



HAL
open science

La protection internationale des investissements étrangers en Afrique de l'ouest : espace CEDEAO (Communauté Économique des États de l'Afrique de l'Ouest)

Papa Abdoulaye Diop

► **To cite this version:**

Papa Abdoulaye Diop. La protection internationale des investissements étrangers en Afrique de l'ouest : espace CEDEAO (Communauté Économique des États de l'Afrique de l'Ouest). Droit. CO-MUE Université Côte d'Azur (2015 - 2019), 2018. Français. NNT : 2018AZUR0019 . tel-02303037

HAL Id: tel-02303037

<https://theses.hal.science/tel-02303037v1>

Submitted on 2 Oct 2019

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

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



THÈSE DE DOCTORAT

La protection internationale des investissements
étrangers en Afrique de l'Ouest : espace
CEDEAO (Communauté Économique des États
de l'Afrique de l'Ouest)

Papa Abdoulaye DIOP

CERDACFF

**Présentée en vue de l'obtention
du grade de docteur en Droit**

d'Université Côte d'Azur

Dirigée par : Philippe WECKEL

Soutenue le : 13 octobre 2018

Devant le jury, composé de :

Florence POIRAT, Professeure, Université Paris Sud (XI)

Jean-Marc THOUVENIN, Professeur, Université Paris
Ouest, Nanterre-La Défense

Guillaume ARÉOU, Avocat, Reed Smith LLP Paris

Mouhamed KÉBÉ, Avocat, GENI & KEBE SCP Dakar

Philippe SAUNIER, Professeur, Université de Nice Sophia
Antipolis

Philippe WECKEL, Professeur, Université de Nice Sophia
Antipolis

La protection internationale des investissements étrangers : espace CEDEAO (Communauté Économique des États de l'Afrique de l'Ouest)

Jury :

Président du jury*

Philippe SAUNIER

Rapporteurs

Florence POIRAT, Professeure Université Paris Sud (XI)

Jean-Marc THOUVENIN, Professeur Université Paris Ouest Nanterre-La Défense

Examineurs

Guillaume ARÉOU, Avocat, Reed Smith LLP Paris

Mouhamed KÉBÉ, Avocat, GENI & KEBE SCP Dakar

Florence POIRAT, Professeure, Université Paris Sud (XI)

Philippe SAUNIER, Professeur, Université de Nice Sophia Antipolis

Jean-Marc THOUVENIN, Professeur, Université Paris Ouest Nanterre-La Défense

Philippe WECKEL, Professeur, Université de Nice Sophia Antipolis

Sujet : La protection internationale des investissements étrangers en Afrique de l'Ouest : espace CEDEAO

Résumé :

La protection internationale des investissements étrangers dans la Communauté Économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) suppose d'établir la compétence de celle-ci à assurer une sécurisation des biens des opérateurs économiques ressortissants d'États tiers dans son espace. Ainsi, il a été démontré que, par le biais de ses instruments de réalisation de l'intégration régionale, cette organisation communautaire pourrait être amenée à assurer une sécurisation des investissements étrangers. Mais, quoique fût grande la volonté de la CEDEAO d'assumer une telle fonction, l'analyse démontre qu'elle présente certaines insuffisances qui sont intrinsèquement liées à la différence de nature entre le droit communautaire et le droit conventionnel des investissements. Face à ce constat, il urgeait de trouver d'autres instruments supplétifs, voire complémentaires dans la protection communautaire des investissements étrangers. Ces dits instruments ont été localisés dans le droit international général, tant à travers ses règles substantielles que ses mécanismes procéduraux. Cependant, si la protection que procure le droit de la CEDEAO sur les biens des investisseurs étrangers a été jugée inefficace, celle du droit international, en revanche, semble excessive au point d'être préjudiciable aux États hôtes, si tant qu'elle nécessite un nivellement.

À l'examen, l'observateur pourrait avoir la sensation qu'il existe un bras de fer entre le droit international et le droit communautaire dans la sécurisation des biens des opérateurs économiques étrangers. Cet observateur constatera ensuite que le droit de la protection des étrangers entre dans une nouvelle ère. En effet, longtemps limitée dans le cadre bilatéral entre État d'origine et État d'accueil de l'investissement, la problématique de la sécurisation des investissements étrangers a acquis une telle acuité dans la vie économique des entités étatiques qu'elle tend à devenir une affaire de communauté. Il se rendra, enfin, surtout compte que, si le droit conventionnel des investissements a pour visée la protection des étrangers, il peut, à certains égards, constituer un stimulant à la bonne gouvernance.

Mots-clés : Arbitrage d'investissement – CEDEAO – CIRDI – Droit international des investissements – Droit communautaire – Expropriation – Indemnisation – Pouvoir normatif de l'État – Protection – Responsabilité internationale – Traités bilatéraux d'investissements.

Title: International protection of foreign investments in West Africa, in the Economic Community of West African State (ECOWAS).

Abstract:

The international protection of foreign Investments within the Economic Community of West African States (ECOWAS) requires establishing the competence of the latter to ensure the security of the property of economic operators who are nationals of third States in its area. Thus, it has been shown that through its instruments for achieving regional integration, this community organization could be led to ensure the security of foreign investments. But, although ECOWAS's willingness to assume such a function is great, the analysis shows that it has certain shortcomings which are intrinsically linked to the difference in nature between Community law and the Conventional law of investment. In this view, it was urgent to find other supplementary and even complementary instruments in the community protection of foreign investments within the community. These instruments have been localized in General International Law both through its substantive rules as in its procedural mechanics. However, while the protection afforded by ECOWAS law to the properties of foreign investors has been found to be ineffective, that of the international law, on the other hand, seems excessive to the point of being detrimental to host States, as long as it requires leveling.

On examination, the observer might have the feeling that there is a tug of war between International law and Community law in securing the assets of foreign economic operators. This observer will then note that the law of the protection of foreigners enters a new era. Indeed, for a long time limited in the bilateral framework between the State of origin and the host States of the investment, the issue of securing foreign investments has acquired such acuity in the economic life of the State entities that it tends to become a community affair. Finally, it will be appreciated that, while the purpose of conventional investment law is the protection of foreigners, it may, in some respects, be a stimulus to good governance.

Keywords : Bilateral Investments Treaties – Community law – Compensation – ECOWAS – Expropriation – Foreign Investment – ICSID – International investment law – International responsibility – Investment arbitration – Normative power of the State – Protection.

SIGLES ET ABRÉVIATIONS

ACP	Afrique Caraïbes Pacifique
AECG / CETA	Accord Économique Commercial Global / Comprehensive Economic and Trade Agreement
AFDI	Annuaire Français de Droit International
ALE	Accords de Libre-Échange
ALENA	Accord de libre-échange Nord-Américain
AMGI /MIGA	Agence Multilatérale de Garantie des Investissements / Multilateral Investment Guarantee Agency
APE	Accords de Partenariat Économique
APIX	Agence nationale chargée de la Promotion de l'Investissements et des grands Travaux de l'État
APPI	Accord de Promotion et de Protection des Investissements
CADHP	Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples
CADHP	Cour Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples
CCI	Chambre de Commerce Internationale
CCJA	Cour Communautaire de Justice et d'Arbitrage
CDDA/SADC	Communauté de Développement de l'Afrique Australe / Southern African Development Community
CDI	Commission du Droit International
CEA	Communauté Économique Africaine
CEAO	Communauté des États de l'Afrique de l'Ouest

CEDEAO	Communauté Économique des États de l’Afrique de l’Ouest
CEMAC	Communauté Économique et Monétaire de l’Afrique Centrale
CEPICI	Centre de Promotion des Investissements de la Côte d’Ivoire
CER	Communauté Économique Régionale
CIJ	Cour Internationale de Justice
CJCEDEAO	Cour de Justice de la CEDEAO
CFPA	Centre de Facilitation des Procédures Administratives
CIRDI	Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements
CJCE	Cour de Justice de la Communauté Européenne
CJUE	Cour de Justice de l’Union Européenne
CNPF	Clause de la Nation la Plus Favorisée
CNUCED	Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement
CNUDCI	Conférence des Nations Unies pour le Droit Commercial International
CPJI	Cour Permanente de Justice Internationale
COFACE	Compagnie Française d’Assurance spécialisée dans l’Assurance-Crédit à l’Exportation
COMESA	Common Market for Eastern and Southern Africa
EAMA	États Africains et Malgaches Associés
FED	Fonds Européen de Développement
ICS	Investment Court System

IDE	Investissements Directs Étrangers
LCIA	Cour d'Arbitrage Internationale de Londres
NIPC	Nigerian Investment Promotion Commision
OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Économique
OHADA	Organisation pour l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique
OIT	Organisation Internationale du Travail
OMD	Les Objectifs du Millénaire pour le Développement
OMC	Organisation Mondiale du Commerce
ONG	Organisation Non Gouvernementale
ONU	Organisation des Nations Unies
OUA	Organisation de l'Unité Africaine
PIDCP	Pacte International relatif aux Droits Civils et Politiques
PIDESC	Pacte International relatif aux Droits Économiques, Sociaux et Culturels
PIR	Programme d'Indicatif Régional
PPP	Partenariats Publics-Privés
SCC	Chambre de Commerce de Stockholm
TAFTA / TTIP	Trans-Atlantic Free Trade Agreement / Transatlantic Trade and Investment Partnership
TBI	Traité Bilatéral d'investissements
TMI	Traité Multilatéral d'investissements
TIC	Technologie de l'Information et de la Communication
TFUE	Traité de Fonctionnement sur l'Union Européenne

UA	Union Africaine
UE	Union Européenne
UEMOA	Union Économique et Monétaire Ouest-Africaine
VDN	Voie de Dégagement Nord
ZLEC	Zone de Libre-Échange Continentale

REMERCIEMENTS

Je tiens tout d'abord à remercier Monsieur le Professeur Philippe Weckel pour avoir accepté de diriger mes recherches. Je le remercie également pour la patience dont il a fait preuve à mon égard pendant toutes ces années, et pour ses précieux conseils. Chacun de nos entretiens fut pour moi un puissant ressort dans la poursuite de mon effort. Qu'il trouve ici, l'expression de ma profonde gratitude.

Je voudrais ensuite adresser mes sincères remerciements à toute ma famille, qui a toujours été à mes côtés avec un soutien indéfectible, mon père en tête de file. Je ne remercierai jamais assez ce Monsieur.

Je suis redevable à toutes les personnes qui ont accepté de lire une section, un chapitre, une partie de ma thèse. Je veux citer : Aude Le Dantec, Emily Madeleine, Rémy Puigventos, Songuimondénin Ouattara, Ibra faye, Nadette, Monsieur et Madame Brillet et enfin Madame Anny Bella qui a accepté de lire une grosse partie de mon travail malgré le fait que, jusqu'au moment où j'écris ces lignes, elle ne m'a jamais rencontré.

À Adamou Moussa et Gilles Brillet, merci pour la mise en page, sans quoi ce travail ne saurait être clôturé. El Hadji Bathie Mbaye, mon professeur d'anglais et ami intime, merci. Ton aide restera éternellement scellée à mon travail, sans oublier tes encouragements.

Ma vie de thésard n'aurait pas été aussi plaisante sans l'amitié de plusieurs autres doctorants. Je pense entre autres à Abdoul, Tidiane, Adamou (que je remercie une deuxième fois), Amady, Zinou, Elona, Islam, Amira, Samakh.

Je remercie l'Ecole doctorale ED-DESPEG et l'ensemble du personnel de la bibliothèque de droit.

DÉDICACES

Je dédie cette thèse à mes deux parents :

À ma défunte mère Oumou Khaïry DIOP

À mon père Mouhamadou Lamine DIOP

SOMMAIRE

INTRODUCTION GÉNÉRALE	1
Section I : La rencontre entre l'organisation communautaire ouest-africaine de la CEDEAO et le droit international des investissements.....	2
Section II : La problématique liée à la définition de l'investissement	6
Section III : L'évolution de la protection internationale des investissements étrangers	14
Section IV : Problématique.....	23
Section V : Les intérêts de l'étude	30
Section VI : Justifications et annonce du plan	32
PARTIE 1 : La protection communautaire des investissements étrangers dans l'espace CEDEAO	34
Titre 1 : Les instruments de la réalisation de l'intégration économique	35
Chapitre 1 : Les instruments internes à la CEDEAO.....	35
Chapitre 2 : Les instruments externes à la Communauté	76
Conclusion du Titre 1 de la première partie.....	137
Titre 2 : L'efficacité de la protection communautaire des investissements étrangers dans l'espace CEDEAO.....	138
Chapitre 1 : Les limites de l'efficacité communautaire de la protection des investissements étrangers.....	138
Chapitre 2 : Les priorités pour une protection effective et efficace des investissements étrangers dans la CEDEAO	179
Conclusion du Titre 2 de la première partie.....	214
Conclusion de la Première partie	215
PARTIE 2 : Le concours du droit international général dans la protection communautaire des investissements étrangers de l'espace CEDEAO	217
Titre 1 : Les instruments internationaux de protection des investissements étrangers	219
Chapitre 1 : Les actes juridiques internationaux et conventionnels de protection des investissements étrangers	220

Chapitre 2 : L'application des standards internationaux de traitement des investissements étrangers dans l'espace CEDEAO	274
Conclusion du Titre 1 de la deuxième partie	317
Titre 2 : Les mécanismes procéduraux de protection des investissements dans l'espace CEDEAO	319
Chapitre 1 : L'arbitrage international, le mode privilégié de règlement des différends relatifs aux investissements étrangers : le CIRDI.....	319
Chapitre 2 : Le régime du contentieux relatif aux investissements	372
Conclusion du Titre 2 de la deuxième partie	441
Conclusion de la deuxième partie.....	442
CONCLUSION GÉNÉRALE	445
BIBLIOGRAPHIE.....	454
ANNEXES	497
INDEX.....	497
TABLE DES MATIÈRES.....	502

INTRODUCTION GÉNÉRALE

Longtemps limitée au cadre bilatéral entre l'État d'origine et l'État d'accueil de l'investissement, la problématique de la sécurisation des investissements étrangers a acquis une telle acuité dans la vie économique des entités étatiques qu'elle tend à devenir une affaire de communauté¹. L'attribution à l'Union européenne (UE) d'une compétence spécifique en matière d'investissements - dans sa politique commerciale commune - en constitue une éloquente illustration².

Ainsi, aborder la protection internationale des investissements étrangers dans la Communauté Économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO)³ s'inscrit dans cette logique de sécurisation mais aussi de communautarisation du droit de la protection des biens

¹ Ici, l'expression « une affaire de communauté » fait simplement allusion au regroupement régional. Plus explicitement, il s'agit d'attirer l'attention sur le fait que la politique de l'investissement tend à quitter la compétence des États – dans le cadre de leurs traités bilatéraux – pour se retrouver dans celle de leurs organisations communautaires. Dit autrement, on assiste, dans certaines parties du monde, à une participation des organisations d'intégration régionale en tant que parties aux accords d'investissements. C'est un phénomène que l'on pourrait qualifier de communautarisation des politiques d'investissements internationaux. Il en est ainsi, aux Amériques, avec l'Accord de partenariat transpacifique en négociation entre 12 États que sont : l'Australie, le Brunei Darussalam, le Canada, le Chili, les États-Unis, le Japon, la Malaisie, le Mexique, la Nouvelle-Zélande, le Pérou, Singapour, et le Vietnam. Étant principalement un Accord de Libre-Échange (ALE), cet instrument vise à inclure des dispositions sur l'investissement. V. www.ustr.gov/tpp. En Europe également, il s'est opéré depuis 2009, un transfert de compétence des États membres de la Communauté à l'Union européenne (UE) en matière de conclusion d'accords internationaux portant sur les investissements directs étrangers. L'Afrique n'est pas totalement en reste de ce phénomène, avec l'adoption par l'Union africaine (UA) d'un code panafricain des investissements, le 26 mars 2016, en concertation avec le Conseil économique et sociale des Nations Unies. Mais ce n'est pas tout, car en dehors de l'UA, certaines organisations régionales de ce continent ont posé des jalons de communautarisation des politiques d'investissements respectives de leurs États membres ; c'est le cas du Marché commun de l'Afrique orientale et australe (COMESA), de la Communauté de l'Afrique de l'Est (SADC), et de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) qui constitue le sujet principal dont la présente étude se propose d'explorer. Le degré d'implication du continent africain dans la réorientation de la réglementation de l'investissement international est tel que l'Afrique a été qualifiée de « *laboratoire normatif des traités d'investissement* », voir, à propos, M. M. MBENGUE, « Numéro spécial : l'Afrique et la réforme du régime d'investissement international », *The Journal of World Investment & Trade*, Volume 18, numéro 3, 2017, pp. 371-378, et voir plus largement <http://booksandjournals.brillonline.com/content/journals/22119000/18/3>.

² Depuis le 1^{er} décembre 2009, date d'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE), celle-ci dispose d'une compétence expresse et exclusive en matière d'investissements étrangers, dans le cadre de sa politique commerciale commune. Cette compétence, qui découle de l'articulation des dispositions des articles 3§ 1 e), 206 et 207(1) du TFUE, implique désormais que la conclusion de traités d'investissements n'est plus du ressort des États membres mais exclusivement celui de l'Union européenne.

³ La CEDEAO est une organisation d'intégration régionale ouest-africaine, créée par le traité de Lagos du 28 mai 1975 et révisé le 24 juillet 1993, réunissant 15 États membres que sont : le Bénin, le Burkina Faso, le Cap-Vert, la Côte d'Ivoire, la Gambie, le Ghana, la Guinée Conakry, la Guinée-Bissau, le Libéria, le Mali, le Niger, le Nigéria, le Sénégal, la Sierra Léone, le Togo. Le Cap-Vert a intégré la Communauté en 1976, la Mauritanie a décidé de se retirer en 2000. Actuellement il est question de statuer sur la demande du Maroc à être membre de la CEDEAO.

étrangers. Mais encore, cela constitue surtout une opportunité pour l'Afrique d'une manière très générale, et cette organisation régionale en particulier, de prendre part à l'édifice de « *la nouvelle configuration du droit international des investissements* »⁴.

Cette nouvelle configuration du droit des investissements est, en effet, perceptible dans d'autres continents où il est, actuellement, question de procéder à des réformes de certaines dispositions conventionnelles du droit des investissements. La plus retentissante de ces réformes constitue, à terme, la mise en place d'un organe permanent de règlement des différends, reposant sur un double degré de juridiction, et faisant appel à des juges nommés, non pas par les parties au litige, mais par les États. Cela constituerait une rupture par rapport au mode classique de règlements des litiges d'investissement qui prévalait jusque-là dans le Centre International de Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI)⁵.

Cette "tendance révolutionnaire" du droit des investissements implique par conséquent que la question de la protection des biens des opérateurs économiques étrangers soit, désormais, devenue une préoccupation majeure aussi bien dans les pays du Nord que dans ceux du Sud qu'il ne serait pas déraisonnable de l'aborder dans l'espace communautaire ouest-africain de la CEDEAO.

Section I : La rencontre entre l'organisation communautaire ouest-africaine de la CEDEAO et le droit international des investissements

Au lendemain de leur indépendance, les dirigeants africains estimaient que l'unité et le développement économique de l'Afrique passaient préalablement par la libéralisation politique des territoires encore sous occupation coloniale. Le maître-mot était le panafricanisme. Celui-ci, en effet, constituait un instrument de lutte contre le colonialisme et surtout un moyen de réalisation de l'Union africaine (UA). C'est ainsi qu'en 1976, les chefs d'État de l'Organisation de l'Union Africaine (OUA) devenue l'UA, ont décidé de diviser l'Afrique en 5 régions. En

⁴ Cette nouvelle et éventuelle configuration du droit international des investissements que l'on pourrait appeler également "tendance révolutionnaire" du droit des investissements repose sur trois Traités. Le premier est le Partenariat Transatlantique de commerce et d'investissement entre l'Union européenne et les États-Unis (*Transatlantic Trade and Investment Partnership, TTIP*), en cours de négociation et que l'élection de Donald Trump à la présidence des États-Unis pourrait rendre incertain. Le deuxième est l'Accord de libre-échange entre l'UE et le Vietnam conclu en décembre 2015, mais qui n'est pas encore entré en vigueur. Et enfin, le troisième est le traité de libre-échange entre l'UE et le Canada (*Comprehensive Economic and Trade Agreement*) appelé aussi CETA, signé le 30 octobre 2016, dont le processus de ratification sera, en principe, bientôt ouvert.

⁵ Le CIRDI a été institué par la Convention de Washington du 18 mars 1965, ayant exclusivement pour mission de résoudre les différends relatifs aux investissements par un système d'arbitrage investisseur/État.

1980, ces mêmes chefs d'États, réunis à Lagos décident encore de créer dans chaque région une Communauté Économique Régionale (CER)⁶. Ces CER ont été pensées comme les piliers, voire les acteurs principaux de la réalisation de la Communauté Économique Africaine (CEA)⁷. Et parmi ces CER qui sont au nombre de cinq⁸, il y a la CEDEAO. Cette communauté économique régionale ouest-africaine, au même titre que ses pairs, a, entre autres, comme ambition de favoriser le développement économique de ses États membres. Généralement, l'une des finalités du regroupement régional est « *de resserrer les liens et de consolider la paix et l'amélioration des relations politiques entre les États concernés* »⁹. Mais, étant essentiellement composée d'États en développement, cette institution régionale ouest-africaine et ses membres ne sauraient exclusivement compter sur leurs propres moyens pour atteindre les objectifs qu'ils se sont fixés. Ils ont forcément besoin de capitaux et de la technologie nécessaires afin de faire progresser leur économie. Dans cette optique, faire appel aux détenteurs de ces capitaux étrangers semble être un élément incontournable face aux insuffisances de leurs moyens tant matériel que financier.

C'est pourquoi l'ensemble des États de la CEDEAO, dispose respectivement des politiques tendant à attirer les capitaux étrangers nécessaires à leur développement. Ces politiques d'attraction des capitaux étrangers revêtent une importance telle pour leur décollage économique que ces États ont influencé l'organisation régionale, à laquelle ils appartiennent afin qu'elle œuvre dans ce sens. C'est dans cette perspective que le 19 décembre 2008, suite à l'adoption de trois actes additionnels majeurs¹⁰, la Commission de la CEDEAO a initié la mise

⁶ Pour une étude précise sur les Communautés économiques régionales africaines v. Stephen KARANGIZI, « Les Communautés Economiques Régionales », in *L'Union Africaine: cadre juridique et institutionnel*, A. Yusuf ABULQAWI et Fatsah OUGUERGOUZ (dir.) Pédone, 2013, pp. 207-222 ; B. TCHIKAYA, « Le droit de l'Union africaine: principes, institutions et jurisprudence », Berger-Levrault, 2014 ; S. N. TALL, « Droit des organisations internationales africaines: théorie générale, droit communautaire comparé, droit de l'homme, paix et sécurité », L'Harmattan, 2015.

⁷ La CEA a été créée par le Traité d'Abuja (Nigéria) le 3 juin 1991 et est entré en vigueur en 1994, au moment où plusieurs Communautés économiques régionales ont été créées par des traités spécifiques.

⁸ En plus de la CEDEAO, il y a au Nord l'Union du Maghreb Arabe (UMA) créée en 1989 et qui regroupe les États de l'Afrique du Nord à l'exception de l'Égypte et de la Mauritanie ; au Sud la Communauté de Développement de l'Afrique Australe (CDA) créée en 1995 et qui remplace la Communauté de Coopération pour le Développement des États d'Afrique Centrale (SADCC) créée en 1980 ; à l'Est le Marché Commun des États de l'Afrique de l'est et du Sud (COMESA) créé en 1993 qui remplace la zone d'échange préférentielle créée en 1991 à Lusaka en Zambie ; et enfin au Centre la Communauté Economique des États de l'Afrique Centrale (CEEC) créée en 1983 à Libreville au Gabon.

⁹ P. DAILLER, H. GHERARI, et G. De LA PRADELLE « Introduction », in *Droit de l'économie internationale*, P. DAILLER, H. GHERARI et G. de LA PRADELLE (dir.), Pédone, 2004, pp. 1-3, p. 1.

