., p. 44.

sont les plus grands producteurs pétroliers du continent et figurent parmi les plus grands exportateurs de pétrole au monde⁷¹. D'autres pays africains pourraient également devenir des producteurs incontournables dans un avenir proche. En effet, de nouvelles découvertes ont été effectuées au Kenya, en Ouganda, au Mozambique ou encore en Tanzanie⁷². Des pays comme la Zambie, la Guinée, le Niger, ou l'Afrique du Sud sont, quant à eux, de grands producteurs de minerais tels que l'uranium, la bauxite, le cuivre ou le cobalt⁷³. Malgré la dépendance des États à l'exploitation et à l'exportation des matières premières et les risques qui y sont associés, la majorité des pays africains n'ont pas diversifié leur économie⁷⁴. Cette dépendance a un impact non seulement sur le développement économique mais aussi sur le développement social de ces pays. En effet, alors que les ressources financières issues de l'activité extractive pourraient être une formidable opportunité de réduction de la pauvreté (les matières premières se situant majoritairement dans des pays avec un indice de développement humain faible)⁷⁵, elles sont rarement gérées de manière à bénéficier à la population des pays riches en pétrole, gaz et minerais. Le secteur extractif est, d'ailleurs, souvent associé à la « malédiction des ressources naturelles⁷⁶ », générant inégalités, conflits, pauvreté, dégradations environnementales, mauvaise gouvernance et enrichissement des élites⁷⁷. Cette spécificité des industries extractives est notamment due à l'effet d'enclave de ce secteur⁷⁸. L'activité extractive nécessite peu de main-d'œuvre, n'a que peu d'impacts sur les autres pans de l'économie nationale ni d'interactions avec les autres secteurs. En outre, la manne financière qui s'en dégage est synonyme de rente pour les États, ces derniers percevant des recettes sans efforts financiers particuliers de leur part⁷⁹. Ces rentrées budgétaires conséquentes sans coûts (ou à faibles coûts) pour l'État peuvent donner le sentiment que l'accès à ces ressources financières est sans fin, ce qui peut conduire à une utilisation de ces recettes à mauvais escient.

71. INTERNATIONAL ENERGY AGENCY, *Key world energy statistics (2017)*, op. cit., p. 13.

72. AFRICA PROGRESS PANEL, *Rapport 2013 sur les progrès en Afrique...*, op. cit., p. 42. AUGÉ B., *Pétrole et gaz en Afrique de l'Est : quels enjeux et quel périmètre ?*, Paris, IFRI, 2015, 25 p.

73. AFRICA PROGRESS PANEL, *Rapport 2013 sur les progrès en Afrique...*, op. cit., p. 44.

74. PARLEMENT EUROPÉEN, *Résolution du Parlement européen du 26 février 2014 sur la promotion du développement par des pratiques responsables dans les affaires, notamment en ce qui concerne le rôle des industries extractives dans les pays en développement (2013/2126(INI))*, P7_TA(2014)0163, 2014, 13 p., p. 4.

75. AFRICA PROGRESS PANEL, *Rapport 2013 sur les progrès en Afrique...*, op. cit., p. 19.

76. La « malédiction des ressources naturelles » a été théorisée par Sachs et Warner dans les années 1990 : SACHS J. D. et WARNER A. M., *Natural resources abundance and economic growth*, Cambridge, Harvard University Press, 1997, p. 150. SACHS J. D. et WARNER A. M., « The curse of natural resources », *European economic review*, vol. 45, n° 4, 2001, p. 827-838. Pour une étude plus récente : CHATHAM HOUSE, *The Resource Curse Revisited*, Londres, Chatham House, 2015, 50 p.

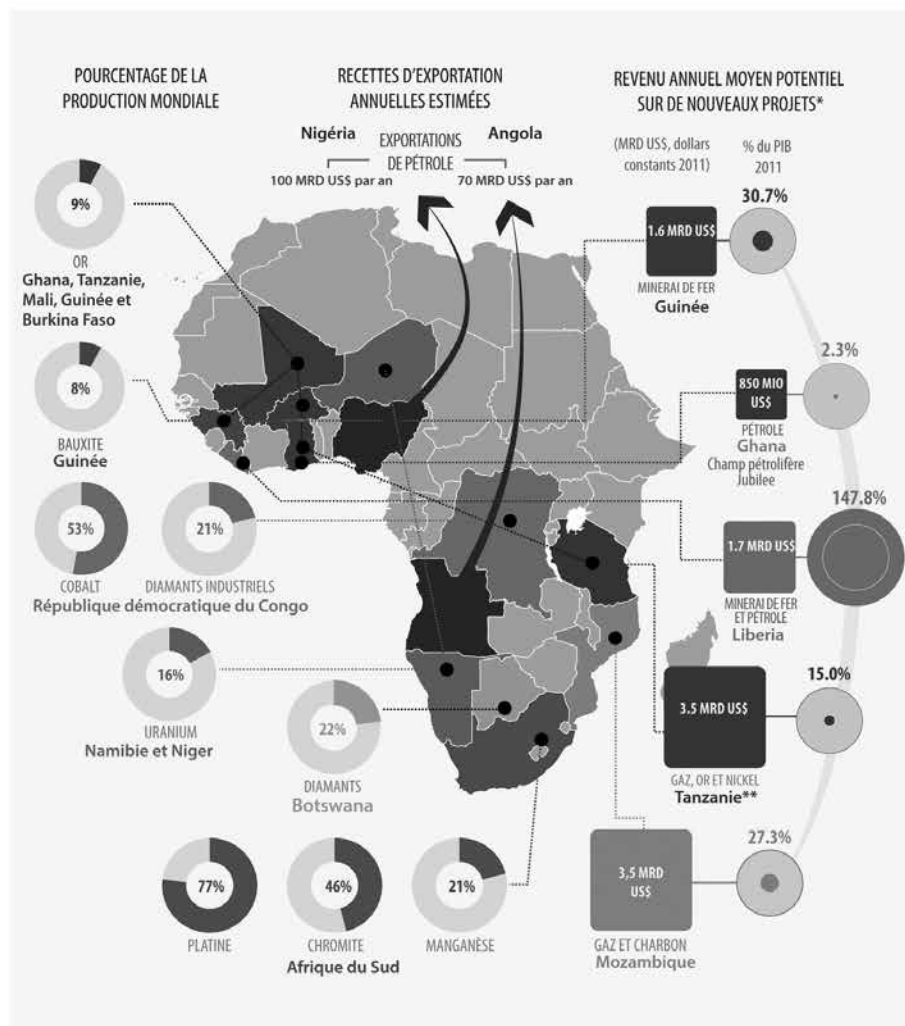
77. CARBONNIER G., « Comment conjurer la malédiction des ressources naturelles ? », *Annuaire suisse de politique de développement*, vol. 26, n° 2, 2007, p. 83-98.

78. CARBONNIER G., « La malédiction des ressources naturelles et ses antidotes », *Revue internationale et stratégique*, vol. 91, n° 3, 2013, p. 38-48, p. 41.

79. MCFERSON H. M., « Extractive Industries and African Democracy: Can the "Resource Curse" be Exorcised ? », *International Studies Perspectives*, vol. 11, n° 4, 2010, p. 335-353, p. 344.

Figure 2. – L'importance du secteur extractif en Afrique

CARTOGRAPHIE DES RICHESSES EN RESSOURCES NATURELLES DE L'AFRIQUE : SÉLECTION DE PAYS ET DE MATIÈRES PREMIÈRES



Sources : Raw Materials Data, IntelleraRAG, 2013
 Banque mondiale, Africa's Pulse, octobre 2012, volume 6
 FMI, Régimes fiscaux des industries extractives : conception et application, 2012
 U.S. Geological Survey, Mineral commodity summaries 2013
 *Les estimations servent à donner un ordre de grandeur. Les projections de revenus sont très sensibles aux hypothèses concernant les prix, phases de production et coûts de production et d'investissement sous-jacents.
 **Les données représentent le revenu annuel en pic de production.

Source : carte réalisée par Africa Progress Panel, 2013.

Toutes ces caractéristiques laissent le champ libre à l'émergence de pratiques illicites visant à détourner les recettes et profits issus de l'activité extractive. Toutefois, ces éléments ne sont pas les seuls à entrer en jeu. D'autres encore facilitent les flux financiers illicites dans les industries extractives (II).

II. Les flux financiers illicites, une caractéristique majeure du secteur extractif

La globalisation a certes permis le développement d'une économie mondiale, de renforcer les échanges entre les personnes, et d'interconnecter les différentes sociétés à travers le monde. Mais elle a aussi conduit à l'abolition des frontières, à l'affaiblissement des États ainsi qu'à l'accélération, à la libéralisation et à l'internationalisation des échanges économiques qui circulent désormais sans obstacles et « hors de l'espace en un instant⁸⁰ ». En outre, la globalisation a engendré un « dépassement des systèmes de droit nationaux » mais aussi des « dysfonctionnements » favorisant l'émergence de « crimes globalisés », de « risques globaux » et de « flux immatériels⁸¹ ». Ces flux immatériels, tels que les flux financiers, s'échangent et circulent de manière extrêmement rapide et sans entrave, échappant à pratiquement tout contrôle, et sans qu'aucune distinction ne soit faite entre légalité et illégalité, licéité et illicéité, ce qui permet aux capitaux d'origine illicite de se mélanger aux capitaux d'origine licite, et donc de faciliter les « flux financiers illicites ».

Les flux financiers illicites regroupent généralement la corruption, l'évitement fiscal ou encore les revenus tirés d'activités criminelles comme le trafic de drogue, d'êtres humains ou d'armes⁸². Définir avec précision ce qui est entendu par « flux financiers illicites » n'est, cependant, pas chose aisée. En effet, il n'existe aucune définition juridique de cette expression. Mais différentes organisations comme les Nations unies ou encore l'ONG Global Financial Integrity (GFI), ont tenté, ces dernières années, de la définir. Pour les Nations unies, les flux financiers illicites sont de « l'argent gagné, transféré ou utilisé de manière illicite⁸³ », tandis que pour GFI, il s'agit de « mouvements illégaux d'argent ou de capital d'un pays à l'autre⁸⁴ ». Ces deux définitions font consensus à l'heure actuelle. Toutefois, elles diffèrent sensiblement : en effet, les Nations unies font référence au caractère « illicite » des flux financiers alors que GFI utilise le terme « illégal ». Contrairement à l'illégalité, le terme « illicite » revêt un sens beaucoup plus large et peut signifier illégal mais aussi

80. FRISON-ROCHE M.-A., *Les 100 mots de la régulation*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2011, 128 p., p. 75.

81. DELMAS-MARTY M., *Les forces imaginantes du droit*, t. I : *Le relatif et l'universel*, Paris, Éditions du Seuil, 2004, 439 p., p. 36-37 et p. 220-395.

82. COMMISSION ÉCONOMIQUE POUR L'AFRIQUE, *Rapport final du groupe de haut niveau sur les flux financiers illicites en provenance de l'Afrique. Track it! Stop it! Get it!*, Addis Abeba, Commission économique pour l'Afrique, 2015, 126 p., p. 9.

83. COMMISSION ÉCONOMIQUE POUR L'AFRIQUE, *Pourquoi l'Afrique doit localiser et éliminer les flux financiers illicites, et récupérer les capitaux*, Addis Abeba, Commission économique pour l'Afrique, 2014, 19 p., p. 1.

84. GLOBAL FINANCIAL INTEGRITY, *Illicit Financial Flows to and from Developing Countries: 2005-2014*, Washington D.C., Global Financial Integrity, 2017, 68 p., p. 1. Traduction non officielle.

immoral ou moralement répréhensible⁸⁵. En d'autres termes, un flux financier illicite pourrait être légal mais immoral, l'illicéité permettant ainsi d'englober un champ plus vaste de flux financiers illicites. Dans la mesure où certaines pratiques dans le secteur extractif comme l'évitement fiscal peuvent être considérées comme légales mais immorales tandis que d'autres comme la corruption sont à la fois illégales et immorales, nous retiendrons la définition proposée par les Nations unies qui permet d'inclure l'ensemble des flux financiers illicites ayant cours dans ce secteur.