¹⁰ Il s'agit de l'Acte additionnel *A/SA.1/12/08* portant *adoption des règles communautaires de la concurrence et leurs modalités d'application au sein de la CEDEAO* ; de l'Acte additionnel *A/SA.2/12/08* portant *création, attributions et fonctionnement de l'Autorité régionale de la Concurrence de la CEDEAO* ; de l'Acte additionnel

en œuvre du *Marché commun régional des investissements*. Ce marché commun des investissements est présenté comme un « *volet crucial du processus d'intégration économique* » de l'Afrique de l'Ouest¹¹. Ce qui signifie, qu'aussi bien les États membres que l'organisation régionale elle-même, accordent tous une importance particulière à l'investissement étranger dans leurs programmes de développement, d'où, justement, la nécessité de lui consacrer une certaine protection. Ces programmes d'attraction des capitaux étrangers sont plus connus sous l'appellation politiques de promotion et de protection des investissements étrangers. En vérité, l'expression « politiques de protection des investissements » aurait même pu suffire car, qui protège l'investissement le promeut en même temps. Selon un auteur, « *La promotion et la protection sont intimement liées* »¹². En d'autres termes, pour attirer les investissements, donc les promouvoir, il importe tout simplement de leur assurer une certaine protection¹³. Cette tâche de protection des investissements étrangers ne saurait être confiée qu'au juriste, qui doit placer les opérateurs économiques – investisseurs – dans un environnement juridique propice à leurs attentes ; environnement qui leur permettrait d'exercer leurs activités en toute sérénité. Il va sans dire donc que l'épanouissement des opérations économiques est intrinsèquement subordonné au rôle protecteur du droit. Ce qui veut dire que la protection dont fait allusion cette étude ne peut être que juridique. C'est en tout cas sous cet angle que l'on compte aborder le sujet qui s'intitule justement : La protection internationale des investissements étrangers en Afrique de l'Ouest dans l'espace CEDEAO.

L'expression « *protection internationale* » peut s'entendre comme l'ensemble des mécanismes juridiques internationaux dégagés généralement par le droit international et qui ont pour objet de réglementer un domaine déterminé. Dans notre sujet, il s'agit généralement de se

A/SA.3/12/08 portant adoption des Règles communautaires sur l'Investissement et leurs modalités d'application au sein de la CEDEAO.

¹¹ M. Ibn. CHAMBAS, « Vision du Marché commun des investissements de la CEDEAO », Commission, CEDEAO, 2009, en ligne : <<http://www.ecobiz.ecowas.int/fr/pdf/CIM-Vision-French-Version.pdf>>.

¹² E. ANANI SITTI, « Investir en Afrique pour gagner l'entreprise africaine et la mondialisation », L'Harmattan, 2012, p. 69. Cet auteur considère qu' « *une bonne politique de protection rassure l'investissement et crée un effet multiplicateur et un dynamisme bienfaisants. En revanche, une stratégie de promotion de l'investissement dans un environnement non rassurant, non sécurisant, non protecteur, ne saurait drainer, attirer l'investisseur. La promotion est tout aussi importante que la protection...* », p. précitée.

¹³ La littérature est abondante en ce qui concerne la question de la protection des investissements étrangers : S. BONOMO, « Les traités bilatéraux relatifs aux investissements: entre protection des investissements étrangers et sauvegarde de la souveraineté des États », *P.U.A.M.*, 2012 ; H. KLEBES, « Encouragement et protection des investissements privés dans les pays en développement: Les traités bilatéraux de la République fédérale d'Allemagne dans leur contexte », Thèse, Strasbourg 1983 ; S. SCHAUFELBERG, « La protection juridique des investissements internationaux dans les pays en développement: Etude de la garantie contre les risques de l'investissement et en particulier de l'Agence Multilatérale de Garantie des Investissements (AMGI) », *Zürich, Schulthess Polygraphischer*, 1993.

pencher sur les mécanismes juridiques internationaux tendant à la protection des investissements étrangers.

Cependant, si la définition de l'expression « *protection internationale* » ne pose pas de grandes difficultés, ce n'est pas le cas de celle d'« *investissements étrangers* », où plus précisément de la notion « *investissement* ». Au préalable, il importe de relever que « l'investissement » est une notion qui dérive de l'économie, ou même est purement économique. Dès lors, entreprendre sa définition juridique sans se référer à cette dernière peut paraître saugrenu. Car, comme l'a bien précisé un auteur « ...c'est bien l'opération économique qui a préexisté et qui a par la suite fait l'objet d'une attention juridique »¹⁴. En sciences économiques en effet, il n'existe pas une définition précise de la notion d'investissement. Pour certains, celle-ci désigne « *les apports en espèce ou en nature d'un opérateur économique (voire une société), en vue de constituer une capacité de production nouvelle de biens ou de services soit de rationaliser des méthodes de production ou d'en améliorer la qualité...* »¹⁵. Pour d'autres, les économistes considèrent « *qu'il y a investissement lorsque, entre deux dates de référence, apparaît un supplément de richesse entre la date la plus récente et la date la plus ancienne, un accroissement du patrimoine matériel d'un pays* ». ¹⁶ L'investissement a encore été défini comme « *toute acquisition d'un bien capital en vue d'en percevoir ou d'en consommer le revenu* »¹⁷.

Au demeurant, si en sciences économiques la définition du terme investissement nécessite de se référer à diverses interprétations, il l'est plus encore lorsqu'il est question de l'aborder sur le plan juridique ; en l'occurrence en droit international des investissements.

¹⁴ A. GILLES, « La définition de l'investissement international », 1 éd., *Larcier*, 2012, p.18. Cet ouvrage de l'auteure est issu de sa thèse de doctorat en 2010, v. A. GILLES, « La définition de l'investissement international: essai sur un concept juridique incertain », 2010, Thèse de droit international public, 2010, *Université Panthéon-Sorbonne (Paris 1)*.

¹⁵ J. MARGIE-LYS, « Arbitrage et protection des investissements internationaux volume I: l'apport des traités régionaux et multilatéraux à l'évolution du droit de l'arbitrage et du droit international des investissements », 1 éd., *Editions universitaires européennes*, 2011, p. 361.

¹⁶ Ph. KAHN, « Les investissements internationaux, nouvelles données: un droit transnational de l'investissement », in *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux/ New Aspect of International Investment Law*, Ph. Kahn et Th. W. Wälde (dir.), *Académie de droit international de la Haye*, 2007, pp. 3-41, p. 17.

¹⁷ *Idem*, p. 17.

Section II : La problématique liée à la définition de l'investissement

S'il existe véritablement un consensus en droit international des investissements, c'est bien l'absence d'une définition unanime de cette notion que ce droit est censé encadrer, voire réglementer. Dans cette discipline, en effet, la difficulté de sa définition est si réelle, problématique et d'actualité que le besoin ait été ressenti de lui consacrer une thèse entière¹⁸. Un auteur a pu dire : « *la définition de l'investissement en droit positif est introuvable* »¹⁹. Normalement, cette tâche définitionnelle de la notion « d'investissement » devrait revenir à la Convention de Washington du 18 mars 1965. Mais, face à la position neutre et surtout " paradoxale" de cette institution (**Paragraphe 1**), c'est vers les tribunaux arbitraux qu'il fallait se tourner pour appréhender la notion d'investissement. Dans cette entreprise, les tribunaux CIRDI ont, tant bien que mal, tenté de dégager un certain nombre de critères de définition de la notion ; critères qui n'épuisent nullement les controverses doctrinales en la matière (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : La neutralité "paradoxale" de la Convention de Washington dans la définition de l'investissement

La Convention de Washington du 18 mars 1965 créant le CIRDI a été instituée par la Banque mondiale pour la réglementation de l'investissement privé étranger²⁰. D'une manière plus précise, le but du Centre est de résoudre les conflits qui peuvent éventuellement surgir entre un opérateur économique étranger et l'État dans lequel il a investi. Curieusement cependant, la Convention CIRDI n'a pas daigné préciser ce qu'elle entendait exactement par investissement. En effet, le paradoxe du CIRDI est qu'il s'abstient de définir ce qu'il a l'ambition de réglementer. Or, comme l'a si bien mentionné un auteur, « *la notion d'investissement constitue l'une des conditions d'accès au mécanisme du règlement des différends du Centre...* »²¹. Mais ce n'est pas tout, il se trouve que la compétence des tribunaux CIRDI à statuer sur les différends entre investisseurs et États soit fortement liée à l'existence

¹⁸ A. GILLES, « La définition de l'investissement international: essai sur un concept juridique incertain » *op.cit*

¹⁹ A. DE NANTEUIL, « Droit international de l'investissement », 2 éd., *Pédone*, 2017, p. 165.

²⁰ Pour une large étude sur les rapports entre la Convention de Washington et l'investissement, v. Mario AMADIO, « Le contentieux international de l'investissement privé et la Convention de la Banque Mondiale du 18 mars 1965 », *Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence*, 1967. 271p.

²¹ G. AREOU, « La notion d'investissement - évolutions récentes », in col. *L'accès de l'investisseur à la justice arbitrale: réflexions sur la procéduralisation du droit international de l'investissement*, A. DE NANTEUIL (dir.), Université du Maine, *Pédone*, 2015, pp. 7-29, p. 7.

d'investissement. Autrement dit, pour que les arbitres saisis puissent être compétents pour statuer sur lesdits différends, il faut qu'ils s'assurent que ces derniers soient en relation directe avec un investissement. C'est exactement ce qui ressort de la lecture de l'article 25 (1) de la Convention de Washington relative au CIRDI qui dispose : « *La compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique entre un État contractant (ou telle collectivité publique ou tel organisme dépendant de lui qu'il désigne au Centre) et le ressortissant d'un autre État contractant qui sont en relation directe avec un investissement et que les parties ont consenti par écrit à soumettre au centre...* ». Il faut dire que les administrateurs de la Banque mondiale ont essayé de justifier les raisons de l'omission volontaire de la définition de la notion d'investissement dans la Convention, en considérant : « *Il n'a pas été jugé nécessaire de définir le terme investissement compte tenu du fait que le consentement des parties constitue une condition essentielle et compte tenu du mécanisme par lequel les États contractants peuvent, s'ils le désirent, indiquer à l'avance les catégories de différends qu'ils seraient ou ne seraient pas prêts à soumettre au Centre (article 25(4))* »²².

À défaut d'une définition référentielle dans la Convention, c'est aux tribunaux arbitraux créés sous l'égide du CIRDI qu'il appartenait de préciser si les différends dont ils sont saisis ont un rapport avec un investissement, afin de fonder leur compétence à statuer. Mais, une telle entreprise n'était pas évidente, ce qui a abouti à un éclatement de la jurisprudence CIRDI en courants opposés dans la définition de l'investissement.

Paragraphe 2 : La division des tribunaux arbitraux dans la définition de l'investissement

S'il appartenait aux tribunaux arbitraux, en rendant leur décision, de préciser ce qu'ils entendaient par investissement, cette entreprise les a divisés en deux courants : le courant objectiviste qui tente de donner une définition fixe de l'investissement en énumérant un certain nombre de critères (A), et le courant subjectiviste qui fait reposer la définition de la notion du

²² Rapport, paragraphe 27, in E. GAILLARD, « La jurisprudence CIRDI », *Pédone*, 2004, p. 941. Pourtant, une première définition avait été donnée bien avant par le premier projet de Convention de Washington. En effet, le premier alinéa de son article 30 était rédigé comme suit : « *Aux fins du présent chapitre "investissement" signifie toute contribution en argent ou autres avoirs ayant une valeur économique, effectuée pour une période indéfinie ou, si la période est précisée, pour au moins cinq ans* », v. S. MANCIAUX, « Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États, trente années d'activités du CIRDI », *CREDIMI, Litec*, 2004, p. 44. Il faut juste préciser que cette définition n'avait pas fédéré l'ensemble des États partie à la Convention. La Chine par exemple considérait que « la compétence prévue par l'article 26 du projet était trop large, particulièrement dans la perspective de l'ample définition du terme « investissement » et de l'article 30 », en ce sens v. A. GILLES, « La définition de l'investissement international », *op.cit.*, p. 165.

seul accord des parties (B). Mais, la démarche adoptée par les arbitres dans la décision *Salini c. Maroc*²³, ayant la vertu de concilier les deux thèses en présence, pourrait être privilégiée comme piste dans la définition de l'investissement (C).

A : *Le courant objectiviste*

La décision rendue par le tribunal arbitral dans l'affaire *Salini*, le 23 juillet 2001, constitue le point de départ, non seulement de la théorie objectiviste, mais d'une manière très générale, « *de toute analyse contemporaine relative à la qualification de l'investissement* »²⁴. Dans cette affaire, en effet, il était question de savoir si un marché de travaux publics pouvait être considéré comme un investissement et relever à ce titre de la compétence du Centre. Si le tribunal a répondu par l'affirmative, il faut tout de même convenir que c'est l'utilisation des critères qui lui ont permis d'arriver à une telle conclusion qui se trouve être à l'origine de toutes les positions doctrinales portant sur la question de la définition de l'investissement. En effet, au cœur de son raisonnement, le tribunal a établi quatre critères qui permettent de qualifier une opération d'investissement en disposant : « *La doctrine considère généralement que l'investissement suppose des apports, une certaine durée d'exécution du marché et une participation aux risques de l'opération. La lecture du préambule de la Convention permet d'y ajouter le critère de la contribution au développement économique de l'État d'accueil de l'investissement* »²⁵. Il faut ici préciser que les trois premiers critères – *apport, durée, risque* – ne soulèvent pas, dans leur principe, de grandes contestations. En revanche, c'est l'adjonction du quatrième, « *La contribution au développement économique de l'État d'accueil de l'investissement* » qui divise le courant objectiviste en deux sous-courants. Ainsi, pour certains tribunaux qui se fondent sur la définition classique dégagée par les arbitres statuant sur l'affaire *Salini*, l'investissement suppose quatre critères : l'apport, la durée, le risque encouru et enfin la contribution au développement économique de l'État d'accueil. Parmi les affaires abordant la définition de

²³ Affaire CIRDI, *Salini Costruttori S.p.A. et Italstrade S.p.A. c. Royaume du Maroc*, Aff. n°ARB/00/4, décision sur la compétence du 23 juillet 2001, § 52, reproduit in *Journal du droit international (J.D.I.)* 2002-1, pp. 207-208.

²⁴ G. AREOU, « La notion d'investissement: évolutions récentes », in Coll., *L'accès de l'investisseur à la justice arbitrale: réflexions sur la procéduralisation du droit international de l'investissement*, *op.cit.*, p. 8.

²⁵ Décision *Salini c. Maroc*, précitée, et également E. GAILLARD, « La jurisprudence CIRDI », *op.cit.*, p. 207. Il faut juste préciser que le tribunal était composé de MM. R. Briner, Président, B. Cremades et I. Fadlallah cité par E. GAILLARD, « Reconnaître ou définir? Réflexions sur l'évolution de la notion d'investissement dans la jurisprudence du CIRDI », in *Le droit international économique à l'aube du XXème siècle*, D. Carreau et P. Juillard (dir.), *Pédone*, 2009, pp. 17-32, p. 18, note n°5.

l'investissement en appui de ces quatre critères, l'on peut citer la décision *Jan de Nul c. Egypte* du 16 juin 2006²⁶, la décision *Ioannis Kardassopoulos c. Géorgie* du 6 juillet 2007²⁷. En revanche, d'autres tribunaux arbitraux statuant à l'aune de la décision Salini, retiennent les trois premiers critères, en écartant celui de la contribution au développement économique. Il a été exprimé dans l'affaire *LESI-Dipenta c. Algérie* du 10 janvier 2005²⁸, mais encore dans la décision *Pey Casado c. Chili* du 8 mai 2008²⁹, et plus récent encore, dans la décision *Saba Fakes c. Turquie* du 14 janvier 2010³⁰. D'une manière générale, c'est ce dernier sous-courant qui domine au sein de la théorie objective. Par ailleurs, au-delà des tribunaux, la majorité de la doctrine exclue la notion de contribution au développement économique de l'État d'accueil dans la définition de l'investissement. Ainsi, un auteur a fait remarquer que : « *Le développement est une exigence politique : il n'est pas nécessaire d'en faire une condition juridique* »³¹. Un autre auteur comme Emmanuel Gaillard considère à son tour que : « *Force est de reconnaître qu'il est particulièrement artificiel de prétendre puiser un élément constitutif*

²⁶ Affaire CIRDI, *Jan de Nul c. Egypte*, n°ARB/04/13, décision sur la compétence du 16 juin 2008, §111.

²⁷ Affaire CIRDI, *Ioannis Kardassopoulos c. Géorgie*, n°ARB/05/23, décision sur la compétence du 6 juillet 2007, § 503-504.

²⁸ Affaire CIRDI, *LESI-Dipenta c. Algérie*, n°ARB/05/03, décision sur la compétence du 10 janvier 2005. En effet, le tribunal a considéré en ces termes :

« [...] il paraît conforme à l'objectif auquel répond la Convention qu'un contrat, pour constituer un investissement au sens de la disposition, remplit les trois conditions suivantes ; il faut

- a) que le contractant ait effectué un apport dans le pays concerné
- b) que cet apport porte sur une certaine durée, et
- c) qu'il comporte pour celui qui le fait un certain risque.

Il ne paraît en revanche pas nécessaire qu'il réponde en plus spécialement à la promotion économique du pays, une condition de toute façon difficile à établir et implicitement couverte par les trois éléments retenus ».

²⁹ Affaire CIRDI, *Pey Casado c. Chili*, n°ARB/98/2, décision sur la compétence du 8 mai 2008, §232. Dans cette affaire les arbitres ont clairement pris position sur la question de l'ajout de ce quatrième critère de contribution au développement économique de l'État d'accueil en affirmant : « ... Il est exact que le préambule de la Convention CIRDI évoque la contribution au développement économique de l'État d'accueil. Cette référence est cependant comme une conséquence, non comme une condition de l'investissement : en protégeant les investissements, la Convention favorise le développement de l'État d'accueil. Cela ne signifie pas que le développement de l'État d'accueil soit un élément constitutif de la notion d'investissement. C'est la raison pour laquelle, comme l'ont relevé certains tribunaux arbitraux, cette quatrième condition est, en réalité, englobée dans les trois premiers ».

³⁰ Affaire CIRDI, *Saba Fakes c. Turquie*, n°ARB/07/20, décision sur la compétence du 14 janvier 2010, §110.

³¹ I. FADLALLAH, « La notion d'investissement: vers une restriction à la compétence du CIRDI? », in *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution. Liber Amicorum* in honour of Robert Briner, ICC, 2005, pp. 259-268, p. 267, cité par J. MATRINGE, « La notion d'investissement », in *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Ch. LEBEN (dir.), Pédone, 2015, pp. 135-160, p. 157. Dans le même ordre d'idées, v. aussi S. MANCIAUX, « Actualité de la notion d'investissement international », in *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux. Aspects récents*, Ch. Leben (dir.), L.G.D.J./Anthémis, 2010, pp. 145-173, p. 170, qui écrivait : « Quant à la contribution au développement de l'État d'accueil, il s'agit d'une conséquence espérée de tout investissement étranger... ».

d'une véritable définition de l'investissement dans le premier paragraphe du préambule de la Convention... »³².

Par ailleurs, à côté de la théorie objective, il y a la théorie subjective de la définition de la notion d'investissement.

B : Le courant subjectiviste

Cette seconde théorie fait reposer la définition de la notion, au sens de la Convention de Washington, que sur la seule volonté des parties. L'expression de la volonté de ces dernières se manifeste généralement, soit dans les législations nationales, soit dans les conventions internationales. En effet, à travers aussi bien leurs codes d'investissements qu'aux traités auxquels ils sont partie prenante, les États définissent ce qu'ils entendent par investissement. Une telle définition est capitale en ce sens qu'elle délimite le champ d'application du régime qu'ils posent. Selon Jean Matringe, « ... *la définition du mot investissement énoncée dans un code d'investissement ou dans un traité de promotion et de protection des investissements n'est pour l'État auteur du premier et les États parties au second qu'un instrument de délimitation du champ d'application des normes qu'ils édictent dans ces instruments* »³³. Cette définition subjective de l'investissement est, par ailleurs, capitale également, compte tenu du fait qu'elle démontre l'étendue du pouvoir des parties dans l'arbitrage. En effet, selon certains auteurs, une telle approche est raisonnable car si la compétence des tribunaux est fondée sur le consentement des parties au différend, ils doivent aussi s'en remettre à la volonté de celles-ci et tenir pour investissement tout ce que celles-ci auront voulu leur présenter comme tel, sous réserve des exclusions unilatérales faites par les États parties au titre de l'article 25, (4)³⁴.

³² E. GAILLARD, « Reconnaître ou définir? Réflexions sur l'évolution de la notion d'investissement dans la jurisprudence du CIRDI », in *Le droit international économique à l'aube du XXème siècle*, op.cit., p. 29.

³³ J. MATRINGE, « La notion d'investissement », op.cit., p. 137.

³⁴ *Ibidem.*, p. 141. L'article 25 (4) de la Convention CIRDI dispose : « *Tout État contractant peut, lors de sa ratification, de son acceptation ou de son approbation de la Convention ou à toute date ultérieure, faire connaître au Centre la ou les catégories de différends qu'il considérerait comme pouvant être soumis ou non à la compétence du Centre. Le Secrétaire général transmet immédiatement la notification à tous les États contactants. Ladite notification ne constitue pas le consentement requis aux termes de l'alinéa (1)* ». Parmi les tribunaux arbitraux qui ont appliqué cette théorie subjective de la définition de l'investissement v. Affaire CIRDI, *Antoine Goetz et consorts c. République du Burundi*, n°ARB/95/3, décision du 10 février 1999, *ICSID Review* 2000, vol. 15, p. 457, § 83 ; Affaire CIRDI, *Middle East Cement Shipping and Handling Co. SA c. Egypte*, décision du 12 avril 2002, *18 ICSID Review*, 2003, p. 602 ; Affaire CIRDI, *Generation Ukraine, Inc. c. Ukraine*, n°ARB/00/9, décision du 16 septembre 2003, 44 *ILM* 404 (2005), §§ 8.1 et s.

Dans le même ordre d'idées ; en parlant de fusion de la condition d'investissement avec celle relative au consentement, Walid Ben Hamida fait remarquer que l'application de la théorie subjective conduit à constater que : « ... le CIRDI sera compétent dès que les parties, implicitement ou explicitement, en consentant à l'arbitrage dans un contrat, dans un traité de protection d'investissement ou dans une loi nationale d'investissement, considèrent que l'opération litigieuse est constitutive d'un investissement »³⁵. Une telle approche corrobore l'esprit du rapport des administrateurs de la Banque mondiale précité qui, en résumé, arguait que la définition de l'investissement ait été sciemment occultée afin de laisser la charge aux parties dans leur plus grande liberté. Un auteur a martelé : « l'investissement est donc ce que les parties considèrent tel »³⁶.

Cependant, il importe de préciser que laisser une grande liberté aux parties dans la définition de l'investissement, ne signifie, au demeurant, pas qu'elles en détiennent l'exclusivité. Ainsi, selon certains auteurs, l'insertion du terme « investissement » à l'article 25 (1) de la Convention de Washington doit être analysée indépendamment de la qualification donnée par les États dans les traités bilatéraux d'investissements (TBI)³⁷. D'autant plus que dans la plupart de ces traités – qui sont au nombre de plusieurs milliers actuellement – la définition de l'investissement n'y est pas unique, même s'il est possible d'y constater une tendance générale³⁸. En effet, dans les TBI, les États y définissent l'investissement tantôt par une liste limitative, tantôt, et de façon plus marginale, par exclusion de certaines catégories d'opérations. La qualification de l'investissement a même été étendue à de nouveaux secteurs d'activités tels que des garanties bancaires, des créances, sur la dette souveraine et encore sur la violation des droits de propriété intellectuelle³⁹. En effet, deux tribunaux arbitraux se sont

³⁵ W. BEN HAMIDA, « La notion d'investissement: la notion maudite du système CIRDI? », *Gazette du Palais*, 15 Décembre 2007, n° 349, p. 33, § 3.

³⁶ A. DE NANTEUIL, « Droit international de l'investissement », 2 éd., *op.cit.*, p. 166.

³⁷ D. ONGUENE ONANA, « La compétence en arbitrage international relatif aux investissements », *Bruxelles, Bruylant*, 2012, p. 165, cité par G. AREOU, « La notion d'investissement: évolutions récentes », in *L'accès de l'investisseur à la justice arbitrale: réflexions sur la procéduralisation du droit international de l'investissement*, *op.cit.*, p. 13.

³⁸ En effet, d'une manière très générale, tous les traités d'investissements définissent l'investissement comme « tout type de possession » avant d'énumérer les qualités requises pour que de tels avoirs puissent être qualifiés d'investissements et d'assortir éventuellement cette définition générale d'une liste d'illustrations. C'est justement sur ces dernières que les TBI se distinguent entre eux.

³⁹ Pour de larges développements sur l'extension de la qualification de l'opération d'investissement sur ces nouveaux secteurs d'activités, v. G. AREOU, « La notion d'investissement: évolutions récentes », in *L'accès de l'investisseur à la justice arbitrale: réflexions sur la procéduralisation du droit international de l'investissement*, *op.cit.*, pp. 17-29 ; v. aussi, en ce sens A. DE NANTEUIL, « Droit international de l'investissement », 2 éd., *op.cit.*, pp. 185-186.

respectivement déclarés compétents en 2011 et 2012 pour connaître des litiges portant sur la dette souveraine de l'Argentine. Les deux affaires – *Abaclat et autres c. Argentine* du 4 août 2011⁴⁰ et *Ambiente Ufficio c. Argentine* du 8 février 2013⁴¹ – incitent à se demander si véritablement ce type de contentieux est adapté au mécanisme de règlement des différends du CIRDI⁴². Une telle pratique pourrait faire perdre à la notion d'investissement tout son intérêt, non seulement dans le contentieux arbitral, mais encore dans le droit international des investissements, d'une manière très générale. Surtout si l'on sait que la plupart des questions soulevées dans le contentieux d'investissement portent sur la compétence ou non des arbitres à connaître tels ou tels litiges ; compétence qui est intrinsèquement liée à la qualification des opérations en investissement⁴³.

Dès lors, pour éviter l'emprise des parties dans la définition de l'investissement avec tous les risques mentionnés, il semblerait que la démarche objective et "conciliatrice" adoptée par les arbitres dans la décision *Salini* pourrait être privilégiée.

C : La démarche objective et « conciliatrice » des arbitres dans la décision Salini : une piste à privilégier dans la définition de l'investissement

Dans cette espèce, les arbitres ont formulé un raisonnement réparti en deux phases, auquel la doctrine donne généralement le nom de *double test* du CIRDI, certains ont même pu parler de « *double-barrelled test* »⁴⁴. Cette démarche adoptée par les arbitres, dans cette décision, a la vertu de concilier les deux thèses en présence dans la définition de l'investissement.

Dans un premier temps en effet, le tribunal a examiné les dispositions pertinentes du TBI liant le Maroc à l'Italie pour voir si l'opération litigieuse constituait un investissement au sens

⁴⁰ Affaire CIRDI, *Abaclat et autres c. Argentine*, n°ARB/07/5, décision sur la compétence et la recevabilité du 4 août 2011.

⁴¹ Affaire CIRDI, *Ambiente Ufficio S.p.A. and others c. Argentine*, n°ARB/08/9, décision sur la compétence et la recevabilité du 8 février 2013.

⁴² Ces deux décisions arbitrales déclarant la recevabilité de la dette souveraine dans le contentieux CIRDI ont fait l'objet d'amples commentaires dans G. AREOU, « La notion d'investissement: évolutions récentes », in *L'accès de l'investisseur à la justice arbitrale: réflexions sur la procéduralisation du droit international de l'investissement*, *op.cit.*, pp. 17-29.

⁴³ En effet, selon Anne Gilles, lorsque l'article 25 de la Convention de Washington mentionne la condition d'existence d'un investissement, il le fait en tant qu'il s'agit d'un élément permettant d'établir, précisément, la compétence des arbitres et non un élément de compréhension générale de la Convention. v. A. GILLES, « La définition de l'investissement international », *op.cit.*, p. 203.

⁴⁴ D. ONGUENE ONANA, « Qualification d'investissement et compétence en arbitrage international relatif aux investissements: la théorie du contrôle séparé devant le CIRDI », *Revue générale de Droit*, Université d'Ottawa, 2012, n° 1, p. 82, disponible sur <https://www.erudit.org/fr/revues/rgd/2012-v42-n1-rgd01543/1026916ar.pdf>.

dudit traité. Le Maroc soutenait que la référence à la législation nationale contenue dans l'alinéa 1^{er} de l'article 1 du TBI⁴⁵ impliquait que la définition de l'investissement contenue dans le traité bilatéral était subordonnée à sa compatibilité avec la législation nationale de l'État hôte. Le tribunal rétorqua qu'une telle référence ne saurait renvoyer à la définition de l'investissement, mais plutôt à sa régularité⁴⁶, avant de considérer que l'opération en question entraînait bien dans le champ d'application du traité. Les arbitres statuant dans l'affaire *Railroad Development Corporation c. Guatemala* du 18 mai 2010 l'ont rappelé en ces termes : la clause de respect du droit national ne saurait être envisagée comme un élément définitionnel de l'investissement, mais comme une condition de sa validité⁴⁷.

Dans un second temps de leur raisonnement, les arbitres font reposer, cette fois-ci, l'examen de l'opération litigieuse au regard de l'article 25 de la Convention de Washington. Ainsi, suite à une lecture combinée de la doctrine et du préambule de ladite Convention, les arbitres ont formulé un certain nombre de remarques⁴⁸ avant de conclure que : les conditions – apports, durée, risques et contribution au développement économique de l'État d'accueil – étaient bien réunies pour que l'opération soit considérée comme investissement au sens de la Convention de Washington, et plus précisément en son article 25.

Au terme de ce rapide examen de la question de la définition de l'investissement, une réalité s'impose. Si une thèse entière lui a été consacrée, la partie introductive de ce travail ne saurait suffire à aborder tous les angles de la notion, encore moins de tenter de la définir. L'objectif était de faire l'état des lieux de cette entreprise. Pour l'heure, c'est la jurisprudence Salini, ou plus précisément « *le double test salini* » qui, non seulement, reçoit le plus application dans les tribunaux CIRDI, mais encore, semble plus convaincre la majorité de la doctrine. Un auteur n'a pas manqué de noter que : « ...*tous les biens et droits susceptibles d'être qualifiés d'investissements pour bénéficier de la protection du traité devant répondre aux conditions d'apport, de risque et de durée, qui nous ont toujours paru correspondre à la signification*

⁴⁵ L'alinéa 1^{er} de l'article 1 énonce que : « [l]e terme « investissement » désigne toutes les catégories de biens investis après l'entrée en vigueur du présent accord par une personne physique ou morale, y compris le gouvernement d'une Partie contractante, dans le territoire de l'autre Partie contractante, conformément aux lois et règlements de ladite partie ».

⁴⁶ Décision *Salini c. Maroc*, préc., § 46.

⁴⁷ Affaire CIRDI, *Railroad Development Corporation c. Guatemala*, n°ARB/07/23, décision sur la compétence du 18 mai 2010, § 140. v. aussi sur cette question A. DE NANTEUIL, « La notion d'investissement réalisé conformément au droit de l'État d'accueil », « investissements internationaux et arbitrage », *Cahiers de l'arbitrage*, 2010, n° 4, §§ 33-50. Cet auteur y affirmait par exemple que : « *La question de la conformité de l'investissement au droit de l'État d'accueil ne peut en principe être abordée que si l'existence de l'investissement est d'abord établie* », auteur préc., § 35.

⁴⁸ Cf. Décision *Salini c. Maroc*, préc., §53, §54, §55, §57.

économique de l'investissement »⁴⁹. Quand bien même, de nouvelles controverses portant sur la méthode de lecture des critères qu'elle pose ont émergé⁵⁰.

Par ailleurs, le qualificatif « étranger » rattaché à l'investissement laisse supposer que ce dont il s'agit c'est le sort réservé à la propriété de la personne privée à l'étranger, c'est-à-dire dans un pays autre que celui dans lequel elle détient la nationalité. En termes plus clairs, protection des investissements étrangers dans l'espace CEDEAO consiste à s'interroger sur la protection qui est, et qui doit être attribuée aux biens ou à la propriété d'une personne privée dans cet espace communautaire.

Mais cette protection a connu une évolution qu'il importe, au préalable de relever.

Section III : L'évolution de la protection internationale des investissements étrangers

La préoccupation sécuritaire de la personne privée et de son bien dans un État étranger n'est pas nouvelle. Elle a même toujours été au cœur des relations internationales, donc du droit des gens. En 1758 déjà, le juriste suisse Emmerich De Vattel écrivait qu'un État ne peut accorder l'accès de son territoire aux étrangers pour « *les faire tomber dans un piège* ». « *Dès qu'il les reçoit* », ajoutait-il, « *il s'engage à les protéger comme ses propres sujets, à les faire*

⁴⁹ E. GAILLARD, « Identify or Define? Reflections on the Evolution of the Concept of Investment in ICSID Practice », in *International Investment Law for the 21st Century. Essays in Honour of Chr. Schreuer, Ch. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch, S. Wittich* (eds), Oxford, OUP, 2009, p. 403, cité par E. GAILLARD, « Conclusion: L'avenir des traités de protection des investissements », in *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, *op.cit.*, pp. 1027-1047, p. 1035.

⁵⁰ À peine que la controverse entre la conception subjective et la conception objective sur la définition de l'investissement se soit estompée, une autre rejaillit : cette dernière divise la jurisprudence Salini en deux courants que le professeur Emmanuel Gaillard appelle *la méthode déductive* et *la méthode intuitive*. D'après le professeur Gaillard, *la méthode déductive* part de l'idée qu'il existe une véritable définition de l'investissement qui repose sur des éléments cumulatifs et que le tribunal dont la compétence est contestée doit s'assurer de leur présence dans l'opération, pour pouvoir conclure à l'existence d'un investissement et par la même retenir sa compétence. Tandis que les tenants de *la méthode intuitive* estiment qu'il suffit de constater que certaines « caractéristiques » habituelles d'un investissement sont présentes, pour que l'existence d'un investissement soit avérée, même si d'autres de ces caractéristiques ne se retrouvent pas en l'espèce. En ce sens v. E. GAILLARD, « Reconnaître ou définir? Réflexions sur l'évolution de la notion d'investissement dans la jurisprudence du CIRDI », in *Le droit international économique à l'aube du XXème siècle*, *op.cit.*, pp. 21-26, p. 21. Dans le même sillage, un autre auteur comme Guillaume Aréou a pu appeler ces deux courants de la jurisprudence Salini de *conception objective conceptualiste* et de *conception objective pragmatique*. La première renvoie à la méthode déductive et la seconde à la méthode intuitive ; v. en ce sens G. AREOU, « La notion d'investissement: évolutions récentes », in *L'accès de l'investisseur à la justice arbitrale: réflexions sur la procéduralisation du droit international de l'investissement*, *op.cit.*, p. 15.

jouer, autant qu'il dépendra de lui, d'une entière sûreté »⁵¹. Et un peu plus loin, E. De Vattel renchérit et précise : « *Quiconque maltraite un citoyen offense directement l'État, qui doit protéger ce citoyen* »⁵². Un peu plus tard, cette idée de protection des étrangers par leur État d'origine, a été plus encore vulgarisée par beaucoup d'autres auteurs qui se sont penchés sur la question. Le professeur Dionisio Anzilotti, qui en était un, faisait observer en 1906 :

*« Le droit des gens n'accorde pas des droits aux individus ; mais il peut imposer, et en réalité il impose aux États des devoirs, qui regardent leur façon de se comporter vis-à-vis des individus. Un État, en effet, peut être obligé juridiquement à traiter d'une manière déterminée certains individus ; seulement l'obligation de l'État n'existe pas envers les individus, elle existe à l'égard d'un autre État, auquel appartient le droit d'exiger que le premier traite les individus dont il s'agit de la manière voulue, et pas autrement. Les devoirs et les prétentions des États entre eux, qui ont trait à une façon d'agir ou de se comporter envers des individus, entraînent une relation d'État à État, où l'individu n'apparaît que comme l'objet de droits et de devoirs des États eux-mêmes »*⁵³.

L'idée du droit de l'État d'apporter protection et justice à son propre citoyen victime d'une quelconque maltraitance dans un territoire étranger se dessinait et trouvait sa totale expression en droit international, et plus précisément, dans le traditionnel mécanisme de la protection diplomatique. Au fil des années, le mécanisme de la protection diplomatique a été jugé pas trop efficace dans la protection des opérateurs économiques. Mais, malgré ses faiblesses, il n'est toujours pas totalement absent en droit des investissements. Trois décisions rendues, ces dernières années, par la CIJ, viennent corroborer ce constat. C'est ce qui nous amène à considérer la protection diplomatique comme "une épine dorsale" en droit international des investissements (**Paragraphe 1**). Mais, tout de même, les nouveaux modes de protection des investissements répondent mieux aux attentes des investisseurs étrangers (**Paragraphe 2**).

⁵¹ E. DE VATTEL, « Le droit des gens ou principe de la loi naturelle appliquée à la conduite et aux affaires des nations et des souverains », 1758, Tome 1^{er}, rééd. Paris, Rey & Gravier, 1820, livre II, chapitre 8, § 104, cité par A. DE NANTEUIL, « Droit international de l'investissement », 2^e éd., *op.cit.*, p. 13.

⁵² E. DE VATTEL, « Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliquée à la conduite et aux affaires des nations et des souverains », *op.cit.*, chap. 8, p. 309.

⁵³ D. ANZILOTTI, « La responsabilité internationale des États à raison des dommages soufferts par des étrangers », *R.G.D.I.P.*, 1906, p. 6.

Paragraphe 1 : La protection diplomatique : "l'épine dorsale" en droit international des investissements

Le mécanisme de la protection diplomatique⁵⁴ pose le principe selon lequel lorsqu'un citoyen d'un État ait été lésé dans un territoire d'un autre État étranger, son État d'origine dispose du droit de réclamer la réparation du préjudice subi par son propre national vis-à-vis du second État qui se trouve être à l'origine des faits reprochés. Pour mieux saisir la notion de protection diplomatique, il semble primordial de se référer au projet d'articles qui lui a été expressément consacré par la Commission du Droit International (CDI) de 2006, en son article 1^{er}, qui dispose : « *Aux fins du présent projet d'articles, la protection diplomatique consiste en l'invocation par un État, par une action diplomatique ou d'autres moyens de règlement pacifique, de la responsabilité d'un autre État pour un préjudice causé par un fait internationalement illicite dudit État à une personne physique ou morale ayant la nationalité du premier État en vue de la mise en œuvre de cette responsabilité* »⁵⁵.

À l'analyse de ces dispositions, l'on constate que ce mécanisme de la protection diplomatique s'exerce par un contentieux purement interétatique entre États. La Cour Permanente de Justice Internationale (CPJI) l'a posé dans une formule célèbre en considérant que l'État agissant en pareille hypothèse fait valoir « *son droit propre à ce que son ressortissant [...] qui aurait été traité par les autorités [étrangères] d'une manière contraire à certaines obligations internationales, dont le respect s'imposait, obtienne de ce chef une indemnité* »⁵⁶. Il s'ensuit que les investisseurs étrangers et leurs investissements peuvent, en principe, bénéficier d'une protection provenant de leurs États d'origine par le biais du mécanisme de la protection diplomatique. Celui-ci, tout de même, obéit à un certain nombre de conditions, dont deux sont plus remarquables : d'une part, l'État apte à exercer la protection diplomatique doit impérativement être celui dont l'individu lésé est ressortissant. Dit autrement, ce dernier doit avoir la nationalité de l'État porteur de l'action diplomatique. D'autre part, l'individu doit avoir épuisé, d'une manière effective, l'ensemble des voies de droit disponibles sur le territoire de

⁵⁴ Pour de larges études sur le mécanisme de la protection diplomatique, voir M. BENNOUA, « La protection diplomatique : du standard minimum de traitement des étrangers aux droits de l'Homme », in *Mélanges Kalliopi k. Foufa, The Diversity of International law*, Leiden, Nijhoff, 2009, pp. 481-486 ; S. GARIBIAN, « Vers l'émergence d'un droit individuel à la protection diplomatique ? », *AFDI*, 2008, pp. 119-141.

⁵⁵ Rapport de la Commission du Droit international à l'Assemblée générale des Nations Unies sur les travaux de sa cinquante-huitième session, 2006, Supplément n°10/A/61/10, v. aussi *Annuaire de la Commission du droit international*, 2006, vol. II (2), p. 25.

⁵⁶ CPJI, *Concessions Mavrommatis en Palestine*, arrêt du 30 août 1924, Série A n°2, p. 12.

l'État dont la responsabilité est poursuivie⁵⁷. Cette seconde condition ne pose, en principe, pas de véritables difficultés dans l'exercice de ce mécanisme. L'examen portera, exclusivement, sur la première ; à savoir celle du lien de nationalité.

En ce qui concerne celle-ci, il faut noter que la vérification du lien de nationalité peut porter sur deux catégories de personnes : les personnes physiques et les personnes morales. Pour ce qui est de la première catégorie, le principe est assez clair : l'État ne peut, en principe, agir que lorsque c'est son propre citoyen qui est atteint de ses droits. Cette condition a été clairement posée dans une affaire par la CPJI qui précisait que : « *C'est le lien de nationalité entre l'État et l'individu qui seul fonde le droit de l'État d'agir en protection diplomatique* »⁵⁸. À ce titre, le droit international ajoute même que le lien de nationalité doit être effectif pour que l'État puisse prétendre exercer la protection diplomatique à l'endroit de son national⁵⁹. Selon la CIJ, une telle demande de protection ne saurait prospérer que de la part de l'État pouvant faire la preuve non seulement de la nationalité de l'individu, mais encore de ce que cette nationalité correspond bien à une réalité de fait⁶⁰.

Par ailleurs, il faut relever que cette première condition du lien de nationalité n'est pas aussi simple qu'elle le paraît quand il s'agit d'identifier la nationalité de la seconde catégorie de personnes, c'est-à-dire, les personnes morales. En effet, c'est lorsqu'il est question d'établir la nationalité de ces dernières que l'on se rend compte de l'importance et l'impact de la nationalité dans l'exercice de la protection diplomatique. Il pourrait même être soutenu dans un cadre plus général que, l'essentiel des problématiques que suscite le droit international des investissements se trouve centré au niveau du statut des personnes morales en la matière ; en l'occurrence les entreprises multinationales, que l'on désigne également sous l'appellation de multinationales, d'entreprises étrangères, sociétés multinationales, et même, investisseurs étrangers, voire, investisseurs tout simplement.

Sans entrer profondément dans les critères de détermination des nationalités des personnes morales, critères qui seront largement développés dans la deuxième partie et plus précisément lorsqu'il s'agira d'aborder l'identification de l'investisseur, il faut retenir

⁵⁷ Il faut ici apporter une petite précision. Selon un auteur, en effet, « *L'épuisement des instances internes n'est pourtant pas nécessaire si l'atteinte à la propriété est l'effet direct d'une loi, c'est-à-dire quand la loi est auto exécutoire ; en général, en effet, l'autorité judiciaire ou administrative ne peut trancher le litige que conformément à la loi* » v. Rudolph. L. BINDSCHIEDLER, « La protection diplomatique », *R.C.A.D.I.*, 1956, Vol. 90, pp. 228-229.

⁵⁸ CPJI, *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, arrêt du 28 février 1939, Série A/B n°76, p. 16.

⁵⁹ A. DE NANTEUIL, « Droit international de l'investissement », 2 éd., *op.cit.*, p. 17.

⁶⁰ CIJ, *Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, arrêt du 6 avril 1955, Rec. P. 4, spéc. p. 22), cité par A. DE NANTEUIL, « Droit international de l'investissement », 2 éd., *op.cit.*, p. 17.

simplement que les sociétés multinationales peuvent détenir plusieurs nationalités, en fonction des critères que choisissent les droits nationaux des États. En d'autres termes, un même investissement peut impliquer un groupe de personnes morales distinctes dont l'établissement de la nationalité sera alors compliqué d'un degré supplémentaire⁶¹. Certains États se réfèrent au critère d'incorporation, d'autres au critère du siège social effectif, d'autres encore celui du contrôle. En tout cas, en ce qui concerne la protection diplomatique *stricto sensu*, la CIJ a rendu ces dernières années trois arrêts⁶² majeurs qu'il faut relever. Mais c'est surtout sur le plus récent qu'il conviendrait de s'appesantir, car apportant une précision de taille dans l'identification de la nationalité des personnes morales pour l'exercice de la protection diplomatique. Il s'agit de l'arrêt *Ahmadou Sadio Diallo* (République de Guinée c. République démocratique du Congo) du 30 novembre 2010⁶³. Dans cette affaire, la République de Guinée n'a jamais contesté que les sociétés créées par son ressortissant *Diallo*, étaient des sociétés congolaises. Ainsi, après avoir confirmé, à son tour, que les sociétés en question étaient de nationalité congolaise⁶⁴, et ce en se fondant sur le critère du lieu de constitution, la Cour déclara que : le droit international ne saurait reconnaître un droit à l'exercice de la protection diplomatique au profit de l'État de nationalité du ou des actionnaires d'une société possédant la nationalité de l'État dont la responsabilité est recherchée. En l'occurrence, la Guinée n'était pas apte à prendre *fait et cause* pour endosser les réclamations de son ressortissant *Diallo* - actionnaire, ou dirigeant des sociétés de nationalité congolaise - par le biais du mécanisme de la protection diplomatique.

En posant un tel principe, la CIJ semble écarter le critère du contrôle dans la détermination de la nationalité des personnes morales, et opter pour celui de l'incorporation. Sur ce point, un auteur a martelé que la Guinée aurait peut-être pu tenter de défendre l'idée selon laquelle, en raison du contrôle exercé par *Ahmadou Sadio Diallo* de nationalité guinéenne sur ces sociétés, ces dernières devraient être considérées comme des sociétés guinéennes et non

⁶¹ V. PIRONON, « L'arbitrage des différends entre une *joint venture* et l'État d'accueil de l'investissement: à la recherche de la nationalité de l'investisseur », *Revue d'arbitrage*, 2010, pp. 235-252.

⁶² Il s'agit des affaires CIJ, *LaGrand* (Allemagne c. États-Unis, arrêt du 27 juin 2001, Rec. P. 446 ; CIJ, *Avena et autres ressortissants mexicains* (Mexique c. États-Unis, arrêt du 31 mars 2004, Rec. P. 12) et enfin CIJ, *Ahmadou Sadio Diallo* (République démocratique du Congo, arrêt sur les exceptions préliminaires du 24 mai 2007, rec. p. 582, arrêt du 30 novembre 2010, Rec. p. 639, arrêt sur l'indemnisation du 19 juin 2012, Rec. p. 324).

⁶³ CIJ, arrêt *Ahmadou Sadio Diallo* précité du 24 mai 2007 sur les exceptions préliminaires et 30 novembre 2010 sur le fond.

⁶⁴ Selon la Cour : « *L'attribution d'une personnalité morale indépendante entraîne la reconnaissance à son profit de droits sur son patrimoine propre qu'elle est seule à même de protéger. En conséquence, seul l'État national peut exercer la protection diplomatique de la société lorsque ses droits sont atteints du fait d'un acte illicite d'un autre État. Afin de déterminer si une société possède une personnalité juridique indépendante et distincte, le droit international renvoie aux règles du droit interne [en l'espèce, le droit congolais] en la matière* », arrêt CIJ *Ahmadou Sadio Diallo* précité, § 61.

congolaises⁶⁵. L'attachement de la CIJ au critère de la constitution de la société au détriment de celui du contrôle ne constitue guère une nouveauté. Il a été posé, bien avant cette décision ; plus précisément dans l'affaire *Barcelona Traction* (Belgique c. Espagne) du 5 février 1970⁶⁶. C'est ici le lieu de souligner que ce n'est pas seulement la CIJ qui s'attache à l'existence réelle d'un lien effectif entre l'État et l'investisseur qui réclame protection. En effet, l'un des instruments phares et porteurs de la tendance *révolutionnaire* du droit des investissements, le traité UE/Canada, plus connu sous le nom *Comprehensive Economic and Trade Agreement* (CETA), corrobore cette position de la Cour, en ce qui concerne l'exigence d'un lien effectif de nationalité des personnes morales. Dans ce traité, en effet, il est prévu que la nationalité des personnes morales n'est plus placée sous la seule dépendance de critères formels, mais requiert un rattachement significatif de l'État dont l'investisseur sollicite la protection⁶⁷. En termes plus clairs, une société, personne morale, ne se verra reconnaître la nationalité d'un État que si elle y exerce une activité réelle⁶⁸.