Par ailleurs, quantifier avec précision les flux financiers illicites n'est pas chose aisée en raison de l'opacité entourant ces transactions et de leur nature clandestine. Toutefois, on estime qu'ils représentent une perte de 1 000 milliards de dollars par an pour les pays en développement⁸⁶. L'Afrique est ainsi particulièrement touchée par ces flux et perdrait entre 50 et 148 milliards de dollars annuellement, soit l'équivalent du montant annuel moyen de l'aide au développement perçue par le continent⁸⁷. En d'autres termes, l'Afrique pourrait ne plus avoir besoin d'aide au développement si les flux financiers illicites étaient endigués. Les effets néfastes dus à ces pertes de revenus sont considérables en termes de développement économique et social. En effet, cette fuite de revenus ne permet pas de financer des services essentiels tels que la santé ou l'éducation et creuse les inégalités. Il est également très difficile d'estimer le volume de flux financiers illicites dans le secteur extractif. Malgré ce manque de données chiffrées, les études réalisées montrent qu'il s'agit d'une pratique prééminente dans ce secteur⁸⁸. Selon le dernier rapport de l'OCDE sur la corruption transnationale, les entreprises extractives sont celles qui sont le plus souvent sanctionnées pour des faits de corruption d'agent public étranger⁸⁹. En outre, l'indice de perception de la corruption de l'ONG Transparency International semble corroborer ce lien entre industries extractives et corruption. Les résultats tendent effectivement à montrer que, dans les pays riches en pétrole, gaz et minerais, la propension à verser des pots-de-vin est élevée; ces pays se situant chaque année dans le bas du classement. C'est notamment le cas de l'Angola, classé 167^e sur 180 pays en 2017, de la République du Congo (161^e) ou encore du Nigeria (148^e). Les scandales de corruption dans les industries extractives font également régulièrement la « Une » des actualités. La corruption n'est, cependant, pas le seul fléau affectant ce secteur. En effet, il est également fortement exposé à la manipulation et à la falsification des prix des échanges. Entre 2000 et 2009, 56 % de ces flux provenaient du pétrole et des minerais⁹⁰. Les flux financiers

85. CORNU G., *Vocabulaire juridique*, 11^e édition, Paris, PUF, 2016, 1 152 p., p. 519. LE BILLON P., « Extractive sectors and illicit financial flows: What role for revenue governance initiatives? », *U4 Issue*, n° 13, 2011, p. 1-45, p. 3. COMMISSION ÉCONOMIQUE POUR L'AFRIQUE, *Rapport final du groupe de haut niveau sur les flux financiers illicites...*, *op. cit.*, p. 23.

86. ONE, *Le casse du siècle: un scandale à mille milliards de dollars*, Londres, ONE, 2014, 32 p.

87. COMMISSION ÉCONOMIQUE POUR L'AFRIQUE, *Pourquoi l'Afrique doit localiser et éliminer les flux financiers illicites...*, *op. cit.*, p. 3 et 5. COMMISSION ÉCONOMIQUE POUR L'AFRIQUE, *Rapport final du groupe de haut niveau sur les flux financiers illicites...*, *op. cit.*, p. 13.

88. COMMISSION ÉCONOMIQUE POUR L'AFRIQUE, *Rapport final du groupe de haut niveau sur les flux financiers illicites...*, *op. cit.*, p. 67. COMMISSION ÉCONOMIQUE POUR L'AFRIQUE, *Rapport sur la gouvernance en Afrique IV. Mesurer la corruption en Afrique : prendre en compte la dimension internationale*, Addis Abeba, Commission économique pour l'Afrique, 2016, 126 p., p. 71.

89. OCDE, *Rapport de l'OCDE sur la corruption transnationale*, Paris, OCDE, 2014, 51 p., p. 24.

90. COMMISSION ÉCONOMIQUE POUR L'AFRIQUE, *Pourquoi l'Afrique doit localiser et éliminer les flux financiers illicites...*, *op. cit.*, p. 3-4.

illicites sont donc un phénomène récurrent, et même une caractéristique majeure du secteur extractif (B), ce qui est rendu possible grâce à un cadre convenant parfaitement à ces pratiques illicites (A).

A. Un environnement propice aux flux financiers illicites

La grande complexité du secteur extractif et son opacité sont autant d'occasions de manipulation et de détournement qui permettent l'émergence de flux financiers illicites dans ce secteur⁹¹. Les contrats sont, en effet, marqués par le sceau du secret, en particulier quand il s'agit de sujets sensibles comme le montant des bonus de signature versés ou les clauses fiscales. Il est alors extrêmement difficile d'obtenir des informations sur le contenu des contrats. S'agissant des bonus de signature, il n'existe pas de barème fixe. L'État et l'entreprise extractive en négocient donc le montant lors des discussions contractuelles. Les bonus de signature peuvent alors atteindre des sommes conséquentes, ce qui explique le manque d'empressement à les divulguer. Du fait du secret régnant autour de leur montant, il est possible d'en détourner une partie à des fins d'enrichissement personnel. En ce qui concerne le régime fiscal applicable au projet extractif, le résultat des négociations n'est jamais rendu public. Cette négociation conduit souvent à accorder des avantages financiers et fiscaux en faveur de l'entreprise en dehors de toute considération du cadre juridique national⁹², ce qui peut conduire non seulement à des pertes de recettes mais aussi à de la corruption⁹³. Il existe ainsi une forte résistance à la publication des contrats de la part de certains pays producteurs et des entreprises extractives, le respect de la clause de confidentialité étant invoqué comme faisant obstacle à la divulgation des dispositions contractuelles⁹⁴. Lorsque les contrats sont disponibles, il manque généralement des articles (voire dans certains cas plusieurs pages du contrat), en particulier ceux dédiés aux questions fiscales et financières, ce qui ne permet pas une réelle compréhension des enjeux. Ce manque de transparence au niveau de la négociation des termes du contrat et de la publication de ce dernier constitue un terrain propice aux flux financiers illicites, comme la corruption, ce qui n'incite donc pas ces acteurs à rendre des comptes. Le défaut de transparence de certaines structures d'entreprises (par exemple, savoir qui est le véritable propriétaire de l'entreprise) contribue également au règne de l'opacité dans les industries extractives.

91. BANQUE MONDIALE, *The Many Faces of Corruption: Tracking Vulnerabilities at the Sector Level*, Washington D.C., Banque mondiale, 2007, 484 p., p. 196-197. PARLEMENT EUROPÉEN, *Résolution du Parlement européen du 26 février 2014...*, *op. cit.*, p. 10.

92. CHARLET A., LAPORTE B. et ROTA-GRAZIOSI G., « La fiscalité minière en Afrique de l'Ouest et du Centre », art. cité, p. 537. OPEN SOCIETY INSTITUTE OF SOUTHERN AFRICA *et al.*, *Breaking the Curse: How Transparent Taxation and Fair Taxes can Turn Africa's Mineral Wealth into Development*, Johannesburg, Open Society Institute of Southern Africa *et al.*, 2009, 81 p., p. 36.

93. PARLEMENT EUROPÉEN, *Rapport sur l'évasion fiscale et la fraude fiscale: des défis pour la gouvernance, la protection sociale et le développement dans les pays en développement (2015/2058[INI])*, A8-0184/2015, Bruxelles, Parlement européen, 2015, 24 p., p. 5 et 14.

94. REVENUE WATCH INSTITUTE, *Contrats confidentiels...*, *op. cit.* FONDS MONÉTAIRE INTERNATIONAL, *Guide sur la transparence des recettes des ressources naturelles*, *op. cit.*

À cette opacité s'ajoutent l'effet de rente, la dépendance économique et les rentrées budgétaires conséquentes. Les matières premières peuvent alors être utilisées comme un instrument de domination politique et économique et mener à un système de patronage grâce auquel le gouvernement s'assure de soutiens pour rester au pouvoir⁹⁵. En somme, l'activité extractive augmente « les avantages liés au pouvoir⁹⁶ ». En outre, dans de nombreux cas, seules quelques personnes clés au sein du gouvernement « contrôlent » la gestion des ressources extractives, notamment l'allocation des permis et la négociation des contrats, ce qui peut faciliter la prédation des ressources⁹⁷. Les entreprises extractives étant dépendantes de l'autorisation de l'État pour pouvoir opérer dans le pays⁹⁸, cela peut également renforcer le sentiment de toute-puissance de l'appareil étatique.

L'intervention de l'État dans les différentes étapes du cycle de vie d'un projet extractif participe de ce système, notamment par l'intermédiaire de ses agents et des entreprises d'État qui peuvent servir des intérêts privés. Les entreprises d'État sont souvent gérées par des personnes proches du pouvoir en place et manquent cruellement de transparence concernant la gestion des revenus perçus, des parts détenues dans les projets extractifs, de l'utilisation des fonds, de la structure et du fonctionnement de l'entreprise⁹⁹. À titre d'illustration, la Gécamines, l'entreprise d'État en République démocratique du Congo, se voit régulièrement reprocher de céder des actifs miniers à des prix sous-évalués, en moyenne vendus à un sixième de leur valeur estimée au prix du marché, notamment à des entreprises enregistrées dans des pays considérés comme des paradis fiscaux, réglementaires et judiciaires¹⁰⁰. De plus, certains agents publics détiennent des parts dans des entreprises privées opérant dans le secteur extractif, ce qui peut poser question en termes de conflits d'intérêts et de risques de générer des flux financiers illicites. L'opacité conjuguée à une concentration du pouvoir dans les mains de quelques-uns peuvent donc conduire à des dérives et, en particulier, favoriser la corruption.

Par ailleurs, la majorité des pays producteurs de pétrole, gaz et minerais se distingue par une mauvaise gouvernance. L'indice de gouvernance des ressources naturelles de Natural Resource Governance Institute (NRGI), une organisation de la société civile, publié en 2017 pointe le fait que la majorité de ces pays (soit 69 pays sur 89) « affichent une gouvernance des ressources naturelles insuffisante, médiocre ou défaillante¹⁰¹ » et « sont encore confrontés à de redoutables défis de gouvernance¹⁰² ». Cette mauvaise gouvernance est le fait d'institutions fragilisées,

95. LE BILLON P., « Extractive sectors and illicit financial flows... », art. cité, p. 3. KOLSTAD I. et SØREIDE T., « Corruption in natural resource management: Implications for policy makers », *Resources Policy*, vol. 34, n° 4, 2009, p. 214-226, p. 216. STANDING A., « Corruption and the extractive industries in Africa. Can combatting corruption cure the resource curse », *ISS Paper*, 153, 2007, p. 1-28, p. 4. MROSS K., *Fighting the Curse by Lifting the Curtain. How Effective is Transparency as an Instrument to Escape the Resource Trap?*, Berlin, Tectum Verlag, 2012, 87 p., p. 16 et 22-23.

96. BANQUE MONDIALE, *Le secteur des industries extractives...*, op. cit., p. 6.

97. LE BILLON P., « Extractive sectors and illicit financial flows... », art. cité, p. 3. KOLSTAD I. et SØREIDE T., *Corruption in natural resource management...*, art. cité, p. 219.

98. MROSS K., *Fighting the Curse by Lifting the Curtain...*, op. cit., p. 21.

99. FONDS MONÉTAIRE INTERNATIONAL, *Guide sur la transparence des recettes des ressources naturelles*, op. cit., p. 32. AFRICA PROGRESS PANEL, *Rapport 2013 sur les progrès en Afrique...*, op. cit., p. 59.