Au demeurant, vu ces quelques observations formulées à l'endroit du mécanisme de la protection diplomatique, il est essentiel de se demander maintenant s'il est adapté en droit des investissements internationaux. Ce mécanisme de la protection diplomatique peut-t-il réellement répondre aux attentes des investisseurs étrangers victimes des agissements de leurs États d'accueil ?

Si la majorité de la doctrine, pour ne pas dire la totalité, s'accorde à reconnaître que le mécanisme de la protection diplomatique semble être en déclin⁶⁹, un tel propos pourrait bien constituer un début de réponse à ces questions. Rien du fait que l'enclenchement d'une demande

⁶⁵ M. FORTEAU, « Nationalité des investisseurs personnes physiques et nationalité des investisseurs personnes morales, actionnaires (minoritaires) », in *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, *op.cit.*, pp. 161-199, p. 185.

⁶⁶ Dans cette affaire, CIJ, *Barcelona Traction* (Belgique c. Espagne) arrêt du 5 février 1970, la Cour déclare en premier lieu que : « ...la règle traditionnelle attribue le droit d'exercer la protection diplomatique d'une société à l'État sous les lois duquel elle s'est constituée et sur le territoire duquel elle a son siège », ensuite, elle ajoute : « sur le plan particulier de la protection diplomatique des personnes morales, aucun critère absolu applicable au lien effectif n'a été accepté de manière générale », affaire *Barcelona Traction* précité, § 70.

⁶⁷ Voir en ce sens European Commission, « Investment Provisions in the EU-Canada Free Trade Agreement », 2013, p. 2, disponible sur http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/november/tradoc_151918.pdf

⁶⁸ Voir par exemple l'article X.3 du CETA qui dispose : « *investor means a Party, a natural person or an enterprise of a Party, other than a branch or a representative office, that seeks to make, is making or has made an investment in the territory of the Party. For the purposes of this definition an enterprise of a Party is : a) an enterprise that is constituted or organised under the laws of that Party and has substantial business activities in the territory of the Party ; or b) an enterprise that is constituted or organised under the laws of that Party and is directly or indirectly owned or controlled by a natural person of that Party or by an enterprise mentioned under...* », cité par E. GAILLARD, « Conclusion: L'avenir des traités de protection des investissements », in *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, *op.cit.*, note 42, p. 1035-1036.

⁶⁹ A. DE NANTEUIL, « Droit international de l'investissement », 2 éd., *op.cit.*, p. 15.

en protection diplomatique relève du pouvoir discrétionnaire et exclusif de l'État d'origine de l'investisseur, suffit pour constater les faiblesses de ce mécanisme dans le champ protecteur et contemporain du droit des investissements. L'on pourrait même être tenté de dire que ce droit, cette liberté de l'État d'agir ou non pour la protection de son ressortissant, constitue la condition la plus fondamentale, pour ne pas dire l'unique, parmi les autres conditions déjà examinées⁷⁰. Appliqué dans le droit contemporain de l'investissement, le mécanisme de la protection diplomatique peut mettre l'investisseur étranger, victime des agissements de son État d'accueil, dans une situation d'incertitude, voire, d'inconfort. En ce sens que, l'engagement de la responsabilité de l'État auteur du dommage, dépendra, exclusivement, du bon vouloir de son État national qui détient la clé de la procédure. C'est dans ce cadre qu'un auteur ait pu assimiler le mécanisme de protection diplomatique « *d'aléatoire* »⁷¹. Au vu de ces observations, il ne fait aucun doute que le mécanisme de la protection diplomatique demeure, en tout cas, moins efficace que les nouveaux modes d'engagement de la responsabilité de l'État dans la procédure contentieuse relative aux investissements. Le professeur Charles Leben, en parlant de l'évolution des contrats d'investissement, considérait que cette « *évolution aurait été lente et hasardeuse s'ils n'avaient pu compter que sur la protection diplomatique de leurs États nationaux* »⁷². Toutefois, il ne faut pas, non plus, rendre totalement néant la place de ce traditionnel mécanisme de protection des étrangers, en droit des investissements.

Bien au contraire, la protection diplomatique pourrait servir de relais au CIRDI à la poursuite d'un État refusant d'exécuter une sentence arbitrale rendue en son encontre. Dans un tel cas de figure, la résistance d'un État à se conformer à une décision arbitrale pourrait conduire à une transformation du contentieux investisseur/État à un contentieux interétatique devant la CIJ. Ce nouveau contentieux, devant le prétoire cette haute Cour de justice, pourrait comporter des conséquences qui n'étaient pas estimées au départ⁷³. À titre d'exemple, lorsque l'Argentine avait refusé d'exécuter les sentences arbitrales rendues dans les affaires *CMS Gas* et *Azurix* en faveur d'investisseurs américains, les États-Unis avaient, à leur tour, suspendu les aides à

⁷⁰ En vérité, les deux conditions déjà étudiées, à savoir l'effectivité du lien de nationalité et l'exigence d'épuisement des voies de recours internes, ne sauraient être, bien évidemment, examinées par le juge si l'État de nationalité de l'individu n'accepte volontiers d'enclencher le mécanisme en question.

⁷¹ C. CREPET DAIGREMONT, « Les sources du droit international des investissements », in *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, *op.cit.*, pp. 83-117, p. 103.

⁷² Ch. LEBEN, « Droit international des investissements: un survol historique », in *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, *op.cit.*, pp. 1-79, p. 38.

⁷³ Pour de larges développements sur les conséquences pouvant découler de la transformation du contentieux investisseur/État à un contentieux interétatique par le biais de la protection diplomatique, v. L. ACHTOUK-SPIVAK, « Reconnaissance et exécution des sentences arbitrales en matière d'investissement », in *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, *op.cit.*, pp. 1020-1022.

destination de l'Argentine par rapport au Système généralisé de préférences⁷⁴. Il pourrait même être suggéré qu'à chaque fois qu'un État n'exécute pas une décision arbitrale, le tribunal transmet directement une double notification aussi bien à l'État d'origine de l'investisseur qu'à la CIJ, afin qu'ils puissent, éventuellement, se lier par un nouveau contentieux. Ce serait, une sorte de pression - aussi légère soit-elle - que le tribunal exercera sur l'État dont l'investisseur victime est ressortissant, dans le but de l'inciter à prolonger la poursuite de l'État récalcitrant. À ce stade de l'analyse, il pourrait être soutenu que le mécanisme de la protection diplomatique constitue, au final, un renforcement de la protection des investisseurs étrangers.

Voilà pourquoi affirmer que la protection diplomatique n'est pas un mode de règlement des litiges adapté à la matière des investissements peut bien, mériter d'être ajusté. Quand bien même, la mise en œuvre du mécanisme dépendra toujours et exclusivement du bon vouloir de l'État d'origine de l'investisseur. C'est pourquoi, pour notre part, il est possible - sous le contrôle de la doctrine - de considérer le mécanisme traditionnel de la protection diplomatique comme *une épine dorsale* en droit des investissements.

Mais, une vérité demeure, le droit coutumier de la protection diplomatique est moins efficace que les nouveaux instruments de traitement et de protection des investissements.

Paragraphe 2 : Les nouveaux modes de protection des investissements étrangers

Si l'on parle aujourd'hui de droit contemporain de l'investissement, c'est grâce à la survenance de nouveaux mécanismes de protection des opérations économiques étrangères, avec la révolution qu'ils ont apportée en la matière. Ce sont justement ces instruments révolutionnaires qu'il faudrait, dès lors, examiner pour voir en quoi sont-ils plus efficaces que la protection diplomatique dans la protection des investissements étrangers. Ces mécanismes actuels de protection des investissements peuvent se diviser en deux catégories : ce sont, d'une part, les systèmes de garantie des investissements en forme d'assurance, proposés soit par les États d'origine des investisseurs, soit par des sociétés d'assurance privées. Ils peuvent aussi être

⁷⁴ Décision du Président des États-Unis d'Amérique n°9788 du 26 mars 2012 : « 1. *Section 502(b)(2)E of the Trade Act of 1974 [...] provides that the President shall not designate any country a beneficiary developing country under the Generalized System of Preferences (GSP) If such country fails to act in good faith in recognizing as binding or in enforcing arbitral awards in favor of United States citizens or a corporation, partnership, or association that is 50 percent or more beneficially owned by United States citizens, which have been made by arbitrators appointed for each case or by permanent arbitral bodies to which the parties involved have submitted their dispute* », disponible sur :

http://www.usite.gov/tarif_affairs/hts_documents/Proc8788_Remove_Argentina_%20from_GSP.pdf. v. aussi L. ACHTOUK-SPIVAK, « Reconnaissance et exécution des sentences arbitrales en matière d'investissement », in *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational, op.cit.*, p. 1021.

prévus par un traité multilatéral. D'autre part, ces nouveaux mécanismes de protection des investissements sont aussi constitués de TBI - signés entre l'État d'origine et l'État d'accueil de l'investisseur -, ou de TMI signés par un certain nombre d'États.

En ce qui concerne la première catégorie, on l'a dit, la garantie peut constituer en une assurance de l'État d'origine de l'investisseur. Il en est ainsi de la Compagnie Française d'Assurance spécialisée dans l'Assurance-Crédit à l'Exportation (COFACE), créée en 1946, comme agence étatique dont l'un de ses objectifs est de favoriser les investissements français à l'étranger en les protégeant contre les risques politiques de leurs États hôtes⁷⁵. La garantie peut, en outre, être proposée par des sociétés d'assurance spécialisées⁷⁶. Et, enfin le système de garantie peut résulter d'une institution internationale, telle la MIGA (*Multilateral Investment Guarantee Agency*), créée en 1988 sous l'égide de la Banque mondiale. Toutefois, la rigidité des conditions d'éligibilité de ces différents mécanismes - qu'il soit une police d'assurance d'un pays, d'une société privée spécialisée, ou d'un organisme international -, fait que ce système d'assurance ne réponde pas facilement aux attentes des investisseurs ; d'où leurs limites.

Pour ce qui est de la seconde catégorie, en revanche, c'est-à-dire les traités bilatéraux et multilatéraux d'investissements, leur système de protection est réputé beaucoup plus efficace. Non seulement, les conditions de protection des investissements posées par ces traités sont moins rigides que celles contenues dans les mécanismes de garantie et d'assurance, mais encore, ils disposent d'un système de règlement des différends jugé très favorable à l'investisseur. Dans ce système, en effet, c'est exclusivement une requête introduite par l'investisseur devant un tribunal arbitral qui enclenche le contentieux : l'État d'accueil n'est, en aucun cas, maître de la procédure. Pour toutes ces raisons, il peut être permis de considérer que l'investisseur dispose davantage de garantie dans un TBI ou TMI, que dans une souscription à un mécanisme d'assurance. D'ailleurs, il ressort par exemple des informations fournies par la COFACE au sujet de l'assurance des investissements à l'étranger qu'en principe, l'une des conditions pour pouvoir souscrire à la police d'assurance est qu'il y ait un accord bilatéral de protection des investissements entre la France et le pays d'accueil de l'investissement⁷⁷. La

⁷⁵ Il faut ici préciser que depuis le 1^{er} janvier 2017, l'activité de gestion des garanties publiques de la COFACE a été transférée à Bpifrance Assurance Export. Toutefois, les modalités de garanties restent inchangées.

⁷⁶ Pour plus de développements en ce qui concerne les systèmes de garantie et d'assurance en droit des investissements, v. G. LEPAGE, « Les mécanismes de garantie et d'assurance des investissements à l'étranger », in *Droit des investissements internationaux: perspectives croisées*, S. ROBERT-CUENDET et B. STERN (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 389-408.

⁷⁷ V. Fiche Produit assurance des investissements à l'étranger de la COFACE, accessible sur le site Internet de la COFACE : [<http://www.coface.fr/Garanties-publiques/Reussir-un-investissement-a-l-etranger/Assurance-investissement>] (consulté le 5 décembre 2014) cité par G. LEPAGE : « Les mécanismes de garantie et d'assurance

multiplication du nombre de TBI signés depuis 1990 témoigne leur efficacité et la place de choix qu'ils occupent dans la protection des investissements étrangers⁷⁸.

Cependant, les limites de la protection diplomatique étant dressées, la relative efficacité des mécanismes de garantie et d'assurance démontrée, l'accent sera essentiellement mis sur l'étude des mécanismes de protection des investissements découlant des TBI et TMI. Mais surtout les premiers, en l'occurrence les traités signés entre l'État d'origine et l'État d'accueil de l'investisseur.

Section IV : Problématique

Il est désormais admis que les traités bilatéraux et multilatéraux d'investissements constituent, par rapport au mécanisme traditionnel de la protection diplomatique, les instruments révolutionnaires du droit international des investissements. Le temps est maintenant venu de peser l'applicabilité de ces nouvelles modalités de protection des investissements dans l'espace CEDEAO. Cependant, aborder la question de cette protection juridique des investissements étrangers dans cet espace suscite d'autres interrogations à l'intérieur des États membres en même temps qu'elle pose des défis juridiques importants. Au nombre de ceux-ci, il y a la question de la portée des TBI dans les États membres, celle de l'attractivité des investissements dans cet espace communautaire, celle de la marge de manœuvre réglementaire de ces États, celle de la responsabilité des entreprises multinationales dans leurs activités d'investissement, celle des procédures de règlement de règlement des différends, et enfin celle de la partition de l'organisation communautaire dans la protection, voire dans la réglementation des investissements internationaux.

Répondre à cette série de question oblige, tout d'abord, d'identifier la nature des règles que l'organisation d'intégration régionale secrète afin de voir si celles-ci sont susceptibles d'apporter une protection des biens des opérateurs économiques étrangers (**Paragraphe 1**). Mais, puisque le droit communautaire et le droit international des investissements n'avaient pas

des investissements à l'étranger », in Droit des investissements internationaux : perspectives croisées, *op.cit.*, p. 400.

⁷⁸ D'après la Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement (CNUCED), le nombre d'accords d'investissements signés est passé de 385 en 1989 à 2.265 en 2003, disponible sur le site Internet de la CNUCED, [http://www.unctadxi.org/templates/Page_1007.aspx]. Selon la même entité, les flux d'investissement étranger direct annuel sont passés de 198 milliards de dollars en 1989 à plus de 1.450 milliards de dollars en 2013, ayant atteint un record maximal de plus de 2000 milliards en 2007, disponible sur le site de la CNUCED [<http://unctadstat.unctad.org/wds/TableViewer/tableView.aspx?ReportId=88>].

à l'origine la même vocation, il sera ensuite question de voir si le premier pourrait efficacement assurer une protection des investisseurs au même titre que le second. En d'autres termes, il sera examiné si les règles communautaires de la CEDEAO ne rencontrent pas des limites dans la protection des investisseurs ressortissants d'États tiers (**Paragraphe 2**). Et enfin, si tel est le cas, il semblerait indispensable de faire appel aux principes du droit international général pour une protection subsidiaire, voire complémentaire des investisseurs dans l'espace concerné (**Paragraphe 3**).

Paragraphe 1 : Les règles propres du droit communautaire de la CEDEAO dans la protection des investissements étrangers

Il sera ainsi démontré que, même s'il ne constitue pas son objectif originel, La CEDEAO peut, par le biais de ses instruments de réalisation de l'intégration régionale, être amenée à faire bénéficier aux opérateurs économiques d'États tiers à l'organisation une protection de leurs biens. Ces instruments, en question, peuvent être scindés en deux catégories, et qui sont les suivants : les instruments internes et les instruments externes. Pour ce qui est des instruments internes, il s'agit des règles qui sont inhérentes à la Communauté régionale, car secrétées par elle-même. Ce sont, en l'occurrence, les règles d'édification du marché commun, que l'on appelle les libertés originelles du marché commun, dont deux attireront l'attention car ayant des liens avec l'investissement : il s'agit de la liberté d'établissement et la liberté de circulation des capitaux. Selon Patrick Juillard, « *la liberté d'établissement renvoie à la possibilité pour les nationaux d'un pays de mettre en place une présence permanente sur le territoire d'un autre pays aux fins de poursuivre une activité économique autre qu'une activité de type salarié* »⁷⁹. La liberté d'établissement et la liberté d'investissement entretiennent des liens étroits en ce sens que le premier conditionnant l'existence même du second : ce n'est qu'à la condition d'avoir pu s'établir sur le territoire d'un État donné qu'un opérateur pourra mener son activité d'investissement. La liberté de circulation des capitaux, définie à son tour comme « *le droit pour les résidents d'un pays de transférer tous montants de devises vers un autre pays aux fins de financer des opérations de capitaux, c'est-à-dire des opérations autres que des transactions courantes* »⁸⁰, entretient, au même titre que la liberté d'établissement, des liens proches, voire « évidents » avec l'investissement. Selon un auteur, en effet, « *c'est bien le capital qui, en tant*

⁷⁹ P. JUILLARD, « *Freedom of establishment, freedom of capital movements, and freedom of investment* », *ICSID*, 2000, vol. 15, n° 2, p. 326, cité par A. GILLES-YEUM, « La liberté d'investissement », in *Droit des investissements internationaux: perspectives croisées*, Sabrina ROBERT-CUENDET et Brigitte. STERN (dir.), Bruylant, 2017, p. 51.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 55.

qu'il finance l'investissement et en constitue le fruit, conditionne son existence »⁸¹. À ces deux libertés contribuant à une protection indirecte des investissements étrangers, s'y ajoute une bonne politique communautaire de la concurrence.

À côté de ces instruments internes, provenant exclusivement des règles d'édification du marché commun, il existe des instruments externes de la CEDEAO qui lient, internationalement, l'institution communautaire et ayant également pour effet d'apporter protection et sécurité aux biens des opérateurs économiques étrangers. Il peut s'agir d'instruments relatifs à la protection des droits de l'Homme⁸², ce qui permet d'étendre cette protection, aux investissements étrangers qui sont considérés comme des droits de l'Homme. Ces instruments externes peuvent, par ailleurs, résulter des relations de coopération que la CEDEAO conclut avec d'autres institutions et qui peuvent comporter des dispositions ayant pour objet, soit de mener des politiques sécuritaires dans un espace donné, soit de faire la promotion d'un certain nombre de valeurs comme la démocratie, la bonne gouvernance. Il peut même s'agir de coopération économique *stricto sensu*. Parmi ces institutions, il y a par exemple l'ONU, l'UA, l'UE, et même les autres communautés économiques régionales comme l'UEMOA. Il en résulte dès lors que ces instruments externes comme internes de la Communauté peuvent indirectement contribuer à une protection des investissements étrangers dans l'espace concerné.

Cependant, à l'analyse, il sera rendu compte que cette protection découlant des instruments de réalisation d'intégration régionale demeure modeste, voire, limitée.

Paragraphe 2 : Les limites de la protection communautaire des investissements étrangers

Il a été établi que les règles communautaires de la CEDEAO peuvent, indirectement, apporter une certaine sécurisation des biens des opérateurs économiques étrangers. Mais, il n'en demeure pas moins que cette protection découlant de ces instruments du droit régional souffre d'un certain nombre de limites qu'il convient de mettre en exergue. Celles-ci peuvent être réparties en deux catégories : il y'a d'une part, des limites découlant de la nature du droit

⁸¹ A. GILLES-YEUM, « La liberté d'investissement », in *Droit des investissements internationaux: perspectives croisées, op.cit.*, p. 55.

⁸² On peut citer à ce titre la Charte Internationale des Droits de l'Homme de l'ONU, la DUDH, composée de 30 articles, dont un Préambule divisé en huit points. Du fait de son caractère non obligatoire, cette Charte a été complétée par les Nations Unies par deux instruments contraignants. Il s'agit d'abord du Pacte International relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) adopté par l'Assemblée Générale des Nations Unies et entré en vigueur le 23 mars 1976, il s'agit ensuite du Pacte International relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC), entré en vigueur le 3 janvier 1976.

communautaire (A) et d'autre part des limites liées au défaut du système de représentation internationale de la CEDEAO (B).

A : Les limites découlant de la nature du droit communautaire

Les premières catégories de limites sont inhérentes aux objectifs différents poursuivis par ces deux disciplines que sont le droit communautaire et le droit international des investissements. Le premier est animé par une logique d'harmonisation et de libéralisation et surtout d'intégration au sein d'un espace, et ayant essentiellement pour objectif le développement économique des États membres. Tandis que le second poursuit un objectif de promotion, mais surtout de protection des investissements réalisés sur les territoires d'États hôtes. En ce qui concerne les secondes catégories de limites, elles sont plus profondes. Elles sont dues, d'une part, à la faiblesse du droit d'intégration régionale de la CEDEAO, et d'autre part, à la spécificité des règles conventionnelles du droit des investissements. En effet, outre la faible pénétration du droit communautaire dans les droits nationaux des États membres, certaines dispositions substantielles du droit international des investissements sont absentes dans le dispositif normatif du droit communautaire. Il en est ainsi par exemple du standard du traitement juste et équitable et de la clause relative à l'expropriation. Or la violation de cette clause constitue la plainte la plus récurrente brandie par l'investisseur devant le CIRDI.

Par ailleurs, une autre faille de la CEDEAO dans la protection des investissements étrangers porte sur son système de représentation internationale de la Communauté.

B : Les limites liées au défaut du système de représentation internationale de la CEDEAO

Comme toute organisation internationale, la CEDEAO entretient des relations extérieures avec d'autres entités tierces, qu'il s'agisse d'États, d'institutions internationales ou même d'organisations internationales. Pour ce faire, un système de communication doit logiquement être mis en place : la communauté en dispose naturellement, il s'agit de son système de représentation internationale. Cependant, l'exercice des relations extérieures de la CEDEAO révèle que son dispositif de représentation internationale est défaillant. D'une manière plus précise, s'il est question de nouer des relations bilatérales ou multilatérales, l'intervention des organes de l'institution régionale exerçant une telle compétence dans la pratique, laisse apparaître une certaine incohérence. Incohérence qui pourrait constituer une limite, voire, une

faillie dans une éventuelle attribution à la CEDEAO d'une compétence en matière d'investissements internationaux.

En effet, lorsqu'il s'agit de conclure des traités internationaux engageant la Communauté, le Parlement – représentant la légitimité démocratique – et la Cour de justice – incarnant le souci du respect du droit – sont complètement relégués au second plan. Ainsi, dans un Protocole additionnel de 2006, il y est clairement mentionné que « *la saisine du Parlement n'est pas obligatoire pour les accords internationaux affectant les institutions, les finances de la Communauté ou ayant des implications contentieuses* »⁸³. En ce qui concerne la Cour de justice de la Communauté, il faut noter qu'il n'existe pas disposition portant précisément sur les relations extérieures de la CEDEAO et assignant à cet organe judiciaire une fonction de contrôle préalable des engagements internationaux⁸⁴. À ce niveau, il faut convenir que cette mise à l'écart du Parlement et de la Cour de justice dans la procédure décisive de conclusion d'accords liant internationalement l'organisation régionale doit être regrettée. Le professeur Alioune Sall n'a pas manqué de le soulever en ces termes : « *...l'escamotage du Parlement et de la Cour de justice constitue une carence du système de représentation internationale de la CEDEAO* »⁸⁵. Il sera plus encore regrettable lorsqu'il serait question pour la CEDEAO de s'attribuer une compétence en matière d'investissements internationaux.

Dès lors, au constat de ces faiblesses soulevées dans le cadre de la protection communautaire des investissements étrangers dans la CEDEAO, il importe de recourir, voire, de trouver d'autres mécanismes plus efficaces dans la sécurisation des biens des opérateurs économiques dans cet espace ouest-africain. En bref, si les instruments de l'ordre juridique communautaire de la CEDEAO sont limités, faudrait-il alors faire appel aux instruments d'autres ordres juridiques qui lui sont supérieurs. Rappelons, ici, que le droit international des investissements entretient des liens de subordination avec le droit international général. En

⁸³ Protocole additionnel *A/SP.3/06/06* de 2006 portant amendement du Protocole *A/P2/8/94* de 1994 relatif au Parlement de la CEDEAO.