100. AFRICA PROGRESS PANEL, *Rapport 2013 sur les progrès en Afrique...*, op. cit., p. 56-58.

101. NRGI, *Indice de gouvernance des ressources naturelles 2017*, Washington D.C., NRGI, 2017, 25 p., p. 10.

102. *Ibid.*

d'un manque de capacité technique sur les questions extractives mais aussi fiscales, d'un cadre juridique lacunaire et d'un système judiciaire non indépendant¹⁰³. Les contrôles sont également quasi inexistantes avec un risque de sanction peu élevé, ce qui peut créer chez les acteurs du secteur extractif un sentiment d'impunité.

Outre ces éléments, d'autres facteurs permettent aux flux financiers illicites de se propager dans le secteur extractif. En effet, en raison de l'expertise technique requise, les entreprises disposent de nombreux atouts qui leur permettent d'influencer les décisions prises¹⁰⁴. Par exemple, les cartographies et les états des lieux géologiques sont souvent réalisés par les entreprises extractives. Cet état de fait conduit à une asymétrie d'information entre l'entreprise et l'État quant aux ressources disponibles, ce qui ne permet pas d'avoir une évaluation indépendante de la valeur des gisements¹⁰⁵. Cette dissymétrie d'information peut ainsi mener à une sous-évaluation de la qualité des gisements au détriment de l'État, ce qui aura une incidence sur les rentrées des recettes.

De plus, le manque de capacités des agents publics sur les questions fiscales, notamment sur les prix de transfert, conduit souvent ces derniers à se reposer sur les informations communiquées par les entreprises extractives, ce qui peut aboutir à des pratiques de manipulation en faveur de l'entreprise sans que l'État ne soit en mesure de s'assurer de la véracité des informations fiscales transmises par l'entreprise¹⁰⁶. En outre, de nombreux pays, en particulier en Afrique, ne disposent pas de systèmes électroniques pour les déclarations fiscales et les paiements¹⁰⁷. Ceci rend la collecte des impôts plus complexe. Il en est de même concernant les déclarations d'exportation en raison des faibles capacités techniques et humaines des pays producteurs¹⁰⁸.

Enfin, le fait que ces ressources sont l'objet d'enjeux stratégiques contribue à l'accroissement des flux financiers illicites. L'important étant de pouvoir sécuriser l'approvisionnement, des pratiques opaques sont, en effet, mises en place afin de veiller au bon déroulement de l'activité extractive. C'est notamment le cas en matière environnementale et sociale, qu'il s'agisse de négocier des obligations moins contraignantes, d'obtenir une étude d'impact environnemental favorable ou encore de recueillir le consentement des communautés locales et autochtones pour le démarrage d'un projet extractif¹⁰⁹. Par ailleurs, le peu de poursuites lancées à l'encontre d'entreprises extractives par leurs pays d'origine, en grande majorité des pays consommateurs, pose question.

103. COMMISSION ÉCONOMIQUE POUR L'AFRIQUE, *African Governance Report II*, Addis Abeba, Commission économique pour l'Afrique, 2009, 290 p.

104. STANDING A., « Corruption and the extractive industries in Africa... », art. cité, p. 8.

105. LAMOTTE O., PORCHER T., « Stratégie des compagnies pétrolières internationales et partage de la rente : le cas du Congo », *Management & Avenir*, vol. 42, n° 2, 2011, p. 310-327, p. 6. AFRICA PROGRESS PANEL, *Rapport 2013 sur les progrès en Afrique...*, op. cit., p. 50.

106. LE BILLON P., « Extractive sectors and illicit financial flows... », art. cité, p. 3. COMMISSION ÉCONOMIQUE POUR L'AFRIQUE, *Rapport final du groupe de haut niveau sur les flux financiers illicites*, op. cit., p. 29. OPEN SOCIETY INSTITUTE OF SOUTHERN AFRICA et al., *Breaking the Curse...*, op. cit., p. 43-44.

107. PwC, *Paying taxes 2016. Ten years of in-depth analysis on tax systems in 189 economies*, New York, PwC, 2016, 153 p., p. 9.

108. COMMISSION ÉCONOMIQUE POUR L'AFRIQUE, *Rapport final du groupe de haut niveau sur les flux financiers illicites...*, op. cit., p. 28.

109. STANDING A., « Corruption and the extractive industries in Africa... », art. cité, p. 9-13.

Ces spécificités du secteur extractif apportent un éclairage sur les raisons pour lesquelles ce secteur est fortement exposé aux risques de flux financiers illicites, une pratique récurrente qui se retrouve à toutes les étapes du cycle de vie d'un projet extractif (B).

B. Un secteur caractérisé par les flux financiers illicites

Les flux financiers illicites dans les industries extractives revêtent différentes formes telles que la corruption et l'évitement fiscal. À ces pratiques s'ajoute le blanchiment d'argent. Ces différents flux sont au demeurant reliés entre eux¹¹⁰. Par exemple, entre 2005 et 2010, l'entreprise américaine Layne Christensen a versé près de 800 000 dollars à des agents publics du Mali, de Guinée et de la République démocratique du Congo pour diminuer ses obligations fiscales¹¹¹. Ce pot-de-vin a permis à Layne Christensen de faire une économie de 3,2 millions de dollars de taxes¹¹². Ainsi, si une entreprise réussit à éviter ses obligations fiscales, cela peut notamment être dû au versement d'un pot-de-vin dont le produit de la corruption pourra ensuite être blanchi.

Les flux financiers illicites dans le secteur extractif répondent à plusieurs objectifs. Pour les entreprises, il s'agira de réduire les taxes, impôts et redevances (par exemple, à travers la sous-évaluation des volumes, ce qui engendre des pertes et donc un impôt moins élevé), d'obtenir une faveur ou un traitement favorable (par exemple, l'obtention d'un gisement ou l'adoption d'une législation complaisante), de profiter des imprécisions et des lacunes du cadre juridique (par exemple, tirer avantage d'une définition vague des aires protégées pour exploiter dans cette zone). Tandis que pour le gouvernement et ses agents publics, le but pourra être de s'enrichir personnellement ou de fermer les yeux sur des pratiques illégales.

1. La corruption, une pratique ancrée à tous les échelons de l'activité extractive

La corruption dans le secteur extractif doit être entendue dans son sens le plus large, c'est-à-dire le versement de pots-de-vin, scénario classique dans ce secteur, mais aussi comme le trafic d'influence, le détournement de fonds publics, les conflits d'intérêts, l'extorsion, etc. Elle peut provenir de la sollicitation par un agent public ou de l'initiative d'une entreprise. Les différentes étapes du cycle de vie d'un projet extractif sont vulnérables aux risques de corruption, qu'il s'agisse de l'exploration, de l'exploitation ou de la clôture du projet. Il en va de même de la chaîne de valeur au sein de laquelle les opportunités de corruption sont multiples, que ce soit au niveau de l'attribution des permis, de la passation de marchés publics et privés,

110. COMMISSION ÉCONOMIQUE POUR L'AFRIQUE, *The State of Governance in Africa: The Dimension of Illicit Financial Flows as a Governance Challenge*, Addis Abeba, Commission économique pour l'Afrique, 2013, 25 p., p. 7.

111. U.S. SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION, *Press release. SEC charges Texas-Based Layne Christensen Company with FCPA violations*, SEC, 2014.

112. *Ibid.*

du contrôle des activités extractives, du recouvrement des impôts, des déclarations en douanes, de l'adoption de législations, etc.¹¹³. Il peut s'agir d'un pot-de-vin pour obtenir un contrat d'exploitation ou pour faciliter les démarches administratives (ce qu'on appelle également les paiements de facilité), de s'assurer que le rapport d'audit sera positif, d'user de son influence pour obtenir des dispositions contractuelles favorables, de sélectionner des entreprises ayant des liens avec des agents publics, ou encore de s'approprier les recettes issues de l'activité extractive. Cette liste est non exhaustive, les formes et les opportunités de corruption étant innombrables.

L'ensemble des affaires de corruption ayant touché le secteur extractif met également en évidence le rôle des agents de l'État. Les multiples interactions qui ont lieu entre le gouvernement (et ses agents publics) et les entreprises ainsi que les décisions qui y sont associées favorisent les opportunités et risques de corruption¹¹⁴. Le scandale Petrobras au Brésil, révélé en 2014, en est une illustration. Petrobras, entreprise d'État spécialisée dans le pétrole, aurait reçu des pots-de-vin de la part d'entreprises du secteur du bâtiment et des travaux publics qui voulaient obtenir les marchés pour la construction des infrastructures pour l'exploitation de champs pétroliers *offshore* au large du Brésil¹¹⁵. Une partie de cet argent aurait servi à financer des campagnes électorales. En outre, à cette époque, Dilma Rousseff, présidente du Brésil entre 2011 et 2016, était ministre de l'Énergie et présidait également le Conseil d'administration de Petrobras¹¹⁶. Nicola Bonucci, directeur des affaires juridiques de l'OCDE, qualifiera ce dossier d'« affaire parfaite du XXI^e siècle¹¹⁷ » car on y retrouve de la corruption nationale et internationale, du blanchiment d'argent, de l'enrichissement personnel, de l'évitement fiscal et du financement de partis politiques. Quant à Glencore spécialisée dans l'exploitation et le négoce de pétrole, de gaz et de minerais, l'entreprise a révélé en juillet 2018 qu'elle faisait l'objet d'une enquête par le département de la justice américain pour des soupçons de pratiques de corruption qui se seraient déroulées de 2007 à nos jours au Nigeria, en République démocratique du Congo et au Venezuela¹¹⁸. Enfin, les entreprises ENI et Shell ainsi que certains dirigeants et salariés de ces entreprises sont assignés en justice dans le cadre de l'attribution en 2011 du permis pétrolier OPL 245 au Nigeria d'un montant d'1,1 milliard de dollars¹¹⁹. Selon le procureur italien, les entreprises savaient qu'une partie du montant du contrat aurait été utilisée afin de rémunérer différents agents publics du Nigeria¹²⁰. Le procès s'est ouvert à Milan

113. OCDE, *Corruption in the extractive value chain. Typology of risks, mitigation measures and incentives*, Paris, OCDE, 2015, 116 p.

114. MROSS K., *Fighting the Curse by Lifting the Curtain...*, *op. cit.*, p. 22.

115. PARANAGUA P. A., « Comprendre le scandale Petrobras qui secoue le Brésil », *Le Monde*, 2015.

116. *Ibid.*

117. GOMEZ C. *et al.*, « Lutte contre la corruption : dépasser le “tous pourris” », *Revue internationale et stratégique*, n° 101, 2016, p. 101-120, p. 106.

118. BESSON S., « Glencore sous enquête aux États-Unis, son action s'effondre », *Le Temps*, 2018.

119. SYLVERS E., « Inside the bribery scandal sweeping through the oil industry », *The Wall Street Journal*, 2018. GLOBAL WITNESS, *Press release. Judge orders biggest corporate bribery trial in history against Shell, ENI, CEO and executives*, Global Witness, 2017.

120. *Ibid.* PARODI E., « Eni, Shell knew of “sharks” in Nigeria graft case: judge », *Reuters*, 2018.

en septembre 2018. Outre les agents de l'État, le système législatif à travers les parlements nationaux est également fortement touché par la corruption. Certains textes sont votés ou amendés suite au versement d'un pot-de-vin ou à l'influence de personnes bien introduites¹²¹. Quant au système judiciaire, les magistrats manquent souvent d'indépendance que ce soit en fait ou en droit et peuvent participer à la propagation de la corruption.

2. *L'évitement fiscal en jeu*

Afin d'attirer les investissements étrangers, de nombreux pays ont adopté un cadre fiscal favorable au secteur privé ainsi que des conventions fiscales en vue d'éviter les doubles impositions. Dans le secteur extractif, des incitations et des exemptions fiscales ont été accordées aux entreprises avec pour objectif de stimuler l'activité économique ainsi que de favoriser l'activité extractive¹²². Cependant, dans de nombreux cas, cette politique n'a pas eu l'effet escompté mais a conduit à une concurrence fiscale entre les pays extractifs ainsi qu'à un nivellement par le bas des conditions fiscales¹²³. En outre, lorsque certains pays ont souhaité réformer leur système fiscal, ils se sont heurtés à une forte opposition des entreprises qui sont même allées, dans certains cas, jusqu'à menacer d'utiliser les clauses d'arbitrage prévues dans les contrats ou à arrêter toute activité extractive. Ce fut notamment le cas en Zambie lorsque le gouvernement a souhaité augmenter les taxes et impôts liés à l'exploitation du cuivre¹²⁴. Cette course à une fiscalité attrayante a d'ailleurs conduit à l'adoption de législations fiscales extrêmement complexes dont les failles facilitent l'évitement fiscal¹²⁵, les entreprises en profitant pour diminuer leurs obligations fiscales.

L'évitement fiscal peut s'entendre comme « l'utilisation de mécanismes illégaux, explicitement interdits par la loi ou la jurisprudence [...], ainsi que l'utilisation excessive de mécanismes légaux potentiellement dommageable et contraire à l'intérêt général¹²⁶ ». Cette définition permet d'inclure, sous une même dénomination, différentes pratiques qui reflètent toutes une même réalité : la réduction par les

121. BRYAN S. et HOFMANN B., *Transparency and accountability in Africa's extractive industries: the role of the legislature*, Washington D.C., National Democratic Institute for International Affairs, 2007, 107 p.

122. PARLEMENT EUROPÉEN, *Rapport sur l'évasion fiscale et la fraude fiscale: des défis pour la gouvernance...*, *op. cit.*, p. 7. OPEN SOCIETY INSTITUTE OF SOUTHERN AFRICA et al., *Breaking the Curse...*, *op. cit.*, p. 19-22.

123. PARLEMENT EUROPÉEN, *Rapport sur l'évasion fiscale et la fraude fiscale: des défis pour la gouvernance...*, *op. cit.*, p. 7. AFRICA PROGRESS PANEL, *Rapport 2013 sur les progrès en Afrique...*, *op. cit.*, p. 63. COMMISSION ÉCONOMIQUE POUR L'AFRIQUE, *Rapport final du groupe de haut niveau sur les flux financiers illicites...*, *op. cit.*, p. 68-69.

124. Échange issu d'un panel lors de l'assemblée générale de « Publiez ce que vous payez » qui s'est tenue à Lima les 22 et 23 février 2016. Voir aussi AFRICA PROGRESS PANEL, *Rapport 2013 sur les progrès en Afrique...*, *op. cit.*, p. 64.

125. PWC, *Paying taxes 2014: the global picture. A comparison of tax systems in 189 economies worldwide*, New York, PwC, 2014, 183 p., p. 12.

126. CONSEIL ÉCONOMIQUE, SOCIAL ET ENVIRONNEMENTAL, *Avis du CESE. Les mécanismes d'évitement fiscal, leurs impacts sur le consentement à l'impôt et la cohésion sociale*, Paris, Conseil économique, social et environnemental, 2016, 138 p., p. 18.

entreprises de leur charge fiscale. Il s'agit plus particulièrement de la fraude fiscale, de l'évasion fiscale, de l'optimisation fiscale ou encore de l'optimisation fiscale agressive¹²⁷. Dans le secteur extractif, l'évitement fiscal peut prendre différentes formes telles que la manipulation ou l'utilisation abusive des prix de transfert, la fausse facturation, l'augmentation artificielle des coûts d'exploitation, la sous-évaluation des volumes d'exploitation (ou l'absence de déclaration des volumes) ou encore la sous-estimation de la valeur de la ressource¹²⁸. Pour ce faire, les entreprises opèrent généralement *via* leurs filiales bien souvent situées dans des juridictions ayant un taux d'imposition faible, des dispositions fiscales favorables et disposant de conventions fiscales avec de multiples pays¹²⁹. Le recours à des filiales enregistrées dans des pays à fiscalité faible permet ainsi de maximiser les profits dans ces territoires et d'optimiser au maximum les possibilités offertes pour payer le moins d'impôts et de taxes possible dans le pays extractif¹³⁰. Le cas de l'entreprise Heritage Oil and Gas Limited est illustratif en la matière. Heritage Oil and Gas Limited, basée à Jersey, est l'une des premières entreprises à avoir développé des activités pétrolières en Ouganda à travers une de ses filiales¹³¹. Suite à la vente de 50 % de ses parts dans un permis pétrolier en 2010, un différend opposa l'entreprise et le gouvernement ougandais qui exigeait le paiement d'un impôt de 404 millions de dollars sur la plus-value réalisée (le montant de la vente s'élevait à 1,5 milliard de dollars). Les Panama Papers ont révélé les pratiques d'Heritage Oil and Gas Limited et montré comment l'entreprise a tenté de mettre en place des procédés lui permettant d'éviter de payer cet impôt. Profitant de la convention fiscale signée entre l'Ouganda et l'île Maurice, l'entreprise a, en effet, décidé de quitter les Bahamas pour re-domicilier sa filiale à l'île Maurice (une des juridictions privilégiées par les entreprises pour les stratégies d'évitement fiscal)¹³². Les emails issus des révélations des Panama Papers sont sans équivoque : « Pour des raisons fiscales émanant de l'Ouganda, les directeurs ont été avisés par les conseillers fiscaux de re-domicilier Heritage Oil and Gas Limited (HOGL) des Bahamas à l'île Maurice avant l'achèvement [de la vente]¹³³. » L'objectif affiché est bien celui de ne pas payer d'impôts. Une forme de jeu est ainsi mise en place par certaines entreprises : « gagner un maximum » en payant le moins d'impôts et de taxes possible.

L'outil fiscal peut également être un moyen de pression des pays extractifs à l'égard des entreprises, voire être une forme de « racket¹³⁴ » de la part des États. En octobre 2016, l'entreprise pétrolière américaine ExxonMobil a été condamnée

127. Il est parfois difficile d'établir une frontière entre ces différentes notions, celles-ci étant perméables.

Il n'existe pas, à l'heure actuelle, de consensus tout particulièrement s'agissant du statut de l'optimisation fiscale agressive qui est perçue comme légale par certains et illégale par d'autres.

128. PUBLISH WHAT YOU PAY (PWYP) CANADA, *Many ways to lose a billion. How governments fail to secure a fair share of natural resource wealth*, Ottawa, Publish What You Pay Canada, 2017, 72 p.

129. LE BILLON P., « Extractive sectors and illicit financial flows... », art. cité, p. 6.

130. AFRICA PROGRESS PANEL, *Rapport 2013 sur les progrès en Afrique...*, *op. cit.*, p. 50.

131. MOSIOMA A., *Panama papers and the looting of Africa*, Nairobi, Tax Justice Network – Africa, 2016, 20 p., p. 12.

132. ANCIIR, *Leaked emails expose Heritage plot to dodge Uganda tax*, ANCIIR, 2016.

133. *Ibid.* Traduction non officielle.

134. Expression utilisée par différents acteurs lors des entretiens avec l'auteur.

par un tribunal tchadien à payer une amende de 75 milliards de dollars (l'équivalent de 7 fois le PIB du pays), la plus importante jamais imposée dans le secteur, pour ne pas avoir versé environ 814 millions de dollars de redevances au gouvernement¹³⁵. Au-delà du montant faramineux que représente cette amende, l'enjeu pourrait être le désaccord survenu au préalable entre ExxonMobil et le gouvernement tchadien s'agissant du montant de la redevance que l'entreprise doit reverser¹³⁶. En outre, le Tchad faisant actuellement face à une grave crise économique suite à la chute des cours du pétrole, cette affaire pourrait être le signe qu'une renégociation contractuelle se prépare¹³⁷. Quant à Total, l'entreprise faisait l'objet d'une demande de redressement fiscal pour un montant de 805 millions de dollars au Gabon en février 2014¹³⁸. Des discussions entre l'État et Total ont permis de clôturer le différend quelques mois plus tard. Si la teneur de ces échanges demeure confidentielle, l'intervention du directeur général de Total à ce sujet est édifiante : « il n'y avait bien évidemment aucune erreur du côté de Total. Les règles fiscales parfois ne sont pas complètement claires, mais ça s'est réglé à l'amiable, comme toujours d'ailleurs avec nos amis africains¹³⁹ ». Il reste à déterminer ce qui est entendu par « à l'amiable ».

3. De l'autre côté du miroir

Si les flux financiers illicites sont principalement issus des pays riches en pétrole, gaz et minerais, ils sont majoritairement à destination des pays de l'OCDE et de la Chine¹⁴⁰. À titre d'illustration, la Suisse, les États-Unis ou encore le Royaume-Uni font partie des 15 territoires les plus opaques au monde susceptibles de recueillir ces flux¹⁴¹. En outre, le fait que certaines juridictions offrent, par le biais de leur système juridique, de nombreux avantages tels que la dissimulation de l'identité du bénéficiaire d'un compte bancaire ou d'une entreprise permet aux flux financiers illicites de prospérer¹⁴². Ces pays, généralement nommés sous le vocable de paradis fiscaux, réglementaires, judiciaires ou encore de centres financiers *offshore*, seront désignés dans cet ouvrage sous le terme de « paradis de droit », expression permettant de refléter l'idée selon laquelle le système juridique de certains pays est utilisé pour générer des flux financiers illicites. Par ailleurs, « une bienveillance et parfois une solidarité active des grands États¹⁴³ » à l'égard des paradis de droit ont

135. REUTERS, « Exxon disagrees with court's \$75 billion fine for its Chad consortium », *Reuters*, 2016. La décision de justice n'est pas accessible.

136. *Ibid.*

137. BLOOMBERG, « Exxon is hit with fine from Chad five times country's GDP », *Bloomberg*, 2016.

138. REUTERS, « Le Gabon réclame à Total \$805 millions d'impôts », *Reuters*, 2014.

139. BOISBOUVIER C., « Patrick Pouyanné : "L'Angola, pour Total, est un pays majeur" », RFI, 2015.

140. COMMISSION ÉCONOMIQUE POUR L'AFRIQUE, *Pourquoi l'Afrique doit localiser et éliminer les flux financiers illicites...*, *op. cit.*, p. 4.

141. Voir *Financial secrecy index, 2018 Results*, Tax Justice Network.

142. CHRISTENSEN J., *Mirror, mirror on the wall, who's the most corrupt of all?*, Londres, Tax Justice Network, 2007, 19 p., p. 6-10. CENTRE D'ANALYSE STRATÉGIQUE, « Centres financiers *offshore* et système bancaire "fantôme" », *La note d'analyse*, n° 222, 2011, p. 1-14, p. 6.

143. GODEFROY T. et LASCOUMES P., *Le capitalisme clandestin. L'illusoire régulation des places offshore*, Paris, La Découverte, 2004, 264 p., p. 31.

contribué à la propagation des flux financiers illicites, certains de ces pays étant sous la dépendance d'États comme les États-Unis ou le Royaume-Uni.

L'ensemble de ces éléments met en évidence toute la complexité du problème ainsi que l'ampleur des flux financiers illicites dans le secteur extractif. Ainsi voit-on se dessiner les défis que le droit devra relever pour mettre fin à toutes ces pratiques illicites (III).

III. L'ambivalence du droit face aux flux financiers illicites dans le secteur extractif

Les différents scandales qui ont éclaté depuis une quinzaine d'années ont mis sur le devant de la scène le problème des flux financiers illicites dans le secteur extractif. Les actions des organisations de la société civile ont également permis à la communauté internationale de prendre conscience de l'ampleur du phénomène. Cependant, si de nombreux instruments juridiques ont été adoptés afin d'endiguer les flux financiers illicites dans ce secteur (A), les récentes affaires de corruption et d'évitement fiscal ainsi que les données statistiques publiées montrent que les réponses apportées ne suffisent pas à juguler les pratiques illicites dans les industries extractives. Le droit semble donc faire face à de nouveaux défis (B).