⁸⁴ À ce niveau, il faut préciser que l'une des dispositions faisant allusion d'une intervention préalable des organes juridiques de la CEDEAO dans l'élaboration des actes liant l'organisation internationale est l'article 15 du règlement intérieur de la Commission. Son paragraphe 3 dispose : « *la consultation de la direction des affaires juridiques est obligatoire sur tous les projets d'actes juridiques pouvant avoir une incidence juridique ou judiciaire* ».

⁸⁵ A. SALL, « Les relations extérieures de la CEDEAO », *L'Harmattan*, 2016, pp. 51-91, p.80. Dans cette partie en effet, le Professeur Sall, membre de la Cour de justice de la CEDEAO, déplore le système de représentation internationale de la CEDEAO. Le juge communautaire considère que le Parlement et la Cour de justice de la Communauté ont été tenus à l'écart de la conduite des relations extérieures de la CEDEAO : c'est pourquoi il parle d'*escamotage du Parlement et de la Cour de justice*, dans l'ordre des organes censés exercer la compétence internationale de l'institution communautaire, ouvrage *précité*, pp. 52-80.

effet, l'essentiel des règles du droit des investissements trouvent leurs sources dans les principes du droit international, si bien qu'il est considéré comme une sous-branche de celui-ci. Il s'ensuit donc, que le droit international général pourrait apporter une protection complémentaire des investissements étrangers dans l'espace CEDEAO.

Paragraphe 3 : La protection complémentaire des investissements étrangers dans l'espace CEDEAO par les règles du droit international général

Le droit international des investissements, en lui-même, comporte justement un mécanisme ayant principalement pour objet de protéger l'investisseur : il s'agit de son système de règlement des différends qui n'est rien d'autre que l'arbitrage international, appelé également l'arbitrage transnational. Même si plusieurs institutions internationales⁸⁶ connaissent du contentieux arbitral en matière d'investissement, ce travail visera exclusivement l'arbitrage CIRDI. Car, ce dernier demeure le plus dynamique parce que le plus spécialisé en matière de différends relatifs aux investissements⁸⁷. Ainsi, contrairement aux instruments de réalisation de l'intégration régionale qui n'ont pas, à l'origine, vocation à réglementer l'investissement étranger, les règles applicables à l'arbitrage CIRDI ont exclusivement pour objet de régir l'investissement, donc le protéger. D'ailleurs, l'essentiel des critiques qui ont été adressées à ce mécanisme arbitral de règlement des différends en matière d'investissement porte sur le degré de protection qu'il accorde à l'investisseur étranger. En effet, ce mécanisme a été considéré par certains comme *surprotecteur*⁸⁸, là, où d'autres vont plus loin en se demandant *si le système actuel n'est pas déséquilibré en faveur de l'investisseur privé étranger et au détriment de l'État d'accueil*⁸⁹. Tout pourrait être reproché à l'arbitrage du mécanisme CIRDI, sauf un manque de protection efficace des investisseurs. En outre, les États membres de l'organisation ouest-africaine de la CEDEAO se doivent de respecter les règles de l'arbitrage CIRDI, car découlant,

⁸⁶ Parmi les institutions qui, à côté du CIRDI, connaissent le contentieux de l'investissement international, l'on peut citer la Cour Permanente d'Arbitrage (CPA), l'Institut d'arbitrage de la Chambre de Commerce de Stockholm (SCC), la Cour d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale (CCI), il y a également l'Organe de Règlement des Différends (ORD) de l'OMC.

⁸⁷ Bien qu'il existe d'autres institutions qui connaissent du contentieux en matière d'investissements, le CIRDI demeure l'institution qui reçoit le plus d'affaires. Par exemple, au 31 décembre 2017, le Centre a enregistré 650 affaires sous la Convention CIRDI et le Mécanisme supplémentaire. Voir sur ce point les statistiques des Affaires du CIRDI consultable sur : <https://icsid.worldbank.org>.

⁸⁸ S. ROBERT-CUENDET, « Spécificité et privilèges dans le droit international de la protection des investisseurs étrangers », in *Droit des investissements internationaux: perspectives croisées, op.cit.*, pp. 247-294, p. 263.

⁸⁹ Ch. LEBEN, « Table ronde: le système actuel est-il déséquilibré en faveur de l'investisseur privé étranger et au détriment de l'État d'accueil? », in *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, Ch. LEBEN (dir.), L.G.D.J., 2006, pp. 185-202.

pour l'essentiel, de celles du droit international ; ordre juridique international qui prime sur leurs droits internes.

Toutefois, cette primauté du droit international sur le droit interne des États membres ne fait nullement obstacle à ce que la CEDEAO dispose de sa propre réglementation en matière d'investissements étrangers. L'attribution à l'Union européenne d'une compétence expresse et exclusive en matière d'investissements directs étrangers dans le cadre de sa politique commerciale commune par le traité de Lisbonne⁹⁰, en constitue une parfaite illustration. L'implication de la communauté européenne (UE) dans la tournure, voire dans la révolution ou mieux, dans l'évolution du droit des investissements a atteint un degré tel que certains ont pu parler d'une « *remise en cause du droit international par le droit de l'Union européenne* »⁹¹. Mieux encore, dans le cadre de deux traités transatlantiques auxquels elle est partie, l'Union européenne et les deux autres continents parties (Canada et États-Unis) ont entrepris beaucoup de réformes impactant sur la protection conventionnelle des investissements, réformes qui seront largement étudiées. Mais, la plus retentissante d'entre elles demeure la mise en place d'une Cour permanente d'arbitrage baptisée *Investment Court System* (ICS), rompant ainsi avec le traditionnel mode de règlement des différends qui prévalait jusque-là dans le CIRDI. C'est pourquoi, dans ce travail, il sera constamment évoqué cette politique révolutionnaire de l'UE en droit des investissements afin qu'elle puisse servir d'éclairage dans toute entreprise de la CEDEAO, en ce sens. Cependant, il ne s'agira, au demeurant, pas pour la CEDEAO de se lancer dans une imitation aveugle de l'UE dans sa nouvelle politique en matière d'investissement ; et ce pour, au moins, deux raisons : Premièrement, l'allure que prend le droit européen de l'investissement, surtout en ce qui concerne la réforme portant sur le système de règlement de différends, ne fait pas l'unanimité au sein même de la doctrine européenne⁹², pour qu'elle soit un modèle prêt au mimétisme juridique. Secondement, outre la différence due à leur nature⁹³,

⁹⁰ Voir articles 206 et 207 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE).

⁹¹ C. CREPET DAIGREMONT, « Les interactions normatives dans le domaine des investissements: la remise en cause du droit international par le droit de l'Union européenne », in *Les interactions normatives: droit de l'Union européenne et droit international*, Laurence BURGORGUE-LARSEN Edouard DUBOUT, Alexandre MAITROT DE LA MOTTE et Sébastien TOUZE (dir.), *Pédone*, 2012, pp.167-179.

⁹² En ce qui concerne les critiques ou les limites adressées au projet d'instauration d'une Cour permanente d'arbitrage *Investment Court System* que l'UE entreprenne aussi bien avec les États-Unis et le Canada, pour le Vietnam depuis 2015, v. A. DE NANTEUIL, « Les mécanismes permanents de règlement des différends, une alternative crédible à l'arbitrage d'investissement? », *Journal du droit international (J.D.I.)*, Janvier-Février-Mars 2017, pp. 69-80.

⁹³ L'Union européenne est une organisation continentale alors que la CEDEAO constitue une organisation régionale. D'autre part, la Communauté européenne est essentiellement composée d'États développés contrairement à la CEDEAO qui regroupe des États en développement.

les deux organisations ne sont pas au même niveau d'avancement : la primauté du droit de l'UE est beaucoup plus affirmée que celle de la CEDEAO.

En somme, l'étude de ce sujet permettra de constater qu'il existe une protection communautaire des investissements étrangers dans l'espace CEDEAO. Mais, cette protection est limitée, et il importe de recourir aux règles du droit international pour la renforcer. Ce sujet montre également que l'approche entreprise par l'UE, dans le cadre des traités transatlantiques avec le Canada et le États-Unis, pourrait constituer une piste pour l'organisation régionale ouest-africaine d'affirmer sa volonté de mettre en place une politique communautaire des investissements étrangers. Toutefois, la réglementation des investissements intracommunautaires de la CEDEAO demeure un préalable incontournable. Enfin, ce sujet revêt un certain nombre d'intérêts qu'il importe de soulever.

Section V : Les intérêts de l'étude

Etudier la protection des investissements étrangers dans cet espace ouest-africain revêt un certain nombre d'intérêts qu'il importe aussi de soulever. D'une part, le sujet abordera la problématique, très générale, de la place de la personne morale de droit privé dans les relations économiques internationales et plus particulièrement dans le système juridique international. Plus précisément, il s'agit de prendre part à la question de savoir si les personnes morales de droit privé doivent ou non être considérées comme sujet de droit international. Si d'aucuns ont été plus modérés pour considérer les personnes morales de droit privé comme des sujets de droit international, mais à capacité limitée⁹⁴, d'autres, en revanche, restent catégoriques en admettant que les États sont les seuls et uniques sujets du droit des gens. En droit des investissements, au-delà du débat lié à leur statut juridique, la problématique qui tourne autour de ces investisseurs (personnes morales) trouve sa source dans les dispositions des TBI. C'est dans le cadre de ces traités que l'on trouve toutes les polémiques centrées sur les personnes de droit privé. Ces conventions, en effet, accordent à ces investisseurs la capacité d'attirer l'État devant un tribunal arbitral international et engager sa responsabilité, ce que ce dernier ne pourrait faire à leur rencontre. C'est pourquoi certains ont pu appeler ce système de règlement des différends investisseurs-États, d'*arbitrage transnational unilatéral*, pour ne pas dire que c'est un mécanisme de résolution de litiges qui n'instaure pas l'égalité des parties au niveau procédural.

⁹⁴ Ch. LEBEN, « Quelques réflexions théoriques à propos des contrats d'État », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle: à propos des 30 ans de recherche du CREDIMI*, P. KAHN (dir.), Litec-CREDIMI, 2000, pp. 119-175, p. 131.

À ce stade, tout semble donc indiquer que la théorie générale qui sous-tend le droit international des investissements porte sur la place de l'investisseur, personne morale de droit privé, dans le système juridique international. Un tel sujet, aura, en plus, pour intérêt théorique de faire ressurgir les interactions qui peuvent exister entre le droit international des investissements et certaines branches du droit : qu'il s'agisse des droits de l'Homme⁹⁵, du droit de l'environnement⁹⁶, du droit communautaire. Mais, ce sujet permettra surtout de faire intrusion dans le droit communautaire africain, d'une manière très générale, et celui de la CEDEAO en particulier. Ainsi, étudier le sort des opérateurs économiques étrangers dans cet espace régional reviendrait, indirectement et forcément, à se faire une idée sur son processus d'intégration. Car c'est, seulement, à la condition d'une intégration régionale solide ou effective que la CEDEAO pourrait s'attribuer d'une quelconque compétence en matière de réglementation d'investissements étrangers.

D'autre part, sous l'angle pratique, la question de la protection des investissements étrangers a un double impact dans la vie économique des États d'accueil. D'un côté, l'investissement est devenu, incontestablement, un acteur de développement, surtout dans les États comme ceux de la CEDEAO à tel point qu'ils mènent pratiquement tous des politiques tendant à l'attirer. Mais, d'un autre côté, ces politiques d'attraction de ces capitaux étrangers peuvent comporter un revers, voire un effet négatif lorsqu'un contentieux surgit entre l'opérateur économique étranger et son État hôte. Surtout, lorsqu'à l'issue dudit contentieux, l'État d'accueil voit sa responsabilité engagée ; et qu'il doit, dès lors, pour réparer le dommage causé, procéder à une compensation de l'investisseur victime. Il s'agit tout simplement de l'indemnisation qui comporte essentiellement des conséquences financières pour l'État en cause. Mais pas seulement, la multiplicité des litiges concernant un État donné peut ternir son image et décourager des futurs investisseurs. D'ailleurs cette problématique liée à la protection des investissements ne constitue plus seulement une préoccupation dans les territoires en développement, elle concerne aussi les pays Nord. Ferhat Horchani l'a précisé en ces termes :

⁹⁵ Pour ce qui des interactions entre investissements et droits de l'homme v. Ph. KAHN, « Investissements internationaux et droits de l'homme », in *Où va le droit de l'investissement: Désordre normatif et recherche d'équilibre*, Ferhat HORCHANI (dir.) Tunis, 2006, *Pédone*, 2006, pp. 95-106 ; v. aussi L. LIBERTI, « Investissements et droits de l'homme », in *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux/ New Aspects of International Investment Law*, Ph. KAHN et Th. WÄLDE (dir.), *Académie de droit international de Haye*, 2007, pp. 791-852.

⁹⁶ Pour les études consacrées aux interactions ou rapports entre droit des investissements et droit de l'environnement, v. à ce propos L. DELABIE, « Les investissements internationaux dans les accords environnementaux multilatéraux », in *Droit des investissements: perspectives croisées, op.cit.*, pp. 135-167 ; O. DANIC, « Droit international des investissements, droits de l'homme et droit de l'environnement », in *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational, op.cit.*, pp. 531-577.

« ...l'apparition nouvelle des litiges Nord-Nord Est d'une importance essentielle [...] pour prouver si besoin est, que certaines préoccupations, voire certains reflexes ne sont pas le seul apanage des pays en développement »⁹⁷.

Section VI : Justifications et annonce du plan

En substance de ce qui vient d'être largement développé, il est possible d'observer que la protection internationale des investissements étrangers dans l'espace CEDEAO pourrait s'analyser en deux temps : en premier lieu, les instruments de réalisation de l'intégration régionale pourraient indirectement contribuer à apporter une protection des biens des opérateurs économiques étrangers, à travers l'élargissement de certaines libertés essentielles pour la mise en place d'un marché commun au bénéfice de ces derniers. Il en est ainsi de la liberté d'établissement et de la liberté de circulation des capitaux, mais encore avec une bonne réglementation de la politique de la concurrence adaptée aux attentes des investisseurs étrangers. Dans le même temps, les politiques de promotion et de protection des investissements étrangers, respectivement développées par les États membres de l'institution communautaire ouest-africaine, doivent également être au rendez-vous. Tout en répondant aux attentes des investisseurs, ces politiques d'attraction des capitaux étrangers propres aux États membres doivent être en parfaite harmonie avec les normes de l'institution internationale de la CEDEAO.

En second lieu, à l'observation des limites qui ont été formulées dans la protection communautaire des investissements étrangers dans cet espace, limites qui sont dues, d'une part, à la logique différente qui anime le droit communautaire et le droit international des investissements, et d'autre part, à la faiblesse du processus d'intégration de la Communauté, il était incontournable de penser à des mécanismes protecteurs internationaux plus efficaces. Ces mécanismes sur lesquels il fallait compter sont portés par le droit international général, ordre juridique primant tant sur l'organisation régionale de la CEDEAO que sur l'ordre juridique de ses États membres. Il s'agit des instruments conventionnels internationaux que sont les TBI et les TMI. Mais, l'efficacité de ces instruments se trouve plus précisément dans le système de règlement des différends qu'ils comportent, en l'occurrence l'arbitrage d'investissement.

Ainsi, eu égard à l'ensemble de ces considérations, il sera démontré, dans cette étude, que les investissements étrangers peuvent bénéficier dans l'espace CEDEAO d'une protection en

⁹⁷ F. HORCHANI, « Rapport introductif », in *Où va le droit de l'investissement? Désordre normatif et recherche d'équilibre*, Actes du Colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006, F. HORCHANI, Tunis, Pédone, 2007, pp. 3-16, p.7.

deux temps : d'une part, une protection communautaire par le droit régional de la CEDEAO (**Première partie**) et, d'autre part, une protection renforcée par le concours du droit international général (**Seconde partie**).

PARTIE 1 : LA PROTECTION COMMUNAUTAIRE DES INVESTISSEMENTS ETRANGERS DANS L'ESPACE CEDEAO

De prime abord, une remarque s'impose : la CEDEAO n'a pas, en principe, pour vocation de réglementer les investissements étrangers, ou, du moins, les flux d'investissements entre États membres et États-tiers. Plus précisément, la vocation essentielle de la CEDEAO est de réaliser une union économique et monétaire. Même si l'agenda de la monnaie commune tarde à être réalisé, elle est une organisation qui tend à instituer une monnaie unique entre les États membres. Donc, elle n'a pas, en principe, vocation et compétence pour réglementer les investissements étrangers, c'est-à-dire, des investissements effectués par des ressortissants d'États-tiers dans son espace.

Cependant, toute organisation régionale, visant l'intégration économique, doit établir un ensemble de règles destinées aux acteurs de l'intégration, que sont les États d'une manière générale, et les opérateurs économiques en particulier. Ces règles, que l'on peut appeler les instruments de réalisation de l'intégration économique, comportent des droits et des obligations pour ces acteurs de l'intégration régionale. C'est, justement, par le biais de ces droits destinés aux agents économiques que les ressortissants d'États tiers de la CEDEAO peuvent être amenés à bénéficier d'une protection communautaire de leurs biens, voire, de leurs investissements.

Ainsi, il sera démontré, dans un premier temps, que les instruments de réalisation de l'intégration régionale peuvent constituer une forme de protection des investissements d'origine étrangère, c'est-à-dire, les investissements des ressortissants d'États-tiers à l'organisation **(Titre I)**. Et dans un second temps, il sera question d'analyser l'efficacité ou la pertinence de cette protection communautaire des investissements étrangers de la CEDEAO **(Titre II)**.

Titre 1 : Les instruments de la réalisation de l'intégration économique

Ces instruments de réalisation de l'intégration, assurant une protection indirecte des investissements étrangers, peuvent être scindés en deux catégories :

Il y'a, d'une part, les instruments découlant des normes de l'intégration régionale que l'on peut appeler les instruments internes à la CEDEAO (**Chapitre I**). Et, d'autre part, les instruments qui ne sont pas propres à celle-ci, qui lui sont extérieurs, que l'on peut, par ailleurs, appeler les instruments externes à la CEDEAO (**Chapitre II**).

Chapitre 1 : Les instruments internes à la CEDEAO

La CEDEAO, comme toute organisation d'intégration économique régionale, a, entres autres, pour vocation de réaliser un marché commun en son sein. La réalisation de ce marché commun, élément fondamental de l'intégration économique, nécessite la mise en place d'un ensemble de règles produites par l'organisation et visant à réglementer non seulement les rapports entre opérateurs économiques, mais aussi entre ces derniers et les États membres. La mise en œuvre de ces règles peut avoir pour effet de protéger les investissements des ressortissants même d'États tiers de la CEDEAO. On peut les appeler les règles d'édification du Marché commun (**Section I**). Au-delà de cette protection découlant des règles d'édification du Marché commun, la Communauté, composée d'États en développement fortement besoin d'investissements, développe des politiques d'incitations économiques et juridiques d'investissements étrangers, qui au final, constituent également une forme de protection des biens des investisseurs dans la sous-région (**Section II**).

Section 1 : Les règles d'édification du marché commun

Le droit joue un rôle fondamental dans le processus d'intégration régional. Il ne se limite pas à établir les liens ou la hiérarchie entre les différentes institutions de la Communauté. Il est aussi l'instrument qui permet la réalisation du marché commun, à travers les règles qu'il établit entre les opérateurs économiques, mais aussi entre les opérateurs économiques et les États membres.

Ainsi, comme règles, il faut dire que la réalisation du marché commun nécessite, avant tout, la mise en place d'un certain nombre de libertés pour les opérateurs économiques. La

garantie de ces libertés dans la CEDEAO, contribue, indirectement et d'une manière générale à la protection des investissements étrangers dans l'espace (**Paragraphe 1**).

Une fois ces libertés originelles du marché commun garanties, il reviendra encore au droit d'en réglementer l'exercice. Car, dans un marché composé d'une pluralité d'opérateurs économiques, forcément des concurrences naîtront entre ces derniers. Il faut alors procéder à la réglementation de cette concurrence pour assainir le marché. C'est ainsi que nous allons montrer qu'une bonne politique de la concurrence peut également contribuer à la protection des investissements étrangers dans la Communauté (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : La garantie des libertés originelles du marché commun de la CEDEAO ; une contribution indirecte à la protection des investissements étrangers dans l'espace

Selon Séverine Menétrey, « *Les principes de libre circulation et de non-discrimination qui sous-tendent la toile communautaire trouvent écho dans les protections du droit international des investissements* »⁹⁸. En droit communautaire, la liberté d'investir procède de deux règles d'édification du marché intérieur que sont : la liberté d'établissement (**A**) et la libre circulation des capitaux (**B**).

A : La liberté d'établissement

Ce qu'il faut d'abord rappeler c'est qu'en droit communautaire, la liberté d'établissement est originellement destinée aux ressortissants d'États membre de l'organisation d'intégration. Autrement dit, les ressortissants des autres États membres de l'organisation, c'est-à-dire, personnes physiques ou morales, peuvent, dans le cadre de la liberté d'établissement, s'établir librement et de manière permanente dans un ou plusieurs autres États membres. C'est un principe de droit communautaire ayant pour objectif la réalisation du marché commun de l'intégration économique des États, donc logiquement, il vise généralement les ressortissants des États de la Communauté.

Mais, puisqu'il est question, dans cette étude, de protection des investissements étrangers⁹⁹ dans l'espace de la CEDEAO, c'est-à-dire, des investissements de ressortissants

⁹⁸ S. MENETREY, « Droit international des investissements et droit de l'union européenne », in *Droit international des investissements et droit de l'arbitrage transnational, op.cit.*, pp. 613-638, p. 613.

⁹⁹ Cette précision est d'une importance capitale, car elle permet de faire la différence entre investissements communautaires/internationaux et investissements étrangers. En effet, les investissements réalisés par les ressortissants des États membres d'une organisation régionale au sein de l'un ou plusieurs États membres de celle-

d'États tiers à celle-ci, c'est le régime juridique de la liberté d'établissement de ceux-ci qu'il faut appréhender. Ainsi, la question qui se pose est celle de savoir est-ce qu'il y a une garantie communautaire de la liberté d'établissement des ressortissants d'États tiers à la CEDEAO ? Autrement dit, est-ce que la CEDEAO peut garantir le droit d'établissement d'un ressortissant d'État tiers sur le territoire d'un autre État membre ?

Premièrement, pour une question de compétence, la CEDEAO, en tant que telle, ne peut que garantir le droit d'établissement d'un ressortissant d'un État membre sur le territoire d'un autre État membre. Sa compétence ne s'étale pas aux ressortissants d'États non membres. En l'absence d'uniformisation des règles de constitution des sociétés, le traité ne peut définir un critère de rattachement unique en vue de la constitution d'une société dans les États membres. La compétence de la définition du critère de rattachement revient aux États membres. La Cour de Justice de la Communauté Européenne l'a rappelé dans un arrêt du 16 décembre 2008 *Cartesio* :

*« En l'absence d'une définition uniforme donnée par le droit communautaire des droits des sociétés qui peuvent bénéficier du droit d'établissement en fonction d'un critère de rattachement unique, la question de savoir si l'article 43 CE s'applique à une société invoquant la liberté fondamentale consacrée par cet article constitue une question préalable qui, dans l'état actuel du droit communautaire, ne peut trouver une réponse que dans le droit national applicable »*¹⁰⁰. C'est ainsi que le droit communautaire de la CEDEAO dispose : *« les sociétés constituées en conformité des lois et règlement d'un État membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de la Communauté, sont assimilées... aux personnes physiques ressortissants des États membres... »*¹⁰¹. Il ressort de là que, les États membres disposent seuls de la faculté de déterminer le lien de rattachement exigé d'une société pour que celle-ci puisse bénéficier du droit d'établissement dans un autre État membre. De fait, les droits nationaux adoptent des critères différents, selon qu'ils privilégient un critère formel d'immatriculation de la société au registre national des sociétés

ci, sont dénommés investissements communautaires ou internationaux, au sens de l'Organisation. En revanche, toujours, au sens de l'organisation communautaire, on appelle investissements étrangers, les investissements des ressortissants d'États tiers, c'est-à-dire d'États non membres à l'organisation régionale. Par voie de conséquence, les investissements étrangers dans l'espace CEDEAO sont les investissements effectués par des ressortissants d'États non membres à celle-ci.