A. Un régime juridique en apparence adéquat pour lutter contre les flux financiers illicites

L'architecture pour lutter contre les flux financiers illicites dans le secteur extractif s'est construite sur plusieurs décennies en plusieurs étapes et s'est façonnée au gré des scandales et des révélations. La première vague d'initiatives visait à lutter contre la corruption et le blanchiment de capitaux (1). La deuxième faisait suite à la prise de conscience de l'ampleur des flux financiers illicites dans le secteur extractif, ce qui a conduit à l'adoption de mesures spécifiques à ce secteur (2). Enfin, l'évitement fiscal est devenu une question prioritaire suite aux différents scandales survenus à partir de 2013 (3). Cet ensemble forme le régime juridique de la lutte contre les flux financiers illicites dans le secteur extractif.

1. La lutte contre la corruption et le blanchiment d'argent, première pierre de l'édifice

La lutte contre la corruption ne date pas d'hier. Les États-Unis ont été le premier État à adopter, dans les années 1970, une législation ambitieuse incriminant non seulement la corruption nationale mais aussi la corruption internationale, prohibant ainsi la corruption d'agent public étranger¹⁴⁴. Le Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) de 1977 faisait suite aux différents scandales de corruption ayant touché des entreprises américaines¹⁴⁵. Ne voulant pas être la seule juridiction à lutter contre

144. Foreign Corrupt Practices Act of 1977, as amended, 15 U.S.C. § 78dd-1 et suiv. (dite FCPA), 1977.

145. TRICOT J., « La corruption internationale », RSC, n° 4, 2005, p. 753-765, p. 755.

la corruption et ne souhaitant pas mettre ses entreprises dans une position compétitive difficile¹⁴⁶, les États-Unis ont alors entrepris de faire adopter des règles similaires au niveau international : d'abord sous l'égide des Nations unies mais ce sera dans un premier temps un échec, puis sous celui de l'OCDE¹⁴⁷. C'est ainsi qu'est adoptée en 1997 la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales. S'ensuivra des actions au niveau régional avec notamment en Amérique la Convention interaméricaine contre la corruption de 1996, en Europe la Convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne de 1997 et la Convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe de 1999, ou encore, en Afrique, la Convention de l'Union africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption en 2003. Il faudra, en revanche, attendre l'année 2003 pour qu'un instrument de portée internationale soit adopté : la Convention des Nations unies contre la corruption. Au niveau national, des législations inspirées du FCPA ont été adoptées comme le Bribery Act de 2010 au Royaume-Uni ou la loi dite Sapin 2 de 2016 en France¹⁴⁸. Si l'ensemble de ces textes a pour objectif de lutter contre la corruption, leur champ d'application diffère tant au niveau de la définition de la corruption, des formes de corruption visées que des acteurs soumis à ces règles.

Par ailleurs, des instruments juridiquement non contraignants à l'intention des entreprises ont été élaborés pour prévenir la corruption. Le Pacte mondial des Nations unies (principe 10)¹⁴⁹ et les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales (principe VII)¹⁵⁰ en constituent des exemples. Le secteur privé a également entrepris de mettre en place des mesures et procédures spécifiques visant à prévenir la corruption à travers des programmes de conformité. Il peut s'agir de programmes qu'elles ont elles-mêmes développés ou qui s'inspirent de systèmes proposés par des organisations tierces comme la norme 37001:2016 de l'Organisation internationale de normalisation (ISO).

Parallèlement à cette lutte contre la corruption, différentes initiatives ont été lancées en réponse aux effets néfastes de la globalisation, notamment pour lutter contre le blanchiment de capitaux et la criminalité organisée. Le Groupe d'action financière (GAFI) a ainsi été créé en 1989 afin d'élaborer des normes pour lutter contre le blanchiment de capitaux, le financement du terrorisme et les autres menaces qui y sont liées et pour maintenir l'intégrité du système financier international. Le travail du GAFI a conduit à l'édition de Recommandations en 1990 à travers les Normes internationales sur la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme et de la prolifération (ci-après Recommandations du GAFI). Celles-ci ont été révisées à plusieurs reprises, notamment en 2012.

146. *Ibid.*

147. DELMAS-MARTY M., *Les forces imaginantes du droit*, t. I, *op. cit.*, p. 250-251.

148. Bribery Act 2010 (chap. 23). 2010. Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique. *JORF*, n° 0287, 10 décembre 2016.

149. Global Compact des Nations unies. 2000.

150. OCDE, *Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, Paris, OCDE, 2011, 106 p.

Enfin, l'Union européenne a adopté des mesures spécifiques pour lutter contre le blanchiment de capitaux. C'est ainsi qu'une première directive anti-blanchiment a vu le jour en 1991 qui a été révisée successivement en 2001, 2005 et en 2015 (directive [UE] 2015/849¹⁵¹). La directive anti-blanchiment s'inspire fortement des Recommandations du GAFI. Parmi les innovations prévues dans le cadre de la directive (UE) 2015/849, un registre des bénéficiaires effectifs des sociétés ainsi qu'un registre des trusts doivent être institués dans chaque État membre afin d'en finir avec l'opacité des structururations d'entreprises qui dissimulent l'identité des propriétaires réels et facilitent par là même la corruption et le blanchiment de capitaux. Suite aux révélations des Panama Papers, une nouvelle directive a modifié en 2018 la directive anti-blanchiment de 2015 afin de prendre en considération les pratiques mises au jour par les Panama Papers¹⁵². Cette directive doit être transposée par les États membres au plus tard le 10 janvier 2020.

Ainsi, toute une myriade d'instruments et d'initiatives juridiquement contraignants et non contraignants ont été adoptés au cours des deux dernières décennies pour lutter contre la corruption et le blanchiment de capitaux. Ces mesures, certes générales, s'appliquent bien entendu également au secteur extractif. En outre, des instruments ciblant spécifiquement ce secteur ont été adoptés afin de lutter contre les flux financiers illicites (2).

2. Des mesures spécifiques aux industries extractives, la transparence au cœur de la lutte contre les flux financiers illicites

Les années 1990 ont été marquées par de nombreux scandales dans le secteur extractif. Mais ce sera le rapport de Global Witness publié en 1999 montrant les liens entre les entreprises pétrolières et les élites en Angola qui conduira à la prise de conscience de l'ampleur de la corruption et des détournements dans les industries extractives¹⁵³. À la suite de ce rapport, six organisations de la société civile basées à Londres ont lancé la campagne Publiez ce que vous payez demandant aux entreprises extractives de publier les paiements qu'elles effectuent au profit des gouvernements des pays dans lesquels elles ont des activités d'exploration et/ou d'exploitation afin de lutter contre la corruption et l'opacité entourant ce secteur. Cette campagne s'est ensuite transformée en une coalition mondiale d'organisations de la société civile intitulée Publiez ce que vous payez (PCQVP) regroupant plus de 800 organisations de la société civile à travers le monde et plaidant pour l'instauration de la transparence à toutes les étapes du cycle de vie d'un projet extractif et de

151. Directive (UE) 2015/849 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme, modifiant le règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil et la directive 2006/70/CE de la Commission, *JOUE* L 141 du 5 juin 2015, p. 73-117.

152. Directive (UE) 2018/843 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2018 modifiant la directive (UE) 2015/849 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme ainsi que les directives 2009/138/CE et 2013/36/UE, *JOUE* L 156 du 19 juin 2018, p. 43-74.

153. GLOBAL WITNESS, *A crude awakening...*, *op. cit.*

sa chaîne de valeur. La transparence est, en effet, perçue par ses défenseurs comme la réponse adéquate aux problèmes rencontrés dans le secteur extractif.

Sous l'impulsion de PCQVP émerge l'idée de la création d'une initiative internationale sur la transparence qui sera ensuite reprise et portée par le Royaume-Uni. En 2003, les différents groupes de parties prenantes du secteur extractif (gouvernements, entreprises et organisations de la société civile) se sont réunis à Londres et ont adopté une déclaration contenant 12 principes centrés sur la question de la transparence des revenus issus de l'activité extractive. Cette déclaration constitue l'acte fondateur de l'Initiative pour la transparence dans les industries extractives (ITIE). Il s'agit d'une initiative volontaire multipartite au sein de laquelle sont représentés les gouvernements, les entreprises et les organisations de la société civile. 52 pays riches en pétrole, gaz et minerais participent actuellement à l'ITIE. Si initialement l'ITIE se reposait sur les 12 principes adoptés en 2003, l'initiative a évolué pour conduire en 2011 à l'édiction de « règles » énonçant 21 Exigences¹⁵⁴. Ces règles ont ensuite été remplacées en 2013 par la « Norme ITIE » qui a, elle-même, été révisée en 2016¹⁵⁵. La Norme ITIE exige des pays extractifs mais aussi des entreprises qu'ils divulguent un certain nombre d'informations, et ce, sur toute la chaîne de valeur. L'objectif est de renforcer la transparence en diminuant les risques d'une mauvaise gestion de ces ressources et de lutter contre les flux financiers illicites.

LITIE étant par nature volontaire, elle n'est applicable que dans les pays participants à l'initiative. Une trentaine de pays riches en pétrole, gaz et minerais comme l'Angola ou l'Ouganda n'ont ainsi pas encore rejoint l'ITIE, ce qui limite les efforts pour davantage de transparence. Aussi pour renforcer celle-ci, des États d'origine des entreprises ont adopté des législations spécifiques exigeant que les entreprises enregistrées et/ou cotées sur leur territoire publient les paiements qu'elles effectuent au profit des gouvernements des pays dans lesquels elles ont des activités d'exploration et/ou d'exploitation. Ces législations se veulent donc complémentaires de l'ITIE car elles couvrent un ensemble plus vaste de pays. Ainsi, les États-Unis ont adopté le Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act en 2010 dont la section 1504 est dédiée à cette obligation¹⁵⁶. Quant à l'Union européenne, celle-ci a inséré en 2013 des dispositions relatives à la transparence dans deux directives portant sur la liberté d'établissement : la directive 2013/34/UE¹⁵⁷ et la directive 2013/50/UE¹⁵⁸. Des dispo-

154. ITIE, *Règles de l'ITIE, édition 2011*, Oslo, ITIE, 2011, 88 p.

155. ITIE, *La Norme ITIE 2016*, Oslo, ITIE, 2016, 64 p.

156. Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act. 2010. Pub.L.111-203. H.R. 4173.

157. Directive 2013/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative aux états financiers annuels, aux états financiers consolidés et aux rapports y afférents de certaines formes d'entreprises, modifiant la directive 2006/43/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant les directives 78/660/CEE et 83/349/CEE du Conseil, JOUE L 182 du 29 juin 2013, p. 19-76.

158. Directive 2013/50/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 modifiant la directive 2004/109/CE du Parlement européen et du Conseil sur l'harmonisation des obligations de transparence concernant l'information sur les émetteurs dont les valeurs mobilières sont admises à la négociation sur un marché réglementé, la directive 2003/71/CE du Parlement européen et du Conseil concernant le prospectus à publier en cas d'offre au public de valeurs mobilières ou en vue de l'admission de valeurs mobilières à la négociation et la directive 2007/14/CE de la Commission portant modalités d'exécution de certaines dispositions de la directive 2004/109/CE, JOUE L 294 du 6 novembre 2013, p. 13-27.

sitions similaires ont également été adoptées en Norvège¹⁵⁹ en décembre 2013 et au Canada¹⁶⁰ en décembre 2014.

Ainsi de multiples instruments et initiatives ont été adoptés visant à promouvoir la transparence, à renforcer la responsabilité et la « redevabilité » des acteurs du secteur extractif. S'ils diffèrent sensiblement, notamment en termes de portée juridique, géographique et d'application dans le temps, ils ont permis d'ériger la transparence en pilier du secteur extractif pour lutter contre les pratiques illicites. Outre ces instruments, le régime juridique de la lutte contre les flux financiers illicites dans les industries extractives contient également des mesures spécifiquement élaborées pour contrer l'évitement fiscal (3).

3. Lutter contre l'évitement fiscal, dernière pierre de l'édifice

Il a fallu les différentes révélations survenues entre 2013 et 2016 pour que les États interviennent enfin. C'est ainsi qu'un début de réponses a été apporté par l'OCDE avec l'adoption en 2013 d'un plan d'action sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices (dit plan d'action BEPS)¹⁶¹. Ce plan d'action propose une feuille de route comprenant 15 actions applicables à tous les secteurs afin de réviser les principes du droit fiscal international et *in fine* de lutter contre les « failles que les entreprises multinationales peuvent exploiter pour réduire artificiellement leurs impôts¹⁶² ». Ce plan d'action vise ainsi à s'assurer que les profits sont taxés par la juridiction au sein de laquelle ils ont été générés et où a eu lieu de la création de valeur. Différentes mesures applicables clés en main ont été proposées aux États telles qu'un renforcement des règles en matière de prix de transfert, une nouvelle définition d'établissement stable, ou encore un modèle de législation prévoyant une déclaration pays par pays.

La légitimité de l'OCDE à agir sur ces sujets et à proposer des mesures qui devraient être mises en œuvre par l'ensemble des États a été questionnée par les organisations de la société civile. Celles-ci considèrent, en effet, que l'OCDE n'est pas suffisamment représentative et ne défend pas les intérêts des pays en développement. Ces derniers n'auraient d'ailleurs pas été consultés dans le cadre de l'élaboration du plan d'action BEPS qui va pourtant avoir un impact sur leur régime fiscal¹⁶³. Selon ces organisations de la société civile, seules les Nations unies seraient légitimes à redessiner les règles fiscales internationales et à apporter des solutions qui

159. Fastsatt av Finansdepartementet 20. desember 2013 med hjemmel i lov 17. juli 1998 om årsregnskap § 3-3 c syvende ledd og lov 29. juni 2007 nr. 75 om verdipapirhandel § 5-5 a fjerde ledd.

160. Loi sur les mesures de transparence dans le secteur extractif (L.C. 2014, chap. 39, art. 376), 2014.

161. OCDE, *Plan d'action concernant l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices*, Paris, OCDE, 2013, 50 p. OCDE, *Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices. Exposé des actions 2015*, Paris, OCDE, 2015, 26 p.

162. OCDE, *Communiqué de presse. Remédier aux failles des systèmes fiscaux : l'OCDE lance un plan d'action pour lutter contre l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices*, Paris, OCDE, 2013.

163. PLATEFORME PARADIS FISCAUX ET JUDICIAIRES, *Le plan d'action BEPS de l'OCDE va-t-il permettre de mieux lutter contre les pratiques d'évasion fiscale des entreprises multinationales ? Mythes et réalités*, Paris, Plateforme Paradis fiscaux et judiciaires, 2015, 6 p., p. 6.

ne lèsent pas les intérêts des pays en développement. Des discussions ont, certes, eu lieu aux Nations unies, en particulier sur le fait de mettre en place un organisme intergouvernemental pour traiter des questions fiscales, placé sous l'égide des Nations unies, une demande formulée par les pays en développement afin que la redéfinition des règles fiscales internationales se déroule avec l'ensemble des États et non entre un groupe restreint de pays¹⁶⁴. Cependant, certains États font pour le moment obstacle à la création d'un tel organisme¹⁶⁵. Les organisations de la société civile sont également relativement critiques à l'égard du plan d'action BEPS qui souffrirait de nombreuses insuffisances¹⁶⁶.

De son côté, la Commission européenne a présenté un « paquet de mesures sur la transparence fiscale¹⁶⁷ » en 2015, ainsi qu'un second en 2016 contre l'évitement fiscal¹⁶⁸ comprenant différentes propositions de directives du Conseil et de directives du Parlement européen et du Conseil. L'objectif est de mettre en place un système pour « une fiscalité des entreprises plus juste, plus simple et plus efficace au sein de l'Union¹⁶⁹ ». Parmi l'ensemble de ces mesures, on peut notamment citer l'obligation d'échanger de manière automatique entre les États membres des informations en ce qui concerne les décisions fiscales (« *tax rulings* » en anglais – directive [UE] 2015/2376 applicable depuis le 1^{er} janvier 2017)¹⁷⁰, l'obligation pour les entreprises de publier des informations financières pays par pays à destination des administrations fiscales applicable depuis le 5 juin 2017 (également connues sous le nom de « *reporting pays par pays* » – directive [UE] 2016/881)¹⁷¹, des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale (directive [UE] 2016/1164)¹⁷², ou encore des dispositions sur les dispositifs hybrides (directive [UE] 2017/952)¹⁷³.

164. WHITEHEAD F., « Ecuador's foreign minister steps up campaign for UN tax body », *The Guardian*, 2016.

165. GUÉLAUD C., « Développement : Nord et Sud exposent leurs désaccords à Addis-Abeba », *Le Monde*, 2015.

166. PLATEFORME PARADIS FISCAUX ET JUDICIAIRES, *Le plan d'action BEPS de l'OCDE...*, op. cit., p. 2-5.

167. COMMISSION EUROPÉENNE, *Communiqué de presse. Lutte contre l'évasion fiscale des entreprises : la Commission présente un paquet de mesures sur la transparence fiscale*, Bruxelles, Commission européenne, 2015. COMMISSION EUROPÉENNE, *Corporate tax avoidance*, [http://ec.europa.eu/taxation-customs/business/company-tax/tax-transparency-package_en], consulté le 15 octobre 2018.

168. COMMISSION EUROPÉENNE, *Paquet sur la lutte contre l'évasion fiscale*, [http://ec.europa.eu/taxation-customs/business/company-tax/anti-tax-avoidance-package_fr], consulté le 15 octobre 2018.

169. COMMISSION EUROPÉENNE, *Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil. Un système d'imposition des sociétés juste et efficace au sein de l'Union européenne : cinq domaines d'action prioritaires*, COM (2015) 302 final, 2015, 17 p.

170. Directive (UE) 2015/2376 du Conseil du 8 décembre 2015 modifiant la directive 2011/16/UE en ce qui concerne l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal, JOUE L 332 du 18 décembre 2015, p. 1-10.

171. Directive (UE) 2016/881 du Conseil du 25 mai 2016 modifiant la directive 2011/16/UE en ce qui concerne l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal, JOUE L 146 du 3 juin 2016, p. 8-21.

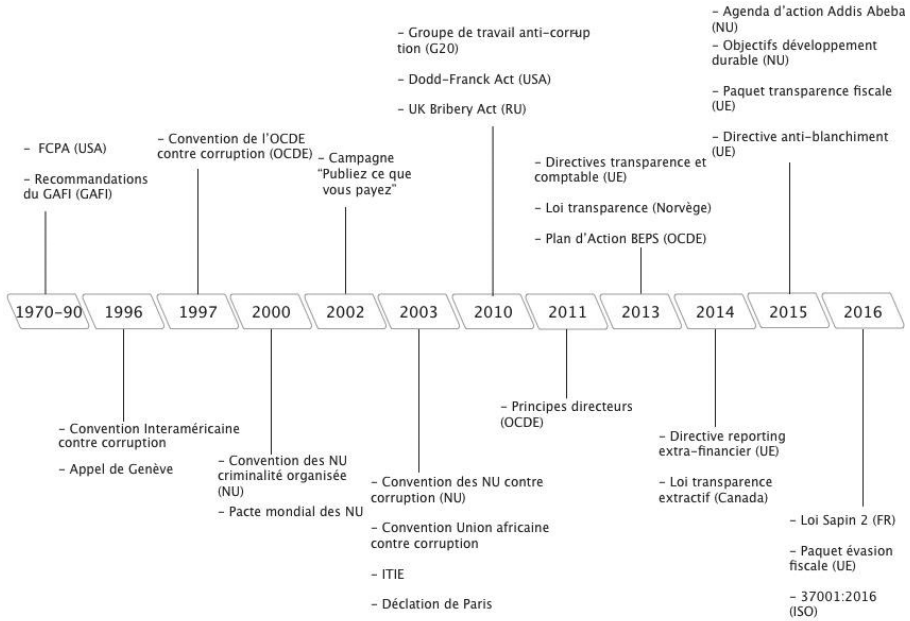
172. Directive (UE) 2016/1164 du Conseil du 12 juillet 2016 établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur, JOUE L 193 du 19 juillet 2016, p. 1-14.

173. Directive (UE) 2017/952 du Conseil du 29 mai 2017 modifiant la directive (UE) 2016/1164 en ce qui concerne les dispositifs hybrides faisant intervenir des pays tiers, JOUE L 144 du 7 juin 2017, p. 1-11.

Enfin, une liste européenne de « juridictions non-coopératives » en matière fiscale a été publiée en décembre 2017¹⁷⁴.

De nombreux instruments juridiquement contraignants et non contraignants ont donc été adoptés ces 20 dernières années formant ainsi le régime juridique de la lutte contre les flux financiers illicites dans le secteur extractif (figure 3).

Figure 3. – *Un régime juridique ambitieux et singulier*



Source : Sophie Lemaître, 2018.

Ce régime vise à apporter une réponse au problème complexe des flux financiers illicites en s'attaquant à la fois aux différentes formes de ces flux tels que la corruption et l'évitement fiscal ainsi qu'aux facteurs qui créent un environnement propice à la prolifération de ces flux, par exemple en instaurant de la transparence. Certes, ces instruments n'ont pas tous été élaborés avec pour objectif premier d'éradiquer les pratiques illicites que l'on retrouve dans le secteur extractif mais ils y contribuent grandement. Une diversité et une pluralité de normes ont donc été adoptées afin de pouvoir faire face à un phénomène transnational difficile à appréhender. Ainsi, des normes techniques comme la norme ISO, des normes hybrides comme l'ITIE, ou encore des normes managériales et éthiques émises par les entreprises comme les programmes de conformité ou les chartes éthiques côtoient des instruments juridiques plus classiques. Ce régime juridique est également composé d'instruments adoptés non seulement au niveau national mais aussi régional et

174. CONSEIL DE L'UE, *Outcome of proceedings. The EU list of non-cooperative jurisdictions for tax purposes*, 15429/17, 2017.

international. De plus, il comprend des mesures qui visent à la fois à prévenir l'émergence de flux financiers illicites et à sanctionner les pratiques illicites en cas de violation, prenant ainsi en compte les différentes dimensions de ce problème. Enfin, une multitude d'acteurs tels que les États, les institutions internationales et régionales, les entreprises, les praticiens du droit ou encore les organisations de la société civile sont impliqués dans l'élaboration et la mise en œuvre de ce régime juridique. Cette participation des acteurs à la conception des normes conduit à la « production d'un droit négocié¹⁷⁵ ». Le régime juridique de la lutte contre les flux financiers illicites dans le secteur extractif est donc un régime ambitieux, dense¹⁷⁶, original et singulier.

Malgré l'existence de ce régime, on s'aperçoit pourtant que le secteur extractif continue d'être fortement touché par les flux financiers illicites. Il semble donc que ce régime juridique n'apporte pas de réponse adéquate au problème des flux financiers illicites dans le secteur extractif. D'autres aspects doivent être pris en compte pour mettre un terme à ces pratiques (B).