¹⁰⁰ CJCE, *Cartesio*, arrêt du 16 décembre 2008, C-210/06.

¹⁰¹ Article 3 du *Protocole Additionnel A/SP2/5/90* relatif à l'exécution de la troisième partie (Droit d'établissement) du protocole sur la libre circulation des personnes, le droit de résidence et d'établissement.

ou bien un critère plus factuel lié à la localisation des organes de direction ou du centre d'exploitation économique de la société¹⁰².

Secondement, en matière d'investissements étrangers, il importe de souligner que la garantie de la liberté d'établissement des investisseurs ressortissants d'États non membres de la Communauté par l'organisation régionale ne se pose véritablement pas. Car, le problème de liberté d'établissement est réglé par le droit international des investissements en lui-même. En effet, les investisseurs étrangers, lorsqu'ils s'installent dans un pays d'accueil, ils se lient avec ledit État par un Traité bilatéral d'investissement. Ce traité bilatéral d'investissement contient une clause que l'on appelle « *l'admission des investissements* », qui garantit la liberté d'établissement de l'investisseur. Du moment où l'État d'accueil accepte d'accueillir l'investisseur, à travers le traité qui le lie avec l'État d'origine de celui-ci, la liberté d'établissement est consacrée. Il est même possible, en ce sens, de soutenir que la question de la liberté d'établissement, en droit communautaire, est traitée en droit international des investissements, dans la clause de l'admission des investissements. Autrement dit, l'admission des investissements est au droit international des investissements ce que la liberté d'établissement est au droit communautaire.

Cependant, l'analyse de la disposition de l'article 3 du protocole précité concernant la liberté d'établissement dans le cadre de la CEDEAO, pourrait permettre de déceler une compétence indirecte de la Communauté à garantir la liberté d'établissement même des investisseurs étrangers ressortissants d'États tiers. En effet, une partie de l'article dispose : « *Les sociétés constituées en conformité des lois et règlements d'un État membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de la Communauté, sont assimilées aux personnes physiques ressortissants des États membres...* ». Cette disposition vise implicitement toutes les sociétés, y compris, celles des ressortissants d'États tiers de la CEDEAO. Il leur suffit juste qu'elles soient *en conformité avec les lois et règlement d'un État membre*, pour que la garantie communautaire de la liberté d'établissement leur soit assurée. Par exemple, le fait que les investisseurs étrangers se conforment au code des investissements de l'État d'accueil devrait en principe suffire à démontrer que leurs sociétés sont en conformité avec les lois et règlement du dit État. Ainsi, ils peuvent bénéficier de la garantie communautaire de la liberté d'établissement. D'ailleurs, puisque les États membres

¹⁰² L. AZOULAI et W. B. HAMIDA, « La protection des investissements par le droit primaire – droit conventionnel des investissements et droit primaire communautaire : Etude comparée des régimes et des approches », in *Le droit européen et l'investissement*, C. Kessedjian, Ch. Leben (dir.), Paris, Editions Panthéon Assas, 2009, pp. 69-88, p. 72.

reconnaissent l'importance de la promotion des investissements privés pour leur développement¹⁰³, une compétence explicite et directe de l'organisation, portant sur la garantie de la liberté d'établissement des investisseurs d'États tiers, devrait lui être attribuée.

La liberté ou le droit d'établissement serait inefficace, pour assurer la protection des investissements étrangers, s'il ne s'accompagnait pas d'une libre circulation ou plus précisément du libre transfert des capitaux après investissements.

B : La libre circulation des capitaux

Selon Patrick JUILLARD, le principe de la libre circulation des capitaux fournissait un point de pénétration du droit communautaire dans le droit international des investissements¹⁰⁴.

En droit communautaire, la libre circulation des capitaux ou plus précisément, le libre transfert des capitaux, permet aux opérateurs économiques de pouvoir procéder au transfert de leurs capitaux sans restriction. Dans cet espace, son application va de soi, puisque ce sont les États qui ont l'ambition de réaliser l'intégration économique, qui s'engagent à permettre aux ressortissants des États membres le libre transfert de leurs capitaux. C'est l'une des deux conditions, *siné qua non*, de la réalisation du marché commun dans tout processus d'intégration régionale, à côté du principe de la liberté d'établissement.

Par ailleurs, il faut noter que ce principe trouve aussi son application en droit international des investissements. Si en droit communautaire c'est une évidence, il a plus d'impact en droit international des investissements. En effet, il arrive que les États membres de la Communauté régionale signent des traités bilatéraux d'investissements avec des ressortissants de pays tiers. La plupart de ces TBI prévoient l'obligation d'assurer, sans aucune restriction, la liberté du transfert des capitaux de l'investisseur. Cette clause de libre transfert a pour objet de permettre un versement régulier de sommes d'argent vers l'opération d'investissement si nécessaire, mais aussi le rapatriement des fonds générés par l'activité, ou au moins d'une partie d'entre eux, vers l'État d'origine¹⁰⁵. Ce qui veut dire qu'à défaut d'être membre de l'organisation régionale, c'est

¹⁰³ Protocole précité, article 5 du titre IV concernant les dispositions relatives à la promotion et à la protection des investissements étrangers à réaliser ou réalisés dans le cadre de la constitution de l'entreprise ou de l'accession à l'activité.

¹⁰⁴ P. JUILLARD, « Investissements et droit communautaire, à propos des accords bilatéraux d'investissements conclus entre États membres et pays tiers », in *l'Union européenne : union de droit, union des droits*, Mélanges en l'honneur de Philippe MANIN, *Pédone*, 2010, pp. 445-462, p. 445.

¹⁰⁵ A. DE NANTEUIL, « Droit international de l'investissement », *Pédone*, 2014, p. 368.

dans les TBI que l'investisseur étranger peut trouver une garantie de la liberté de transfert ou de rapatriement de ses capitaux, après investissement dans l'État d'accueil.

Cependant, ces TBI signés par les États membres d'une organisation régionale avec des ressortissants d'États tiers, ne sont pas sans poser problèmes entre le droit communautaire et le droit international des investissements. La clause de libre transfert des capitaux, contenue dans ces TBI, peut entrer en contradiction avec d'éventuelles restrictions aux mouvements des capitaux adoptées par la Communauté régionale. Actuellement, c'est le problème qui se pose dans l'Union européenne. En effet, en 2004, la Commission de l'Union européenne a mis en demeure trois États membres de l'Union européenne, la République d'Autriche, le Royaume de Suède et la Finlande, leur sommant de négocier ou de renégocier les TBI conclus avec des États tiers. C'est ainsi que, le 3 mars 2009, la Cour de Justice de la Communauté européenne a condamné l'Autriche et la Suède pour avoir omis de recourir aux moyens appropriés pour éliminer les incompatibilités relatives aux dispositions en matière de transfert de capitaux contenues dans les accords d'investissement qu'ils avaient conclus avec d'autres États¹⁰⁶. Il en est de même de la Finlande, qui a aussi fait l'objet d'attentions de la Commission avant d'être condamnée, le 19 novembre 2009 par la CJCE¹⁰⁷. Concrètement, la Commission européenne reprochait à ces dits États de mettre les États membres dans l'impossibilité de respecter certaines obligations du droit communautaire, prévues dans les articles 57, 59 et 60 CE donnant au Conseil, sous certaines conditions, la possibilité d'imposer des restrictions à la libre circulation des capitaux. Selon la Commission, ces TBI comportant obligation d'assurer sans aucune restriction la liberté du transfert des capitaux, empêcheraient l'État membre de se conformer à d'éventuelles décisions de restriction ou de blocage du transfert de capitaux dans un pays donné.

Ces recours laissent présager un conflit entre la compétence communautaire en matière de libre circulation des capitaux et la compétence des États membres pour conclure des TBI avec des États tiers. Les propos du professeur Emmanuel GAILLARD viennent conforter cette affirmation : « ... *Il est cependant essentiel de comprendre qu'il s'agit d'une question de compétence. Ces clauses de libre transfert des capitaux imposent aux États de promettre non seulement de ne pas maltraiter l'investissement protégé, de ne pas le nationaliser, de lui réserver un traitement juste et équitable, mais aussi de permettre le libre rapatriement des capitaux. Dans nombre de traités, les États se sont ainsi privés de la possibilité de limiter la*

¹⁰⁶ CCJE, 3 mars 2009, *Commission européenne c. Suède*, Aff. C-249/06 ; CCJE, 3 mars 2009, *Commission européenne c. Autriche*, Aff. C-205/06.

¹⁰⁷ CJCE, 19 novembre 2009, *Commission européenne c. Finlande*, Aff. C-118/07.

liberté de transfert. Or dans certaines circonstances exceptionnelles (car la philosophie de la Communauté est inverse, elle œuvre avant tout pour la liberté de circulation des capitaux), le Conseil peut demander aux États de bloquer le transfert de capitaux à l'égard de tel ou tel pays. Lorsqu'ils se sont engagés dans des traités bilatéraux avec des clauses de liberté de transfert des capitaux sans réserve, les États ne pourraient plus respecter les éventuelles préconisations du conseil sans violer le droit international. Il y a là un vrai conflit de normes, une vraie tension qui n'est pas générale entre le droit communautaire et le droit international, mais limitée à cette hypothèse »¹⁰⁸.

Mais cette vision manichéenne de l'interaction entre le droit communautaire et le droit international des investissements, au sein de l'espace européen, ne doit pas être la préoccupation de la CEDEAO, et ce pour deux raisons :

Premièrement, le conflit de normes entre le droit de l'Union européenne et le droit international des investissements n'est pas né ex nihilo. C'est de manière inopinée qu'il s'est installé au sein du droit communautaire européen. En effet, les douze États membres qui ont rejoint l'Union européenne en 2004 avaient tous précédemment conclu des TBI avec des États membres. C'est ainsi que la réalisation complète des libertés de circulation et la mise en œuvre des politiques communes ont multiplié les occasions d'interférence avec le contenu de ces TBI, qu'il s'agisse de libre circulation des capitaux ou de paiements, mais aussi de liberté d'établissement, de propriété intellectuelle, voire de politique commerciale¹⁰⁹. Il s'est alors posé un problème de cohérence dans le droit communautaire européen. Tel n'est pas le cas actuellement dans le droit communautaire ouest-africain de la CEDEAO. La politique d'investissements de la CEDEAO n'est qu'embryonnaire¹¹⁰ pour le moment, pour que des normes communautaires de la CEDEAO puissent se heurter à certaines dispositions des TBI conclus par ses États membres avec des États tiers.

Secondement, du point de vue économique, le processus d'intégration de la Communauté européenne est dans un état *si avancé* qu'ils peuvent se permettre d'exiger une rigueur sur la conformité des TBI conclus par ses États membres au Traité du Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE). D'ailleurs, ce degré d'avancement du processus d'intégration les a amenés à octroyer à l'Union européenne une compétence exclusive en matière

¹⁰⁸ E. GAILLARD, « Conclusion », *in le droit européen et l'investissements*, *op.cit.*, pp. 149-160, p. 157.

¹⁰⁹ J. DUTCHEL DE LA ROCHERE, « Le pouvoir des États membres de l'Union européenne de conclure des traités bilatéraux d'investissements », *in Le droit européen et l'investissement*, *op.cit.*, pp. 27-39, p. 28.

¹¹⁰ Ce n'est que le 19 décembre 2008, suite à l'adoption de trois actes additionnels majeurs par les chefs d'États de la CEDEAO que la Commission ait initié la mise en œuvre du *Marché Commun Régional des investissements* ; cf. *Vision du Marché Commun des Investissements de la CEDEAO*, Abuja, 2009, www.ecowas.int.

d'investissements étrangers directs dans le cadre de la politique commerciale commune, aux termes des articles 206¹¹¹ et 207¹¹² du TFUE. Pascal Lamy, commissaire au commerce, avait proposé dans son discours au groupe de travail sur l'action extérieure de la convention sur l'avenir de l'Europe, à une communautarisation du droit des investissements étrangers directs¹¹³. De surcroît, les pays membres de la CEDEAO ne sont pas au même niveau de développement économique que ceux de l'Union européenne. Donc, les besoins d'investissements étrangers ne sont pas aussi au même degré dans les deux Organisations. Au contraire, les pays membres de la CEDEAO doivent mener des politiques de promotion et de protection des investissements ; l'investisseur doit être perçu comme un acteur de développement. Ainsi, cette politique d'attraction des investissements existant dans les États membres de la CEDEAO doit être transposée dans l'Organisation régionale. Ce qui contribuerait à l'amélioration du processus d'intégration de la CEDEAO, mais encore rendrait crédibles les États membres vis-à-vis des investisseurs étrangers.

Par ailleurs, à côté des libertés originelles du marché commun que sont la liberté d'établissement et la libre circulation des capitaux, une bonne politique de la concurrence au sein de la CEDEAO contribuerait aussi à la protection des investissements étrangers dans son espace.

Paragraphe 2 : La protection des investissements par une politique de la concurrence

D'abord, il faut noter que de 1975 au début du XXème siècle, la CEDEAO ne s'est pas véritablement préoccupée de l'élaboration d'une politique de la concurrence indispensable pour l'existence d'un marché commun¹¹⁴. L'institution régionale ne s'est véritablement attelée à cette politique qu'en 2007 avec l'élaboration d'un document portant cadre de la politique de la

¹¹¹ Article 206 TFUE : Par l'établissement d'une union douanière, l'union contribue, dans l'intérêt commun, au développement harmonieux du commerce mondial, à la suppression progressive des restrictions aux échanges internationaux et aux investissements étrangers directs, ainsi qu'à la réduction des barrières douanières et autres.

¹¹² Article 207 TFUE : La politique commerciale commune est fondée sur des principes uniformes, notamment en ce qui concerne les modifications tarifaires, la conclusion d'affaires tarifaires et commerciaux relatifs aux échanges de marchandises et de services, et les aspects commerciaux de la propriété intellectuelle, les investissements étrangers directs, l'uniformisation des mesures de libéralisation, la politique d'exportation, ainsi que les mesures de défense commerciale, dont celle à prendre en cas de dumping et de subventions. La politique commerciale commune est menée dans le cadre des principes et des objectifs de l'action extérieure de l'Union.

¹¹³ Discours du 15 octobre 2002 disponible en ligne sur : <http://www.iris-france.org/Tribunes-2002-10-15b.php3>

¹¹⁴ M. NGOM, « Intégration régionale et politique de la concurrence dans l'espace CEDEAO », in *Quel droit de la concurrence pour l'Afrique subsaharienne ?* Laurence Boy et Joseph DREXL (dir.), *RIDE*, 2011, n°3, pp. 333-348, p. 334.

concurrence de la CEDEAO¹¹⁵. Cette politique de la concurrence contribue généralement à la réalisation du marché commun, nécessaire à la réalisation de l'intégration régionale.

Dans le droit communautaire, l'instauration du droit de la concurrence concerne, en général, et directement, les opérateurs économiques des ressortissants des États membres. Ainsi, puisque les opérateurs économiques des différents ressortissants des États membres interviennent dans le même marché, il serait essentiel de régulariser les rapports commerciaux entre eux par le biais d'une politique de la concurrence saine.

Par ailleurs, il faut aussi noter que dans le contexte de la mondialisation, mais aussi et surtout dans le contexte du niveau de développement des États de la CEDEAO d'une manière générale, les investisseurs ressortissants d'États non membre de l'organisation régionale Ouest-africaine sont amenés à exercer leurs activités d'investissements dans l'espace régional. Ce qui fait, que forcément, le droit de la concurrence, appliqué dans la CEDEAO, aura des effets pour leurs investissements. Par voie de conséquence, l'organisation d'intégration régionale doit prendre en compte ces opérateurs économiques étrangers, indispensables pour le développement économique des États de la région dans sa politique de concurrence. Car, une bonne politique de la concurrence, pourrait contribuer à une promotion de ces investissements étrangers (A), même si l'on constate qu'en pratique, celle-ci soulève quelques problèmes (B).

A : Une bonne politique de la concurrence : gage de qualité de l'environnement juridique des affaires pour l'attraction des investissements

Depuis une vingtaine d'années, le droit de la concurrence des pays en développement, spécialement d'Afrique subsaharienne, suscite un intérêt croissant. De nombreuses réformes ont été adoptées pour promouvoir l'efficacité économique et attirer les investisseurs étrangers¹¹⁶. La CEDEAO ne s'est pas marginalisée de ce phénomène.

En effet, dans l'organisation régionale Ouest-africaine de la CEDEAO, la politique de la concurrence est utilisée d'abord pour contribuer à la réalisation de l'intégration régionale, mais ensuite à celle du développement économique. Ce qui veut dire que : intégration régionale et développement économique semblent être les objectifs recherchés par la politique de la

¹¹⁵ CEDEAO, *Cadre Régional de Politique de Concurrence*, mars 2007, disponible sur : http://www.ecowas.int/publications/fr/actes_add_commerce/1.Cadre_Regional_Politique_Concurrence_CEDEAO-final-P.pdf.

¹¹⁶ L. BOY, « Quel droit de la concurrence pour l'Afrique francophone subsaharienne ? », in *Quel droit de la concurrence pour l'Afrique francophone subsaharienne ?* Laurence BOY et Joseph DREXL (dir.), *RIDE* n°3, 2011, pp. 263-280, p. 263.

concurrence de la CEDEAO. La réalisation d'un marché commun ne suffit pas seulement de permettre à un ensemble d'entreprises de s'implanter dans une zone déterminée et y développer leurs activités. Cela doit s'accompagner d'un ensemble de règles ayant pour objet de réguler leurs rapports surtout si ces entreprises n'ont pas les mêmes puissances. Dans une Communauté régionale comme celle de la CEDEAO où l'on trouve de petites et moyennes entreprises (PME), la réglementation de la concurrence est plus que nécessaire, ne serait-ce que pour protéger ces dernières.

Ce qu'il faut noter c'est qu'au-delà de ses objectifs de réalisation de l'intégration régionale et du développement économique, la politique de la concurrence peut contribuer à la promotion des investissements étrangers. Car, une bonne politique de la concurrence constitue, par ailleurs, un gage de qualité de l'environnement juridique des affaires pour l'attraction des investissements. Ainsi, pour atteindre cette politique de la concurrence favorable à la promotion des investissements étrangers, la CEDEAO devrait procéder d'abord à une harmonisation effective des politiques d'investissements respectives de ses États membres. C'est en ce sens que la Communauté a adopté trois actes additionnels¹¹⁷ pour la mise en œuvre d'un marché commun des investissements en 2008. L'harmonisation des politiques d'investissements serait un meilleur moyen de réaliser en même temps une politique commune de la concurrence.

Pour ce faire, le code des investissements est l'instrument adéquat pour réaliser un marché commun des investissements. C'est ainsi qu'il est proposé l'adoption d'un code communautaire des investissements de la CEDEAO. Il est aussi prévu que ce code des investissements de la CEDEAO reprenne à son compte les garanties et les engagements que les gouvernements régionaux sont tenus de prendre pour la poursuite des efforts visant l'intensification des investissements de la région¹¹⁸. Pour l'heure, il faut dire que l'élaboration de ce code communautaire des investissements ne s'est pas encore réalisée, mais ce n'est véritablement pas la priorité, si l'on fait une comparaison avec l'UE. En effet, celle-ci qui est dans un cadre d'intégration plus avancée que celle de la CEDEAO, n'a pas encore élaboré un code communautaire des investissements, quand bien même qu'ils ont pu attribuer à l'UE une

¹¹⁷ Il s'agit de l'*Acte additionnel A/SA.1/12/08* portant adoption des règles communautaires de la concurrence et de leurs modalités d'application au sein de la CEDEAO ; de l'*Acte additionnel A/SA.2/12/08* portant création, attributions et fonctionnement de l'autorité régionale de la concurrence de la CEDEAO ; de l'*Acte additionnel A/SA.3/12/08* portant adoption des règles communautaires en matière d'investissements et de leurs modalités d'application au sein de la CEDEAO. Voir : www.ecowas.int.

¹¹⁸ CEDEAO, « Vision du marché commun des investissements de la CEDEAO », Abuja, 2009, p.10. www.ecowas.int

compétence exclusive en matière d'investissements étrangers, à travers la politique commerciale commune.

Ce qu'il faut garder à l'esprit c'est que le droit de la concurrence de la CEDEAO doit avoir pour objectif principal la réalisation de l'intégration économique. Il doit en priorité répondre aux besoins des populations et des entreprises de cette zone. En effet, la politique commune de la concurrence devrait d'abord offrir des avantages aux consommateurs en contribuant de façon directe à leur bien-être, en leur favorisant la mise à leur disposition d'une pluralité de produits similaires, concurrents mais toujours de qualité. En outre, elle devrait également profiter aux petites, moyennes et grandes entreprises qui pourront développer leur clientèle et innover, et accroître leur compétitivité. Selon un auteur, « ...sans protection de la concurrence, les consommateurs et les PME des pays en développement seraient des proies faciles pour les prédateurs de l'économie nationale et internationale »¹¹⁹. Tout cela doit s'accompagner avec de règles claires précises et simples. En tout cas, la politique de la concurrence doit être dédiée au service de l'intégration régionale en général. C'est la clarté des règles qui donnerait une crédibilité à la Communauté régionale vis-à-vis des investisseurs étrangers. En effet, ces règles vont rassurer les investisseurs que c'est une concurrence loyale qui prévaut dans la zone. C'est en ce sens que la politique de la concurrence peut contribuer à la protection des investissements étrangers.

Cela dit, il semblerait que dans la pratique, le droit matériel de la concurrence de la CEDEAO semble plus orienté vers la promotion des investissements que vers la réponse à un réel besoin d'encadrement de la concurrence¹²⁰. Selon Mbissane NGOM, il s'agit « d'un dispositif juridique tourné vers l'extérieur et pouvant servir de signe de ralliement : un panneau portant la mention « Venez, nous sommes ouverts à la concurrence » »¹²¹. En effet, l'objectif réel, décelé dans les règles adoptées au titre du droit de la concurrence de la CEDEAO, est de satisfaire les investisseurs étrangers en leur fournissant un cadre sécurisé d'action dans lequel l'égalité des chances est garantie. A vrai dire, une politique de la concurrence n'a pas

¹¹⁹ J. DREXL, « Perspectives de la politique de la concurrence dans l'espace OHADA. Point de vue européen », in *Questions de droit économique: les défis des États africains, INEADEC - Actes des colloques de Bruxelles et Yaoundé*, E. BALATE et S. MENETREY (dir), Larcier, 2011, pp. 297-324, p. 300. Selon une étude de 2004, commissionnée par la Banque Mondiale, en 1997, seules les ententes restrictives de portée internationale qui ont été examinées par les autorités de contrôle des États-Unis et en Europe ont produit un dommage économique aux pays en développement de 54,7 milliards de dollars US. Voir à ce propos M. LEVENS-TEIN et V.Y. SUSLOW, « Contemporary International Cartels and Developing Countries : Economic Effects and Implications for Competition Law », *Antitrust Law Journal*, 71, 2004, p. 801.

¹²⁰ M. NGOM, « Intégration régionale et politique de la concurrence dans l'espace CEDEAO », in *Quel droit de la concurrence pour l'Afrique subsaharienne francophone*, op.cit., p. 333.

¹²¹ *Ibidem.*, 341.

directement pour objet de protéger les investissements étrangers, mais elle leur donne la possibilité de pouvoir concurrencer en toute égalité avec les entreprises nationales comme internationales. L'on peut même extrapoler en affirmant que c'est une composante de la liberté d'établissement si l'on est en droit communautaire, ou du principe d'admission des investissements, si l'on est en droit international des investissements. Car, ce qui est sûr, si le droit de la concurrence de l'État d'accueil de l'investissement ou de l'organisation d'intégration régionale n'est pas favorable aux investisseurs étrangers désirant investir dans un pays donné, ces derniers pourraient renoncer à y développer leurs activités d'investissements. Or les États membres de la CEDEAO qui sont tous des pays en développement, trouvent dans l'investisseur étranger, un acteur de développement au même titre que les opérateurs économiques nationaux.