B. Le droit adversaire et complice des flux financiers illicites dans le secteur extractif?

D'importants progrès ont été réalisés depuis les années 1990 pour combattre les flux financiers illicites dans le secteur extractif. Pourtant, les affaires et les scandales ayant récemment éclaté mettent en évidence que ces flux continuent à prospérer dans les industries extractives, ce qui amène à s'interroger sur les raisons de la perpétuation des pratiques illicites.

Ce régime juridique comprend plus d'une vingtaine d'instruments et d'initiatives juridiquement contraignants et non contraignants qui ont été adoptés au sein de multiples enceintes et instances et qui possèdent tous un champ d'application distinct tant au niveau des groupes d'acteurs impliqués, de la portée juridique et géographique que des formes de flux financiers illicites visés. Ce régime juridique forme, en réalité, une architecture juridique extrêmement complexe, ce qui rend son application et son contrôle difficiles. Il s'est, en outre, construit au fur et à mesure, au gré des scandales et révélations, principalement en réaction à ces derniers. Ce sont ces affaires qui ont, dans leur grande majorité, poussé le législateur (et dans certains cas le secteur privé) à réagir, ce qui pose dès lors la question de la cohérence et de la pertinence des mesures adoptées, d'autant que ce régime ressemble à un « millefeuille juridique ». À titre d'illustration, s'agissant de l'évitement fiscal, on observe depuis 2014 une « inflation législative », en particulier au sein de l'Union européenne, qui fait suite aux scandales du Luxleaks et des Panama Papers : la Commission européenne a ainsi publié 5 communications en moins de

175. MARTIN G. et CLAM J., *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, LGDJ, 1998, 454 p., p. 34-35.

176. THIBERGE C., *La densification normative : découverte d'un processus*, Paris, Mare & Martin, 2014, 1204 p.

deux ans et a proposé 7 directives. Cette réactivité pourrait également amener à une « surenchère législative », ce qui pourrait conduire à l'adoption de normes qui se juxtaposeraient ou se superposeraient et qui ne répondraient que partiellement aux problèmes rencontrés. En outre, certaines de ces normes sont régulièrement révisées (en matière fiscale, la directive 2011/16/UE a, par exemple, été révisée en 2016 puis en 2017 tandis qu'en matière de transparence, la Norme ITIE a fait 3 fois l'objet de modifications importantes entre 2011 et 2016), ce qui ne permet pas d'avoir le recul nécessaire ni le retour d'expérience suffisant pour mesurer et évaluer l'impact et la contribution de ces instruments dans la lutte contre les pratiques illicites dans les industries extractives¹⁷⁷. Par ailleurs, l'analyse des normes du régime juridique de la lutte contre les flux financiers illicites dans le secteur extractif montre qu'elles sont avant tout nationales. Il existe ainsi un droit national, parfois un droit régional et un droit international, pour lutter contre les flux financiers illicites mais il n'existe pas de droit qui soit « déterritorialisé » dépassant les souverainetés nationales, en somme de droit transnational¹⁷⁸, alors que lutter contre ces pratiques implique d'être en mesure de faire face à un phénomène qui transcende les frontières.

Outre la question de l'élaboration et des modes de production des normes, celle de la mise en œuvre, du suivi et du contrôle soulèvent de nombreuses interrogations : comment lutter contre la corruption quand celle-ci est par nature cachée ? Avec quels moyens ? Qui vérifie l'exactitude des données publiées par les entreprises extractives ? Comment démasquer les montages mis en place lorsque ceux-ci font appel à des paradis de droit au sein desquels le secret est absolu ? Quelle qualification juridique attribuer pour sanctionner une pratique illicite alors que celle-ci peut avoir respecté la lettre de la loi et non l'esprit ? Ces questions sont au cœur de ce régime juridique de la lutte contre les flux financiers illicites dans le secteur extractif. On ne peut espérer mettre réellement fin aux pratiques illicites si les normes adoptées ne sont pas véritablement appliquées. Aussi l'ensemble de ces éléments conduit-il à s'interroger sur l'effectivité (en d'autres termes : est-il réellement appliqué ?) et l'efficacité (c'est-à-dire : atteint-il l'objectif recherché ?) de ce régime juridique¹⁷⁹, si bien qu'on peut se demander s'il permet de combattre véritablement les flux financiers illicites dans ce secteur.

Enfin, le régime juridique de la lutte contre les flux financiers illicites dans les industries extractives fait face à une difficile conciliation des intérêts des différents acteurs du secteur extractif : réformer pour les uns et garantir une stabilité et sécurité juridique pour les autres, obtenir des marchés et générer des profits tout en étant éthique et intègre, imposer des contraintes réglementaires aux acteurs et

177. BOURCIER D., « Les effets inattendus des lois », in VERDIER R. (dir.), *Jean Carbonnier. L'homme et l'œuvre*, Nanterre, Presses universitaires de Paris Ouest, 2014, p. 311-330, p. 329.

178. ARNAUD A.-J., *Dictionnaire de la globalisation*, Paris, LGDJ, 2010, 538 p., p. 489-494. LHUILIER G., *Le droit transnational*, Paris, Dalloz, 2016, 522 p.

179. CARBONNIER J., *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e édition, Paris, LGDJ, 2013, 496 p., p. 136-148. LEROY Y., « La notion d'effectivité du droit », *Droit et société*, vol. 3, n° 79, 2011, p. 715-732. ROUVILLOIS F., *L'efficacité des normes*. « Réflexions sur l'émergence d'un nouvel impératif juridique », *Working papers*, 2006, p. 2-34. FATIN-ROUGE STEFANINI M. et al., *L'efficacité de la norme juridique. Nouveau vecteur de légitimité ?*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 354 p., p. 49-59.

veiller à une acceptabilité/internalisation de ces règles par ces derniers, ou encore s'assurer que les règles du jeu sont les mêmes pour l'ensemble des acteurs à travers le monde (ce qu'on appelle « *level playing field* » en anglais).

Ainsi le régime juridique de la lutte contre les flux financiers illicites dans le secteur extractif est-il confronté à de nombreux défis. L'incohérence des instruments, leurs lacunes et leur complexité sont souvent évoquées pour expliquer les limites de la lutte contre les flux financiers illicites dans les industries extractives et la perpétuation de ces flux. Certes, les imperfections et les faiblesses de ce régime juridique apportent un début de réponses quant aux difficultés de lutter contre ces pratiques. Mais ils ne peuvent expliquer à eux seuls le décalage entre les mesures proposées et adoptées et la réalité en demi-teinte.

Illégalismes de droit et sérendipité législative

La globalisation s'est accompagnée d'un certain nombre d'effets tels qu'une redéfinition des rôles avec des entreprises multinationales parfois plus puissantes que certains États¹⁸⁰, un affranchissement des frontières ainsi qu'un accès sans obstacles à différents territoires dans le monde rendant le contrôle des échanges difficiles. La globalisation permet également aux acteurs de recourir à une multitude d'instruments et de mécanismes disponibles à travers le monde, tels que les paradis de droit, les constructions juridiques, un système bancaire international ou encore un ensemble de services proposés par des experts et des intermédiaires. Ce contexte a ainsi conduit au développement d'une zone grise entre ce qui est légal et ce qui ne l'est pas, et ce qui est licite et illicite¹⁸¹. La frontière entre les deux est de ce fait devenue poreuse. En outre, grâce à la globalisation, les acteurs sont en mesure « de jouer sur les différences d'un pays à l'autre » ou encore d'utiliser de manière habile les outils qu'ils considèrent les plus efficaces afin d'optimiser les possibilités offertes par le droit et de protéger leurs intérêts, notamment en manipulant les mots et les textes¹⁸². Cette habileté à utiliser le droit fait écho à la notion d'« illégalisme de droits¹⁸³ » développée par Michel Foucault en 1975, reprise par Mireille Delmas-Marty¹⁸⁴, puis par Pierre Lascoumes sous le terme d'« illégalisme d'affaires¹⁸⁵ » en référence à la délinquance économique et financière.

180. DELMAS-MARTY M., *Les forces imaginantes du droit*, t. III : *La refondation des pouvoirs*, Paris, Éditions du Seuil, 2007, 299 p., p. 142. CARREAU D. et JUILLARD P., *Droit international économique*, 5^e édition, Paris, Dalloz, 2013, 816 p., p. 44.

181. DUPUIS-DANON M.-C., *Finance criminelle : comment le crime organisé blanchit l'argent sale*, 2^e édition, Paris, PUF, 2004, 232 p., p. 6-7. LASCOUMES P. et NAGELS C., *Sociologie des élites délinquantes. De la criminalité en col blanc à la corruption politique*, Paris, Armand Colin, 2014, 304 p., p. 14.

182. GODEFROY T. et LASCOUMES P., *Le capitalisme clandestin...*, *op. cit.* DELMAS-MARTY M., *Les forces imaginantes du droit*, t. III, *op. cit.*, p. 152 et 316. LASCOUMES P., *Les affaires ou l'art de l'ombre : les délinquances économiques et financières et leur contrôle*, Paris, Le Centurion, 1986, 288 p.

183. FOUCAULT M., *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975, 313 p., p. 89-90. AMICELLE A., « "Deux attitudes face au monde" : la criminologie à l'épreuve des illégalismes financiers », *Cultures & Conflits*, n^{os} 94/95/96, été/automne/hiver 2014, p. 65-98, p. 68-74.

184. DELMAS-MARTY M., *Les forces imaginantes du droit*, t. III, *op. cit.*, p. 152. DELMAS-MARTY M., *Les forces imaginantes du droit*, t. I, *op. cit.*, p. 243-244.

185. LASCOUMES P., *Les affaires ou l'art de l'ombre...*, *op. cit.*, p. 15.

Les illégalismes de droits revêtent deux aspects. Ils consistent tout d'abord en la capacité de certains acteurs à utiliser le droit, à le contourner, ou encore à le détourner et à en tirer profit ainsi qu'à le formuler ou à en influencer le contenu de façon à être avantagé ou à protéger ses intérêts. Ces acteurs jouent ainsi constamment avec les frontières de la légalité¹⁸⁶. Les illégalismes de droits sont, en outre, le fait pour ces acteurs de bénéficier d'un traitement judiciaire spécial, par exemple par le biais de la conclusion de transactions, pour traiter des violations commises telles que l'évitement fiscal, ce que l'on nomme également « gestion différentielle des illégalismes¹⁸⁷ ». Ces illégalismes de droits que « se réservent les plus nantis » sont à distinguer des « illégalismes de biens » (par exemple le vol) qui sont le propre des « groupes sociaux dominés », des « classes populaires » qui font, eux, l'objet de sanctions par les « tribunaux ordinaires¹⁸⁸ ».

Si Michel Foucault faisait référence à la situation sous l'Ancien régime ainsi qu'à l'histoire du système pénal français, ces illégalismes de droits se transposent parfaitement dans le contexte actuel ainsi qu'en dehors du droit pénal. Des études réalisées ces 10 dernières années ont, par exemple, montré comment les agents de l'État français gèrent de manière différenciée les stratégies d'évitement fiscal des contribuables, les agents de l'État négociant avec certains d'entre eux, en particulier avec ceux qui sont de parfaits connaisseurs du droit¹⁸⁹. D'autres études se sont intéressées à la « fraude sociale » et au blanchiment de fraude fiscale¹⁹⁰. Ces différentes études se sont toutefois principalement focalisées sur la gestion différentielle des illégalismes. Les flux financiers illicites dans le secteur extractif sont, en revanche, l'illustration parfaite des deux facettes des illégalismes de droits décrits par Michel Foucault. Ils se manifestent de plusieurs manières et ont pour effet de perpétuer les pratiques illicites. Certains acteurs de ce secteur font, par exemple, preuve d'imagination et de « créativité » pour contourner ou encore manipuler le régime juridique de la lutte contre les flux financiers illicites dans le secteur extractif de façon à faire perdurer ces flux. Ils recourent, en outre, aux différents instruments et outils juridiques à leur disposition. Les entreprises du secteur extractif vont, par exemple, opter pour les juridictions leur offrant les meilleures options afin de maximiser leurs stratégies, de tirer profit des règles qui leur seront les plus favorables ou

186. AMICELLE A., « “Deux attitudes face au monde”... », art. cité, p. 73. MAZADE O., « “Patron voyou” : de la désignation publique à la sanction juridique. L'affaire Metaleurop », *Champ pénal*, vol. X, 2013, en ligne, 17 p., p. 3. SPIRE A., « Pour une approche sociologique de la délinquance en col blanc », *Champ pénal*, vol. X, 2013, en ligne, 17 p., p. 9-11.