Au demeurant, si une bonne politique de la concurrence, appliquée dans l'espace CEDEAO, peut contribuer à la promotion et à la protection des investissements étrangers, dans la pratique, elle laisse planer des problèmes non négligeables dans l'espace régional.

B : Les problèmes liés à la politique de la concurrence dans l'espace CEDEAO

La CEDEAO, dans sa politique de la concurrence, a pu déceler les fortes interactions existantes entre la concurrence et le développement. Mais en même temps, les autorités de l'organisation régionale ont pris connaissance de l'importance des investissements étrangers pour le développement harmonieux et véritable de leurs États membres. C'est ainsi qu'elles ont tenté d'adapter leur politique de concurrence avec la promotion et la protection des investissements étrangers.

Mais cette adaptation de sa politique de concurrence à l'attraction des investissements étrangers révèle deux types de problèmes : problèmes par rapport à l'existence de différents systèmes de réglementation de la concurrence dans la zone ouest-africaine d'une manière générale (1), et problèmes par rapport au droit de la concurrence de la CEDEAO de trouver un équilibre entre la nécessité d'attirer les investissements étrangers et l'impérieuse exigence de protection des entreprises de la zone (2).

1 : Problèmes par rapport à la multiplicité des législations de la concurrence dans l'espace ouest-africain

Cette première série de problèmes renvoie d'abord à un rappel : c'est que la région ouest-africaine est marquée par la diversité d'organisations d'intégration qui s'y trouvent. Cette

diversité d'organisations d'intégration régionale laisse entrevoir en même temps une diversité d'instances chargées du contrôle du respect de la concurrence. En soi, cette diversité normative ne pose pas problème, mais elle peut l'être en l'absence de cohérence et de hiérarchisation. Le droit de la concurrence appliqué dans cette région ouest-africaine en constitue un exemple. Ainsi, il se trouve que le droit de la concurrence de la CEDEAO cohabite avec d'autres réglementations de la concurrence comme celle de l'UEMOA. En effet, l'UEMOA comme la CEDEAO se sont dotées d'un cadre juridique régissant la compétition économique. Ces législations communautaires, édictées en 2002 pour l'UEMOA¹²² et en 2008 pour la CEDEAO, sont applicables, pour une grande partie, dans le même espace géographique, même si le droit de la CEDEAO a un champ d'application territoriale plus vaste. Plus vaste parce que tous les États membres de l'UEMOA¹²³ sont en même temps membres de la CEDEAO, alors que tous les États membres de cette dernière¹²⁴ ne sont pas membres de l'UEMOA. Il en découle qu'une harmonisation des législations de la concurrence ne peut concerner que les États membres des deux organisations d'intégration régionale. Et cette coexistence des législations de la concurrence met en exergue le droit de l'UEMOA de la concurrence tel qu'il résulte de l'art. 88 du Traité de Dakar et de ses textes d'application¹²⁵, l'Acte additionnel portant législation CEDEAO de la concurrence, et éventuellement le droit de la concurrence de l'OHADA¹²⁶. La coexistence de ces législations suscite des interrogations relatives à un risque de conflit de compétence ou d'applicabilité, mais aussi à un risque de concurrence qui pourraient être fâcheux.

¹²² Sur le droit UEMOA de la concurrence, voir M. NGOM, « *Droit et intégration économique dans l'espace UEMOA : le cas de la régulation juridique de la concurrence* », thèse doctorat, Nantes et Saint-Louis 2007.

¹²³ Il s'agit en l'occurrence du Bénin, du Burkina Faso, de la Côte d'Ivoire, de la Guinée Bissau, du Mali, du Niger, du Sénégal et du Togo.

¹²⁴ En effet, le Cap-Vert, la Gambie, le Ghana, la Guinée, le Libéria, le Nigéria, la Sierra Léone sont tous membres de la CEDEAO mais ne sont pas membres de l'UEMOA.

¹²⁵ Il s'agit de :

- Règlement n°2/2002/CM/UEMOA relatif aux pratiques anticoncurrentielles à l'intérieur de l'Union Economique et Monétaire Ouest-Africaine ;
- Règlement n°3/2002/CM/UEMOA relatif aux procédures applicables aux ententes et abus de position dominante à l'intérieur de l'Union Economique et Monétaire Ouest-Africaine ;
- Règlement n°4/2002/CM/UEMOA relatif aux aides d'État à l'intérieur de l'union Economique et Monétaire Ouest-Africaine et aux modalités d'application de l'article 88 (c) du Traité ;
- Directive n°02/2002/CM/UEMOA relative à la coopération entre la Commission et les Structures Nationales de Concurrence des États membres pour l'application des articles 88, 89 et 90 du traité de l'UEMOA. Pour l'ensemble de ces textes, voir www.uemoa.int.

¹²⁶ En ce qui concerne l'OHADA, il faut noter que l'idée de prévoir une législation du droit de la concurrence dans son espace a été soulevée depuis des années. Sauf que c'est toujours un projet qui n'a pas encore vu le jour. Une fois réalisée, il se posera un problème d'harmonisation de sa législation de la concurrence avec celles des autres organisations sous- régionales dont ses États membres font parties.

Par ailleurs, au-delà de cette diversité d'instances chargées de régler la concurrence, force est de constater que la réalisation d'une politique commune de la concurrence dans les pays ouest-africains n'est pas chose aisée, en raison non seulement de la diversité des systèmes juridiques, mais encore du fait de la différence des niveaux de développement économique entre les États concernés. La colonisation a laissé aux pays africains des systèmes juridiques différents. Ainsi, certains pays ouest-africains vont se retrouver avec un système « Common Law », alors que d'autres vont hériter du système romano-germanique de « Civil Law »¹²⁷. Cette cohabitation de systèmes juridiques différents peut poser problèmes dans la réalisation de politique commune de la concurrence dans la CEDEAO. En effet, dans le domaine économique, l'État joue un rôle différent selon qu'on est dans l'un ou l'autre système. Le système romano-germanique se caractérise par l'interventionnisme étatique, c'est-à-dire que l'État peut être acteur économique, un producteur, alors que dans le système anglo-saxon, on trouve l'État gendarme, c'est-à-dire un État arbitre entre les acteurs économiques qui produisent et commercialisent les biens. Il revient à la CEDEAO de prendre en compte cette diversité de systèmes juridiques dans sa politique commune de la concurrence, d'autant plus que dans le système romano-germanique, l'État, caractérisé par son interventionnisme, peut être amené à accorder des aides ou subventionner certains secteurs d'activité. Or, justement, la réglementation communautaire de la concurrence prohibe les aides publiques, conformément à l'article 8 de l'Acte additionnel portant réglementation communautaire de la concurrence qui dispose : « *Sauf spécification contraire du présent Acte additionnel, sont incompatibles avec le Marché commun dans la mesure où elles nuisent au commerce entre les États Membres, les aides accordées par les États ou au moyen des ressources d'État, sous quelque forme que ce soit, lorsqu'elles faussent ou sont susceptibles de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions* »¹²⁸. En plus de cette difficulté, il faut noter que la différence de niveau de développement entre les États membres n'est pas également propice à la réalisation d'une politique communautaire de la concurrence. Les pays plus avancés économiquement, composés principalement par les pays de Common Law comme le Nigéria et le Ghana, ont tendance à favoriser le secteur privé. Tandis que les États les moins développés, qui se caractérisent par la faiblesse de l'initiative privée, comptent sur l'interventionnisme économique fort de l'État qui est amené à produire et distribuer, à orienter les acteurs vers certains secteurs, au détriment d'autres. Mais, ce qu'il ne faut surtout pas perdre de vue c'est

¹²⁷ M. NGOM, « Intégration régionale et politique de la concurrence dans l'espace CEDEAO », *op.cit.*, p. 339.

¹²⁸ Article 8 de l'Acte additionnel A/SA.1/12/08 portant adoption des règles communautaires de la concurrence et de leurs modalités d'application au sein de la CEDEAO.

que l'état actuel du processus d'intégration de la CEDEAO n'est pas à un niveau tel qu'elle peut se permettre de freiner drastiquement les aides d'États vis-à-vis de certains secteurs d'activités, au nom du droit de la concurrence. L'Union européenne, qui est dans un état si avancé de son processus d'intégration par rapport à la CEDEAO, peut servir d'exemple pour illustrer l'importance des aides publiques dans l'économie des États d'une manière générale, et pour le bien-être des populations en particulier. En effet, alors que l'UE a édifié un droit extrêmement sophistiqué aujourd'hui en matière d'aides d'État, édifice qui peut être utile pour penser le droit africain futur, il convient de se souvenir des traitements spécifiques qui ont été réservés pendant longtemps en Europe à certains secteurs qui étaient considérés comme les vecteurs de développement de l'Europe¹²⁹. On peut penser à la politique agricole commune (PAC), dont l'objectif est d'assurer l'autonomie alimentaire de l'Europe. Cette interventionnisme étatique, dérogoratoire au droit commun de la concurrence, repose sur l'idée selon laquelle certaines aides sont justifiées non seulement pour les secteurs aidés eux-mêmes mais du fait de l'apport de ces secteurs au bien-être général des populations. Cette référence à l'UE démontre que la CEDEAO doit accorder du temps au système des aides que ses États membres accordent à certains secteurs, considérées d'ailleurs comme des biens de première nécessité pour la vie des populations. Ces aides d'États ont longtemps perduré dans l'UE. C'est ce qui a permis à Laurence BOY de dire : « *Alors que nous sommes, en Europe notamment, sur la voie d'une harmonisation du droit de la concurrence et d'une élimination des régimes spécifiques qui ont duré de longues années, nous entendons que les pays sans tradition concurrentielle soient du jour au lendemain alignés sur un droit de la concurrence développé*¹³⁰ ».

Pour ce qui est du cas spécifique de l'UEMOA, il faut relever que celle-ci n'a pas encore définitivement résolu la question de l'harmonisation du droit interne et du droit communautaire de la concurrence. En effet, si son objectif est de mettre sur place un système centralisé, unifié du droit de la concurrence, il faut néanmoins reconnaître que le droit de la concurrence appliqué dans certains États membres, remet en cause cette uniformisation du droit de la concurrence de l'organisation régionale ; le cas du Sénégal en constitue un exemple. Ainsi, en commentant la politique de concurrence de l'UEMOA, un membre de la Commission nationale de la concurrence du Sénégal a soutenu que tout ne peut pas se décider à Ouagadougou (capital du Burkina Faso et siège de la Commission de l'UEMOA) et que depuis la centralisation unilatérale des compétences au niveau communautaire, la résistance s'organise dans les États

¹²⁹ J-Y. CHEROT, « Les aides d'États dans les communautés européennes », Paris, *Economica*, 1998, p. 13.

¹³⁰ L. BOY, « Quel droit de la concurrence pour l'Afrique francophone subsaharienne ? – Introduction », *op.cit.*, p. 276.

membres, qui, pour certains, ont vu un recul de leur expertise.¹³¹ C'est d'ailleurs ce qui fait dire à Laurence Boy que : « A la volonté centrifuge exercée par la Commission de l'UEMOA d'imposer un système centralisé et unique de droit de la concurrence s'opposent des forces centripètes, notamment au Sénégal, où le droit de la concurrence est assez sophistiqué et où l'autorité de la concurrence mise en place depuis déjà des années a acquis une bonne connaissance de ce droit et de ses concepts¹³² ».

2 : Problèmes pour la CEDEAO de trouver un équilibre entre la nécessité d'une politique d'attraction des investissements étrangers et l'impérieuse exigence de protection des entreprises de la zone

Cette deuxième série de problèmes, et qui concerne plus cette thèse, porte sur la politique de la concurrence de la CEDEAO. En effet, il s'avère que la CEDEAO applique une politique de la concurrence qui semble plus privilégier les investisseurs étrangers, c'est-à-dire, les investisseurs hors communautaires que les entreprises locales des pays membres.

Comme tout pays en développement, les États membres de la CEDEAO sont conscients que les investissements étrangers occupent une place très importante dans tout projet de développement. C'est ainsi qu'ils ont tous mis en place des politiques de protection et de promotion des investissements étrangers. Ce souci de ces États d'attirer les investissements étrangers dans leur territoire respectif est le même qui anime l'organisation régionale dont ils sont membres., d'autant plus que le but final de toute organisation d'intégration régionale est de permettre à ses États membres d'atteindre le développement économique. À cet effet, les investissements étrangers, constituent, de nos jours, un acteur de développement dans le monde en général et dans les pays en développement en particulier. C'est pour cela que la CEDEAO n'a pas été en reste de cette tendance de mener une politique de promotion et de protection des investissements. L'application de sa politique de concurrence en constitue une illustration.

Cependant, il faut noter que ce droit de la concurrence, appliqué dans cet espace régional, s'il comporte une politique de promotion des investisseurs étrangers, semble en même temps

¹³¹ M. BAKHOUM, « Perspectives de la politique de la concurrence dans l'espace OHADA. Point de vue africain », in *Questions de droit économique: les défis des États africains INEADDEC - Actes des colloques de Bruxelles et Yaoundé*, Eric BALATE et Séverine de MENETREY (dir.), Larcier, 2011, pp. 325-356, p. 345. En ce qui concerne le cas de l'autorité nationale de la concurrence de l'État et les décisions qu'elle a rendues, V. D-P. WEICK, « Competition Law and Policy in Senegal : A cautionary Tale for Regional Integration », *World Competition*, vol. 33, n° 3, septembre 2010.

¹³² L. BOY, « Quel droit de la concurrence pour l'Afrique francophone subsaharienne ? - Introduction », *op.cit.*, p. 267.

handicaper les entreprises locales, c'est-à-dire, les entreprises des ressortissants des États membres de l'organisation régionale. Finalement, l'on se rend compte que ce n'est plus simplement une politique de promotion des investissements étrangers¹³³, mais une politique pour privilégier les entreprises étrangères au détriment des entreprises locales. L'exemple de Total au Sénégal est tout à fait illustratif. Il faut tout d'abord noter que la multinationale Total est au Sénégal depuis 1960. Cette dernière, de nos jours, pratique une concurrence déloyale vis-à-vis d'autres sociétés pétrolières appartenant à des ressortissants sénégalais. Total ne respecte pas les textes qui préconisent le maintien d'une certaine distance entre deux stations d'essence de sociétés différentes. Ce qui le prouve, au Sénégal et plus précisément à Dakar, les deux voies qui sortent de la Voie de Dégagement Nord que l'on appelle VDN étaient restées pendant longtemps sans stations d'essence. Elton Oil, une société locale de distribution pétrolière fut la première à ouvrir une station d'essence dans ces deux voies de la VDN ; deux mois après, Total s'implante vers la fin de ces deux voies de la VDN, instaurant ainsi une concurrence déloyale avec Elton Oil. Or la réglementation interdit une certaine proximité entre deux stations d'essence.

Mieux encore cette concurrence déloyale menée par Total s'est manifestée également au niveau de la seule autoroute à péage Dakar-Diamniadio¹³⁴ existant au Sénégal actuellement. En effet, tout au long de ladite autoroute à péage, seul Total détient l'exclusivité de s'y implanter au détriment des autres sociétés locales de distribution pétrolière, comme ELTON OIL, EDK OIL, SHELL Sénégal, TOUBA OIL¹³⁵. Ce qui fait que si une entreprise a signé un contrat avec une entreprise locale de distribution d'essence comme Elton Oil par exemple, ou EDK Oil, et qui détient la carte Elton, elle ne pourra pas se servir au niveau de l'autoroute à péage, vue que Total y détient l'exclusivité. Cette concurrence déloyale constitue un véritable handicap pour les petites entreprises locales de distribution d'essence, mais aussi pour le bon fonctionnement des entreprises locales d'une manière générale.

¹³³ Ce qu'il faut préciser ici c'est qu'une politique de promotion des investissements étrangers n'entraîne pas forcément une négligence ou des inconvénients pour les entreprises locales. Autrement dit, un État peut en même temps mener une politique de promotion des investissements et protéger ses entreprises locales.

¹³⁴ Diamniadio est une ville située à une trentaine de kilomètres de Dakar. Elle est au cœur d'un important projet d'aménagement du territoire : la plateforme du Millénaire, constituant un site de 2500 ha permettant de délocaliser des activités administratives, industrielles et commerciales existantes, d'accueillir de nouvelles activités industrielles et commerciales, mais en même temps, cette plateforme permettra de mettre en place un cadre propice à la réalisation d'équipements marchands en partenariat avec le secteur privé.

¹³⁵ Chronique du journaliste sénégalais Pape Alé Niang, Chronique du 26 mai 2016 de Pape Alé Niang, disponible sur www.dakarmatin.com.

La gestion de l'Autoroute à péage aussi démontre le privilège accordé aux investisseurs étrangers dans les marchés publics. C'est le lieu ici de préciser que la construction de l'autoroute à péage Dakar-Diamniadio a nécessité un montage financier de 380 milliards de franc CFA. Le gouvernement sénégalais en a contribué d'un montant 193 milliards de franc CFA. Et il a obtenu des prêts de la banque Africaine de Développement d'un montant de 33,2 milliards de franc CFA, de la Banque mondiale d'un montant de 52, 5 milliards de franc CFA, et de l'Agence Africaine de Développement d'un montant de 40 milliards de franc CFA. La SENAC (Société sénégalaise de l'amiante ciment), qui est une société appartenant au groupe français EIFFAGE, y a contribué d'un montant 61 milliards de franc CFA et détient la concession jusqu'en 2039. Et si l'on calcule par transaction minimale de 700fr CFA, la SENAC encaissera 14,5 milliards de franc CFA par an. Et d'ici 2039, elle encaissera un montant de 422 milliards de franc CFA, ce qui veut dire qu'elle aura un retour sur investissement d'un montant de 361 milliards¹³⁶ de franc CFA en moins de 10 ans. La même SENAC attribue à Total l'exclusivité de la distribution pétrolière tout au long de l'autoroute à péage, écartant par-là les entreprises locales sénégalaises. D'ailleurs, EIFFAGE a remporté le contrat d'extension de l'autoroute Dakar-Diamniadio, entre le diffuseur Diamniadio et l'Aéroport International Blaise Diagne. Cette concurrence privilégiant les investisseurs étrangers et défavorisant les entreprises locales n'est pas seulement constatée au Sénégal, mais dans toute la sous-région Ouest-africaine d'une manière générale, et plus particulièrement dans la CEDEAO. Laurence BOY a fait remarquer que dans l'attente de la naissance de grandes entreprises africaines porteuses de risques pour la concurrence, aujourd'hui les atteintes les plus graves à la concurrence aussi bien dans l'UEMOA que dans la CEMAC et la CEDEAO sont avant tout le fait des multinationales et des maillages qu'elles tissent¹³⁷.

Or, le développement économique des États membres doit demeurer le principal objectif de la politique de la concurrence de la CEDEAO. La politique communautaire de la concurrence doit être mise au service de l'intégration régionale. Elle doit permettre tout d'abord le développement économique des entreprises locales afin d'assurer aux populations l'accès au service de base. D'ailleurs l'article 3 de l'Acte Additionnel portant adoption des règles communautaires de la concurrence et de leurs modalités d'application au sein de la CEDEAO dispose : « ...*les règles communautaires visent à... accroître les opportunités des entreprises*

¹³⁶ Il convient de signaler que tous ces chiffres sont tirés de l'émission Chronique du 26 mai 2016 pape Alé Niang disponible sur www.dakarmatin.com.

¹³⁷ L. BOY, « Quel droit de la concurrence pour l'Afrique francophone subsaharienne ? – Introduction », *op.cit.*, p. 270.

des États membres de participer aux marchés mondiaux »¹³⁸. Cette politique de la concurrence doit directement répondre au besoin des entreprises locales, car l'une des ambitions de l'intégration régionale porte sur la promotion d'une industrie locale, adaptée aux exigences de développement¹³⁹.

Mais, dans le cadre de la concurrence communautaire, autant la promotion et la protection des entreprises locales des États membres sont nécessaires pour l'intégration régionale, autant les politiques de promotion des investissements étrangers sont incontournables pour le développement économique des États membres. C'est pourquoi il est nécessaire que la CEDEAO trouve un équilibre entre la nécessité de promouvoir les investissements étrangers dans le cadre de sa politique de concurrence et l'impérieuse exigence de protection des entreprises de la zone. Pour arriver à cette fin, il faut néanmoins reconnaître que les États membres doivent jouer un rôle de premier plan dans leurs politiques respectives de promotion et de protection des investissements étrangers, de sorte que leurs droits de concurrence respectifs prennent aussi bien en compte les intérêts des investisseurs étrangers que ceux de leurs entreprises nationales. D'autant plus que le droit de concurrence de la CEDEAO n'est qu'à ses débuts. De toute manière, la réussite véritable d'une politique d'intégration régionale, ne dépend pas seulement de l'organisation en question, mais aussi et surtout des États membres qui la composent. Ce sont les volontés des dits États qui donnent force à l'organisation d'intégration de réaliser les objectifs qu'elle s'est fixée. Ainsi, ce sont les États membres de la CEDEAO qui doivent, tout d'abord, trouver un équilibre entre la politique d'attraction des investissements étrangers dans le domaine de la concurrence et la nécessité de protéger leurs entreprises locales, surtout lorsqu'elles sont constituées de petites et moyennes entreprises. C'est dans cette perspective que l'organisation régionale ouest-africaine peut adapter cette politique déjà menée par ses États membres en son sein.

En résumé, il a été démontré que les libertés originelles du marché commun que sont la liberté d'établissement, la libre circulation des capitaux et une bonne politique de la concurrence constituent ce que l'on appelle les règles d'édification du marché commun dans un espace régional. Il a été aussi démontré que ces règles d'édification du marché commun de l'espace économique régional, qui sont des instruments internes à l'organisation régionale, peuvent contribuer à la protection des investissements étrangers dans l'espace régional. Mais, elles ne sont pas les seules ; la CEDEAO dispose d'autres instruments internes qui ont, directement,

¹³⁸ Article 3 de l'Acte Additionnel A/SA.1/08 portant adoption des règles communautaires de la concurrence et de leurs modalités d'application au sein de la CEDEAO préc.

¹³⁹ M. NGOM, « Intégration régionale et politique de la concurrence de la CEDEAO », *op.cit.*, p. 341.

pour objet, de promouvoir et de protéger les investissements étrangers au même titre que ces règles d'édifications du marché commun. Il s'agit des politiques d'incitations économiques et juridiques des investissements étrangers.

Section 2 : Les politiques d'incitations économiques et juridiques des investissements étrangers de la CEDEAO

Contrairement aux règles d'édification du marché commun, qui n'ont pas pour objet de promouvoir et de protéger les investissements étrangers, les politiques d'incitation économiques et juridiques elles, ont été essentiellement élaborées pour attirer les investissements étrangers. Elles constituent les adjuvants de la rentabilité des investissements. Les politiques d'incitation économiques et juridiques sont des mesures restrictives de la souveraineté économique de l'État destinées à accroître ou à préserver la rentabilité des investissements.

Ici aussi, les États membres de la CEDEAO jouent un rôle fondamental pour la réalisation de ces politiques d'incitations économiques et juridiques des investissements au niveau régional. Ils doivent d'abord mener ces politiques dans leurs États à travers leurs codes d'investissements respectifs.

D'une manière générale, les politiques d'incitation économiques et juridiques peuvent être subdivisées en deux catégories : on peut citer d'une part, les incitations fiscales et douanières, et, d'autre part, les incitations administratives.

Paragraphe 1 : Les incitations fiscales et douanières

Les incitations fiscales et douanières désignent les avantages fiscaux et douaniers accordés aux investisseurs en vue de réduire leur charge fiscale. Il s'agit, en effet, de l'ensemble des mesures destinées à réduire le taux global de pression fiscale et douanière. Ces mesures permettent aux États d'encourager les investissements indispensables à leur développement économique et social. Ainsi, les incitations fiscales « *font aujourd'hui parties de la batterie des moyens dont dispose l'État pour agir sur l'économie* »¹⁴⁰. Toutefois, une remarque s'impose : les incitations fiscales et douanières ne sont pas des règles de droit fiscal mais plutôt des instruments de politiques fiscales de l'État. Ce dernier tente notamment « *de favoriser par le*

¹⁴⁰M. BOUVIER, « Introduction au droit fiscal général et à la théorie de l'impôt », *L.G.D.J.*, 4^{ème} éd. p. 65.

levier de la fiscalité et plus spécialement par celui de l'exonération, les investissements qu'on peut définir, très largement comme étant la transformation du capital monétaire en capital technique »¹⁴¹.