187. FOUCAULT M., *Surveiller et punir...*, op. cit., p. 277. LASCOUMES P., *Les affaires ou l'art de l'ombre...*, op. cit. FISCHER N. et SPIRE A., « L'État face aux illégalismes », *Politix*, vol. 87, n° 3, 2009, p. 7-20, p. 9-10.

188. FOUCAULT M., *Surveiller et punir...*, op. cit., p. 89-90. AMICELLE A., « “Deux attitudes face au monde”... », art. cité, p. 72. DELMAS-MARTY M., *Les forces imaginantes du droit*, t. III, op. cit., p. 152.

189. FISCHER N. et SPIRE A., « L'État face aux illégalismes », art. cité, p. 11-20. SPIRE A., « Échapper à l'impôt ? La gestion différentielle des illégalismes fiscaux », *Politix*, vol. 87, n° 3, 2009, p. 143-165. SPIRE A. et WEIDENFELD K., *L'impunité fiscale*, Paris, La Découverte, 2015, 176 p.

190. NAGELS C., « Les grandes entreprises et les instances étatiques de lutte contre la fraude sociale : le jeu du chat et de la souris », *Champ pénal*, vol. X, 2013, en ligne, 19 p. AMICELLE A., « “Deux attitudes face au monde”... », art. cité, p. 85-96. AMICELLE A., « Gestion différentielle des illégalismes économiques et financiers. Les “questions fiscales” dans l'anti-blanchiment », *Champ pénal*, vol. X, 2013, en ligne, 29 p.

encore de jouer avec ces dernières pour les interpréter d'une manière opportune¹⁹¹. Ce sera notamment le cas lorsqu'une filiale d'une entreprise opérant dans un pays extractif est enregistrée dans un paradis de droit, ceci afin de bénéficier des avantages fiscaux offerts par les conventions fiscales de ce pays pour réduire ses charges fiscales¹⁹². En cas de poursuites, les entreprises tenteront de négocier avec la justice en concluant un accord avec celle-ci. Les États extractifs, par l'entremise de leurs représentants, ne sont pas exempts de telles pratiques. Ils mettent, en effet, à profit leur pouvoir régalién pour imposer aux entreprises extractives des partenaires qui se révéleront être liés aux agents publics ou à leur entourage. Ils formulent des dispositions législatives leur permettant de pérenniser leur gain personnel ou encore, sous le couvert d'appliquer la loi, s'assurent « une part du gâteau ». Cette utilisation du droit par les entreprises et les pays extractifs renvoie d'ailleurs aux « usages du droit » développés par François Ost qui montre que les acteurs (entreprises, autorités) peuvent user mais aussi abuser du droit pour défendre leurs intérêts ou pour réaliser des « desseins plus ou moins recommandables¹⁹³ ». Cela fait également écho aux travaux menés par Edwin Sutherland sur la criminalité en col blanc qui mettent en évidence comment certains acteurs bénéficient de privilèges et sont en mesure d'influencer le système juridique¹⁹⁴.

Ces illégalismes de droits sont, par ailleurs, étroitement liés à ce que Danièle Bourcier appelle la « sérendipité législative¹⁹⁵ ». La sérendipité législative « serait cette capacité qu'a tout système de règles de produire des effets imprévus voire contraires à la finalité initiale¹⁹⁶ », le législateur ne pouvant prévoir les réactions des parties prenantes. Ces effets peuvent notamment consister en des « détournements de règles, sciemment organisés par une catégorie de la population pour obtenir des avantages indus, ou échapper à des obligations¹⁹⁷ » dans un but contraire à celui qui était voulu initialement lors de l'adoption de ces règles. Il peut également s'agir pour tout acteur de « tirer profit de l'interprétation qui lui sera la plus favorable¹⁹⁸ ». Dans le secteur extractif, des dispositions législatives sont régulièrement utilisées à des fins différentes de celles voulues par le législateur. Par exemple, le trust qui visait à protéger certaines catégories de personnes sert, dans de nombreux cas, à dissimuler des pratiques illicites dans les industries extractives. Quant aux conventions fiscales qui avaient pour objet d'éviter une double imposition des personnes

191. PALAN R., « Paradis fiscaux et commercialisation de la souveraineté de l'État », *L'Économie politique*, vol. 15, n° 3, 2002, p. 79-97, p. 93. DELMAS-MARTY M., *Les forces imaginantes du droit*, t. III, *op. cit.*, p. 152.

192. Entretien avec l'auteur en novembre 2016.

193. OST F., *À quoi sert le droit ? Usages, fonctions, finalités*, Bruxelles, Bruylant, 2016, 578 p., p. 72-76 et p. 85-94.

194. SUTHERLAND E., *White collar crime*, New York, The Dryden Press, 1949, 272 p.

195. PEK VAN A. et BOURCIER D., *De la sérendipité dans la science, la technique, l'art et le droit : leçons de l'inattendu*, Paris, Éditions Hermann, 2013, 325 p., p. 240-247. BOURCIER D., « Les effets inattendus des lois », in VERDIER R. (dir.), *Jean Carbonnier...*, *op. cit.*, p. 311-330. PEK VAN A. et BOURCIER D., « Peut-on programmer la sérendipité ? L'ordinateur, le droit et l'interprétation de l'inattendu », *Working Papers*, 2014, p. 1-10.

196. PEK VAN A. et BOURCIER D., « Peut-on programmer la sérendipité?... », art. cité, p. 8.

197. PEK VAN A. et BOURCIER D., *De la sérendipité dans la science...*, *op. cit.*, p. 241.

198. PEK VAN A. et BOURCIER D., « Peut-on programmer la sérendipité?... », art. cité, p. 8.

physiques et morales, celles-ci sont utilisées afin de ne payer aucun impôt, ce qui conduit à des situations de double non-imposition. Autre exemple : des spécialistes tels que les cabinets de conseil et d'audit ou les praticiens du droit peuvent être sollicités par les acteurs du secteur extractif pour interpréter le droit afin de pouvoir continuer à générer des flux financiers illicites. L'utilisation et l'interprétation des normes par les acteurs du secteur extractif dans un but autre que les objectifs visés par le législateur ont donc pour effet, au même titre que les illégalismes de droits, de faire perdurer les flux financiers illicites dans les industries extractives.

Cette utilisation habile du droit et cette créativité des acteurs contrastent d'ailleurs avec les engagements de ces mêmes acteurs à lutter contre les flux financiers illicites dans le secteur extractif. D'autant plus que de nombreuses solutions sont connues et proposées depuis plusieurs années mais elles ne sont que partiellement, voire rarement mises en œuvre. En outre, ces acteurs s'adaptent aux mesures adoptées pour continuer comme à l'accoutumée (« *business as usual* » en anglais). Les paradis d'hier ne sont, par exemple, plus ceux d'aujourd'hui : le Panama, juridiction privilégiée pendant des années, a perdu sa place à la suite du scandale des Panama Papers au profit d'autres territoires tels que Dubaï, Hong-Kong ou Singapour qui offrent à leur tour secret et opacité. Autre exemple : les contrats extractifs entre les États et les entreprises sont certes sous le feu des projecteurs et sont attentivement observés mais ceux conclus le long de la chaîne de sous-traitance ne font pas l'objet de la même attention, si bien qu'ils sont plus à risque. Les pratiques illicites se déplacent alors vers des zones moins soumises aux regards, ce qui pose la question de la capacité du droit à s'adapter et à répondre aux nouvelles pratiques illicites¹⁹⁹.

Aussi, si le régime juridique de la lutte contre les flux financiers illicites dans le secteur extractif est perfectible et peut assurément être modifié et renforcé, ces jeux de transgressions, de manipulations, d'utilisation et d'interprétation des règles développés par les acteurs du secteur extractif permettent aux pratiques illicites de perdurer et de contourner ce régime juridique. L'étude des cas de flux financiers illicites dans les industries extractives, dont les faits ont été commis entre 2007 et 2018, met d'ailleurs en évidence ces différents aspects, aspects qui ont été corroborés lors des entretiens réalisés (encadré 1 page suivante).

Ainsi le droit devient-il un objet de manipulation, d'instrumentalisation et de contournement permettant *in fine* aux flux financiers illicites de prospérer dans les industries extractives. Il se caractérise donc par une certaine ambivalence. Malgré l'existence d'un régime juridique luttant contre les flux financiers illicites dans le secteur extractif, celui-ci est contourné ou encore manipulé pour les perpétuer. En outre, alors qu'il lutte contre ces pratiques, le droit met, dans le même temps, à la disposition des acteurs du secteur extractif l'ingénierie juridique et financière qui leur permet de recourir à toute une panoplie d'outils juridiques et d'experts afin de perpétuer les flux financiers illicites dans les industries extractives. Le droit serait

199. MARTIN G. et CLAM J., *Les transformations de la régulation juridique*, op. cit., p. 38-39.

donc à la fois propice aux flux financiers illicites dans le secteur extractif alors qu'il tente de lutter contre ces derniers (première partie) et, bien malgré lui, ou au contraire, complice au service de ces flux en mettant à disposition l'ingénierie juridique et financière (seconde partie).

Encadré 1. – Méthodologie détaillée

Une revue de la littérature académique et de la documentation produite par les différents groupes de parties prenantes a été réalisée. En parallèle, une trentaine d'entretiens ont été réalisés entre avril 2014 et septembre 2017 avec des personnes-ressources*. Grâce à ces entretiens, il a été possible de mieux comprendre les points de vue des différentes parties prenantes du secteur extractif, de mettre en évidence les contraintes et obstacles, et d'identifier les pistes de réflexions et les recommandations possibles. Par ailleurs, un travail de recensement des cas de flux financiers illicites dans le secteur extractif à travers le monde a été réalisé, ce qui permet d'éviter de stigmatiser un pays en particulier et de développer une vision globale du problème. Seules les affaires dont les faits se sont produits entre 2007 et 2018 ont été retenues, et ce pour deux raisons principales. Cela permettait de montrer que les flux financiers illicites dans le secteur extractif perdurent à l'heure actuelle contrairement à l'argumentation développée par certains acteurs et que ces pratiques sont toujours aussi courantes alors que des mesures ont été adoptées et mises en œuvre. Ces affaires comprennent des dossiers qui font l'objet d'enquêtes judiciaires menées à l'encontre d'entreprises ou d'agents publics mais aussi de rapports publiés par les ONG, d'informations divulguées par des lanceurs d'alerte ou encore d'investigations réalisées par les journalistes. Certes, ces révélations ne signifient pas que les entreprises ou les agents publics sont coupables de corruption ou d'évitement fiscal, mais elles soulèvent de nombreuses interrogations sur les pratiques en cours. Les affaires citées se basent uniquement sur des sources dites crédibles et ouvertes, c'est-à-dire des sources accessibles à tous, dont le sérieux et la réputation sont avérés et pour lesquelles un croisement et un recoupement des informations ont pu être effectués. Une trentaine de cas a ainsi attiré notre attention.

* Les entretiens ont été conduits auprès d'entreprises, d'ONG, d'institutions internationales, d'institutions et organes européens, de magistrats, de spécialistes du secteur extractif et/ou de flux financiers illicites. Seuls le mois et l'année de l'entretien sont indiqués lorsqu'il est fait référence à des éléments communiqués lors de ces entretiens.