Les incitations fiscales et douanières permettent alors d'adapter le contenu de certaines règles classiques du droit fiscal, comme celle de la neutralité de l'impôt aux exigences de politiques d'attraction des investissements. Il s'agit alors « *de simples privilèges fiscaux et douaniers qui sont accordés dès lors que les investissements sont réalisés dans un secteur particulier, ou plus souvent dans une région défavorisée ou lorsqu'ils ont un impact sur l'économie, l'emploi, la recherche et le développement, la formation professionnelle, etc. dans le pays d'accueil* »¹⁴². Ces privilèges fiscaux et douaniers résident dans les efforts des États d'éviter les doubles impositions des revenus ou d'octroyer des traitements fiscaux ou douaniers privilégiés.

Ce qu'il faut noter c'est qu'avant la création de la CEDEAO, les États membres de celle-ci avaient la plupart élaboré des politiques incitatives à l'investissement. Ce qui veut dire qu'il existe déjà des politiques d'incitation économiques et juridiques des investissements des différents États membres que la CEDEAO (A) compte harmoniser pour en faire une politique communautaire d'incitations économiques et juridiques des investissements étrangers (B).

A : Les politiques d'incitations économiques et juridiques des États membres de la CEDEAO

Parmi les nombreux moyens utilisés par les États pour attirer les investissements, la fiscalité y occupe une place de première importance. Celle-ci peut être définie sous deux angles. Au sens large, la fiscalité est l'ensemble des textes législatifs et réglementaires d'un pays liés à l'assiette, à la liquidation et aux modalités de recouvrement des impôts et des textes nationaux (exemple : fiscalité sénégalaise ; fiscalité malienne...). Au sens strict, la fiscalité s'entend de l'ensemble des impôts et taxes frappant les activités d'une entité. Cette entité peut être une entreprise nationale comme une entreprise étrangère. Dans ce dernier cas, on parle de fiscalité internationale. Et c'est cette dernière définition qui nous occupera car plus proche de notre sujet.

Ainsi définie, il conviendrait de voir maintenant, au-delà de sa fonction financière, en quoi la fiscalité peut constituer un outil de promotion des investissements étrangers.

¹⁴¹P. FONTANEAU, « Aspects psychologiques, économiques et financiers de la détaxation des investissements », *Revue de Science financière (RSF)*, 1957, n°2, p. 246.

¹⁴² *Ibidem.*, p. 247.

Mais avant cela, il est nécessaire de rappeler que la volonté des États ouest-africains de faire de la politique fiscale un instrument de promotion des investissements étrangers n'est pas récente. Par exemple, le premier code des investissements qu'a connu le Sénégal indépendant date de 1962¹⁴³. Ainsi, la politique fiscale employée par les États pour attirer les investissements peut être scindée en deux catégories. Nous avons, d'une part, le régime incitatif de droit commun (1), et d'autre part, les régimes incitatifs dérogatoires (2).

1 : Le régime incitatif de droit commun

Le droit commun incitatif est défini comme étant l'ensemble des règles fiscales applicables à tous les contribuables, souvent codifiées dans un document unique, le Code général des impôts, et qui soient économiquement attractives et socialement acceptables. Dans un tel contexte, la fiscalité en général, et celle des pays en développement, en particulier, doit jouer un double rôle, à savoir une fonction budgétaire en apportant les ressources nécessaires au trésor public et une fonction économique qui consiste à favoriser le développement de l'investissement privé. Par conséquent, le système fiscal concilie des objectifs à priori divergents : l'amélioration de la rentabilité fiscale et celle de l'incitation fiscale. Il s'agira de trouver l'équilibre optimal entre un régime fiscal favorable à l'entreprise et à l'investissement, et un niveau d'imposition dégagant suffisamment de recettes pour financer les investissements publics qui contribuent au développement du pays et à l'attractivité de l'économie nationale.

Pour parler de dépenses fiscales, il faut nécessairement une norme de référence. C'est cette norme-là qui permet de considérer une mesure fiscale comme une dépense ou non. La dépense fiscale s'analyse par rapport à ce qui serait résulté de la norme. Elle peut être définie comme « *un abandon de recette fiscale résultant de la mise en œuvre de dispositions spéciales dérogeant à une norme dite « norme de référence* »¹⁴⁴. Cette précision a son importance dans la mesure où toute perte de recette pour le budget de l'État n'est pas une dépense fiscale. Autrement, c'est dire que toute dépense budgétaire n'est pas une dépense fiscale. Qualifier une mesure de dépense fiscale suppose de se référer à une législation de base à laquelle elle dérogeait. Cette législation de base constitue le régime de droit commun applicable à tous.

¹⁴³ Loi n° 61-33 du 22 mars 1962, portant code des investissements du Sénégal. Ce code fut modifié en 1987 et en 2004.

¹⁴⁴ A. THIAW, « Fiscalité et investissement au Sénégal », Mémoire, Ecole Nationale d'Administration (E.N.A), Sénégal, 2013-2015, p. 20.

Le régime de droit commun est constitué par le Code général des impôts et celui des douanes. Un pays comme le Sénégal a connu plusieurs Codes des impôts et des douanes. Tous ces codes ont eu à accorder des incitations fiscales dans l'objectif de promouvoir les investissements. Ils sont les référentiels en matière de fiscalité. Il faut dire que le régime de droit commun se distingue des régimes dérogatoires par les caractères des dispositions qu'il contient et par leur support juridique ou « instrumentum ».

Concernant les caractères, les dispositions contenues dans le régime de droit commun ont une portée générale et sont permanentes. Elles s'appliquent à tous les investissements¹⁴⁵ contrairement aux dispositions dérogatoires qui visent un domaine précis d'activités. Cette généralité transparait dans leur mise en œuvre. Ainsi, l'article 229 du Code des impôts sénégalais dispose : « *les personnes physiques ou morales qui ont procédé à la réévaluation de leur bilan, conformément aux articles 226, 227 et 228 bénéficient d'une aide fiscale déductible de leur résultat imposable égale à 15% des investissements nets réalisés dans les cinq années, à compter du 1^{er} janvier de l'année suivant celle de la réévaluation*¹⁴⁶ ». En fait, le bénéfice de ces avantages n'est soumis à aucune formalité administrative préalable. Il n'est pas nécessaire de disposer d'un agrément pour disposer du régime fiscal incitatif qu'il prévoit.

Les dispositions contenues dans le régime de droit commun sont souvent des mesures stables, différentes des mesures ponctuelles, circonstanciées et parfois géographiques des régimes dérogatoires. Ce caractère est très important pour la qualification d'une mesure fiscale. Une mesure fiscale dérogatoire, du fait de sa permanence, peut devenir une disposition fiscale de droit commun. Cette évolution de la norme dérogatoire en fonction de la législation existante favorise « *les changements de périmètre* » selon un terme utilisé par le droit fiscal français. L'existence durable de la mesure dans l'arsenal juridique et fiscal est un critère très important pour sa généralisation et son application effective par tous les acteurs concernés par une telle mesure.

Concernant le support matériel, les régimes dérogatoires sont caractérisés par un dispositif juridique épars. Cette floraison normative est la principale source de complexification du système fiscal. Ils sont accordés par différents ministères, dans différents secteurs qui ne

¹⁴⁵ Ainsi, l'article 232 de la loi sénégalaise n°2012-31 du 31 décembre 2012 dispose : « *les personnes physiques titulaires de bénéfices industriels et commerciaux, de bénéfices agricoles ou de bénéfices des professions non commerciales, quel que soit leur secteur d'activité, qui investissent au Sénégal tout ou partie de leurs bénéfices imposables, peuvent bénéficier, sur leur demande, dans les conditions fixées aux articles 238 à 244, d'une réduction du montant de l'impôt dont elles sont redevables* ».

¹⁴⁶ Loi sénégalaise n°2012-31 du 31 décembre 2012 portant Code général des impôts.

sont pas forcément proches les uns des autres. Cette dispersion des normes incitatives à caractère fiscal, à travers plusieurs textes pose un problème de coordination et de suivi de la part de l'administration fiscale. Cela dit, il sera intéressant de voir quels sont les différents mécanismes de régimes incitatifs dérogatoires au droit commun ?

2 : Les régimes incitatifs dérogatoires au droit commun

Les régimes dérogatoires sont constitués d'avantages accordés qui prennent la forme d'exonérations, de réductions, d'abattements, des taux réduits ou en un paiement différé de l'impôt. Ils renvoient à la notion de dépense fiscale. Celle-ci peut être définie comme « *un abandon de recette fiscale résultant de la mise en œuvre de dispositions spéciales dérogeant à une norme dite « norme de référence »*¹⁴⁷. Ce qui veut dire que pour parler de dépense fiscale, il faut nécessairement une norme de référence. C'est cette norme-là qui permet de considérer une mesure fiscale commune une dépense ou non. La dépense fiscale s'analyse à ce qui résulterait de la norme. Cette précision à son importance dans la mesure où toute perte de recette pour le budget de l'État n'est pas une dépense fiscale. Autrement, c'est dire que toute dépense budgétaire n'est pas une dépense fiscale. Qualifier une mesure de dépense fiscale suppose de se référer à une législation de base à laquelle elle dérogeait. Cette législation de base constitue le régime de droit commun applicable à tous. La plupart des cas, cette norme de référence est constituée, d'une part, par le Code général des impôts et le Code des douanes. Elle se caractérise par sa pérennité et sa généralité. A contrario, une norme qui concerne qu'une seule catégorie ou certaines catégories de contribuables, est considérée comme une norme dérogatoire, et par conséquent, une dépense fiscale.

Il faut dire que ces régimes dérogatoires, qui sont presque accordés dans tous les domaines de l'activité économique, figurent dans plusieurs textes de nature différente. Il peut s'agir de textes de nature législative, dont le plus connu est le code des investissements. Il peut également s'agir de textes de nature réglementaire. Il peut enfin s'agir de textes résultant de Conventions liant l'État d'accueil de l'investissement à un investisseur étranger ou à un État d'origine d'un investisseur.

Le code des investissements prévoit toute une série d'avantages à accorder à l'investisseur qui constitueront la contrepartie de ses engagements. Ces avantages recouvrent des domaines assez divers. Certains d'entre eux garantissent la sécurité de l'investissement

¹⁴⁷ A. THIAW, « Fiscalité et investissement », *op.cit.*, p. 20.

contre toute mesure discriminatoire de la part de l'État d'accueil qui porterait préjudice au propriétaire du capital. Il s'agira de toutes les clauses de stabilisation, de non-discrimination et de non-aggravation en matière fiscale, de réglementation du commerce ou des conditions d'activités de l'entreprise. D'autres avantages sont relatifs à la rentabilité même de l'investissement parmi lesquels les dispositions d'ordre fiscal occupent une place prépondérante. Cela signifie que la sécurité n'est qu'un élément de l'enjeu de l'investissement étranger même s'il en constitue l'un des plus importants. Il ne suffit pas de garantir à l'investisseur la sécurité, il faut aussi lui garantir la rentabilité de son investissement. Ce sont là les deux objectifs à atteindre par un Code des investissements. En matière fiscale, les avantages accordés à l'investisseur sont, soit stipulés expressément dans le texte de l'agrément, soit résultent simplement d'un renvoi aux dispositions du Code des investissements, soit d'autres textes de nature conventionnelle.

Hormis le Code des investissements, les zones franches constituent également un régime incitatif dérogatoire de droit commun pour attirer les investissements. Johary Hasina RAVALOSON définissait ainsi les zones franches d'exportation : « *Les zones franches d'exportation sont établies librement par les États, généralement des pays en développement, dans le but d'inciter à la localisation des investissements internationaux sur une partie bien délimitée de leur territoire, dans les domaines de production qu'ils définissent et dans la perspective de l'exportation des biens produits ; ceci, par l'octroi de régime fiscal dérogatoire ainsi que d'autres privilèges liés aux conditions de réalisation desdits investissements. L'État consent ainsi à considérer les investissements, de manière limitée et téléologique, comme ne relevant pas du droit commun* »¹⁴⁸. Le principe de territorialité -quoique finalement reconnu comme fondant la compétence à régir les investissements¹⁴⁹- ne sert plus à les contraindre pour promouvoir le développement. L'intérêt général exige désormais qu'aux contraintes succèdent

¹⁴⁸ J.H. RAVALOSON, « Le régime des investissements directs étrangers dans les zones franches d'exportation », *L'Harmattan*, 2004, p. 33.

¹⁴⁹ Patrick JUILLARD évoque un « compromis historique qui s'est forgé entre Pays du Nord et Pays du Sud » (« L'Accord sur les mesures concernant l'investissement et liées au commerce », in SFDI, Colloque de Nice, *La réorganisation mondiale des échanges*, Paris, *Pédone*, 1996, p. 113). Il faut cependant souligner que ce compromis est relatif car, d'une part, il part du constat que la souveraineté de l'État de territorialité dans la définition des conditions d'admission des investissements, peut « s'asseoir des conditions destinées à promouvoir le développement » (*in ibid.*, p. 114), et, d'autre part, il suggère un début de reconnaissance de « l'effort constant en vue d'internationaliser la règle de traitement et de protection par la multiplication des instruments conventionnels » (*ibid.*).

les incitations, autant dans les pays développés que dans les pays en développement¹⁵⁰. Du contrôle et de l'imposition des activités économiques, les législations nationales sont passées à l'allègement voire à la suppression des contraintes : un régime de zones franches d'exportation s'inscrit dans cette perspective. La zone franche se veut un espace d'exception où les investisseurs sont relativement libérés des pesanteurs fiscales, bureaucratiques et réglementaires habituelles de l'État. En effet, considérée comme extérieur au territoire douanier national, une zone franche est séparée du reste du pays par des clôtures voulues infranchissables. Cette caractéristique justifie tout le traitement dérogeant au droit commun que l'on y applique¹⁵¹.

Enfin, il existe un autre régime incitatif dérogatoire au droit commun que l'on appelle les méthodes d'élimination conventionnelle de la double imposition. La double imposition donne lieu à deux acceptations différentes. *Juridiquement*, elle est constituée lorsqu'un même contribuable se trouve atteint, au titre d'une même base imposable et d'une même période, par des impôts de nature comparable appliqués par deux ou plusieurs États, dans des conditions telles que la charge fiscale globale qu'il supporte s'avère supérieure à celle qui résulterait de l'intervention, dans des conditions de droit commun, d'un seul pouvoir fiscal¹⁵². C'est la définition juridique ou internationale. *Économiquement*, elle désigne l'application à une même matière imposable d'impôts successifs atteignant des contribuables distincts : les bénéficiaires des sociétés des capitaux, ainsi, sont d'abord atteints par l'impôt sur les sociétés au niveau de la société bénéficiaire, avant d'être taxés entre les mains des associés à raison des distributions effectuées¹⁵³. Autrement dit, elle s'entend de la situation dans laquelle deux personnes (physiques ou morales) différentes sont imposées au titre d'un même revenu ou d'une même opération. En matière d'investissement, elle caractérise la situation dans laquelle, l'investisseur est confronté à l'exercice conjoint, par les deux États, de la souveraineté en matière d'imposition des revenus issus de l'activité d'investissement. Au motif que ces revenus se trouvent sur son territoire, l'État d'accueil revendiquera sa légitimité à imposer au motif qu'il est l'État de résidence du bénéficiaire effectif, l'État de l'investisseur décidera d'exercer son droit à l'imposition. Le risque de cette double imposition juridique est très élevé puisqu' « *en*

¹⁵⁰ Les codes d'investissements, par exemple, que le professeur Madjid BENCHIKH désigne comme « l'expression d'une souveraineté décentrée » (Droit international du sous-développement, Berger-Levrault, Paris, 1983, p. 131).

¹⁵¹ J.H. RAVALOSON, « Le régime des investissements directs étrangers dans les zones franches d'exportation », *op.cit.*, p. 76.

¹⁵² B. CASTAGNEDE, « Précis de fiscalité internationale », *P.U.F.*, 2013, 4^{ème} éd., p. 8.

¹⁵³ *Idem.*, p. 8.

raison de la complexité des opérations des sociétés transnationales, et du fait qu'elles réalisent des recettes à l'intérieur des juridictions fiscales différentes, le revenu d'une filiale est susceptible d'être imposé tant par le pays où il est réalisé que dans le pays de la société mère »¹⁵⁴.

Cette situation n'est pas favorable à une politique d'attraction des investissements, c'est pourquoi les États s'efforcent de supprimer ces obstacles au développement des relations économiques entre eux. A cet effet, deux voies peuvent être employées pour éviter la double imposition. Il peut résulter soit, d'une mesure unilatérale de l'État d'accueil, soit d'une Convention fiscale bilatérale. C'est cette dernière qui est la plus souhaitable et la plus utilisée en raison de la portée de l'engagement des parties à ladite convention. Selon Bernard Castagnède, « l'expression « conventions fiscales » désignent plus volontiers les accords visant à un ajustement d'ensemble des juridictions fiscales concernées, du moins pour une catégorie d'impositions : impôts sur le revenu et, éventuellement, la fortune, impôts sur les successions, ou sur les donations, une même convention fiscale pouvant, le cas échéant, englober plusieurs de ces catégories fiscales »¹⁵⁵. La Convention fiscale définit l'étendue des compétences fiscales des États contractants de façon à éviter la double imposition juridique de l'investisseur. A cet effet, expose les modalités d'imposition des revenus, c'est-à-dire qu'elle fixe les limites du droit d'imposition de chacun des deux États contractants. Certains revenus sont imposables dans un seul État contractant. Ce dernier tient de la Convention fiscale le droit exclusif d'imposer lesdits revenus. Par contre, ce droit d'imposition est partagé entre les deux États contractants pour d'autres revenus. En général, c'est la convention qui détermine les catégories de revenus pour lesquels l'un des États contractants possède le droit exclusif d'imposition. Sur ces revenus, l'autre État n'a aucun droit d'imposition¹⁵⁶. La convention fiscale franco-nigérienne¹⁵⁷ en est une illustration. Elle confère un droit exclusif d'imposer certains revenus soit à l'État de la source du revenu, soit à celui du domicile. Ainsi, l'État de la source du revenu s'est vu reconnaître le droit exclusif d'imposer les revenus des biens immobiliers¹⁵⁸, les revenus des

¹⁵⁴ G. FEUER et H. CASSAN, « Droit international du développement », *Dalloz*, 1985, p. 242.

¹⁵⁵ B. CASTAGNEDE, « Précis de fiscalité internationale », *op.cit.*, p. 13.

¹⁵⁶ P. BELTRAME, « La fiscalité en France », *Hachette*, 4^{ème} éd., 1995, p. 125.

¹⁵⁷ Convention fiscale entre la France et le Niger, signée le 1^{er} juin 1965, et entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1966.

¹⁵⁸ Aux termes de l'article 9 de la Convention fiscale franco-nigérienne « les revenus des biens immobiliers, y compris, les bénéfices d'exploitations agricoles et forestières ne sont imposables que dans l'État où ces biens sont situés ».

entreprises industrielles, minières, commerciales ou financières¹⁵⁹, les redevances versées pour la jouissance de biens immobiliers ou l'exploitation de mines, carrières ou autres ressources naturelles¹⁶⁰ les revenus de professions libérales ou activités indépendantes¹⁶¹. En revanche, l'État de domicile du contribuable s'est vu réserver le droit exclusif d'imposer des revenus d'exploitation en trafic international de navires ou d'aéronefs¹⁶², les revenus issus de la propriété intellectuelle¹⁶³.

Ce qu'il faut retenir c'est que les États membres de la CEDEAO ont respectivement adopté des politiques incitatives fiscales pour l'attraction des investissements étrangers. La CEDEAO a, à son tour, mis en place une politique d'harmonisation des politiques incitatives fiscales de ses États membres.

B : Les politiques incitatives fiscales de la CEDEAO

Le 26 et le 27 mai 2009 a été tenue à Abuja (Nigéria) les soixante deuxièmes sessions ordinaires du Conseil des ministres de la CEDEAO. A l'issue de cette session a été adoptée une directive¹⁶⁴ portant sur la politique minière des États de la CEDEAO. Cette directive visait deux objectifs. D'abord, la nécessité de protéger et de maintenir la stabilité macroéconomique des États membres en ce qui concerne les revenus générés ou provenant de l'exploitation minière. Ensuite, de créer un environnement économique propice pour attirer les investisseurs dans

¹⁵⁹ Aux termes de l'article 10.1 de la convention fiscale franco-nigérienne, « les revenus des entreprises industrielles, minières, commerciales ou financières ne sont imposables que dans l'État sur le territoire duquel se trouve un établissement stable ».

¹⁶⁰ Selon l'article 20.1 de la convention fiscale précitée, « Les redevances versées pour la jouissance des biens immobiliers ou l'exploitation de mines, carrières ou autres ressources naturelles ne sont imposables que dans celui des États contractants où sont situés ces biens, mines carrières ou autres ressources naturelles ».

¹⁶¹ D'après l'article 23.1 de la même convention fiscale « Les revenus qu'une personne domiciliée dans un État contractant retire d'une profession libérale ou d'autres activités indépendantes de caractère analogue ne sont imposables que dans cet État, à moins que cette personne ne dispose de façon habituelle dans l'autre État contractant d'une base fixe pour l'exercice de ses activités. Si elle dispose d'une telle base, la partie des revenus qui peut être attribuée à cette base est imposable dans cet autre État ».

¹⁶² Selon l'article 12 de ladite convention « Les revenus provenant de l'exploitation, en trafic international, de navires ou d'aéronefs ne sont imposables que dans l'État contractant où se trouve le domicile fiscal de l'entreprise ».

¹⁶³ Selon l'article 20.2 de la convention, « Les droits d'auteur ainsi que les produits ou redevances provenant de la vente ou de la concession de licences d'exploitation de brevets, marques de fabrique, procédés et formules secrètes qui sont payés dans l'un des États contractants à une personne ayant son domicile fiscal dans l'autre État contractant ne sont imposables que dans ce dernier État ».

¹⁶⁴ Directive C/DIR3/05/09 du 27 mai 2009 portant harmonisation des principes directeurs et des politiques dans le secteur minier.

l'industrie minière et de maintenir un équilibre entre les intérêts des États membres et ceux des investisseurs. C'est ce deuxième objectif qui nous intéresse le plus dans cette étude.

Les mines et hydrocarbures constituent les secteurs les plus côtoyés par les investisseurs étrangers. C'est ce constat qui a poussé l'UEMOA, bien avant la CEDEAO d'instaurer une politique de promotion du secteur minier. C'est ainsi que l'Union a pris le 22 décembre 2003 un règlement¹⁶⁵ portant code minier communautaire de l'UEMOA. Ce code minier de l'UEMOA a les mêmes objectifs que la Directive portant sur la politique minière de la CEDEAO. En effet, les autorités de l'UEMOA considèrent que le code minier communautaire constitue un instrument de promotion du secteur des mines dans l'Union. Mais encore, l'instauration d'une réglementation minière communautaire participerait à la création d'un climat global propice aux investissements et au traitement égalitaire des investisseurs au sein de l'Union. L'article 2 du code minier de l'UEMOA dispose : « *Le présent code régit l'ensemble des opérations relatives à la prospection, à la recherche, à l'exploitation, à la détention, à la circulation, au traitement, au transport, à la possession, à la transformation et à la commercialisation de substances minérales sur toute l'étendue du territoire de l'Union, à l'exception des hydrocarbures liquides ou gazeux* ».

Ce qui intéresse le plus les investisseurs dans un code minier c'est ce qu'il peut leur garantir. C'est ainsi le code minier de l'UEMOA reconnaît que les titulaires des titres miniers d'exploitation acquièrent la propriété des substances minérales qu'ils extraient. A ce titre, les États membres doivent garantir aux titulaires des titres miniers, à leurs fournisseurs et à leurs sous-traitants : le droit de disposer librement de leurs biens mobiliers et immobiliers, matériels ou immatériels et d'organiser leur entreprise qui est notamment garantie contre toute mesure de nationalisation, d'expropriation ou de réquisition¹⁶⁶. La propriété privée est protégée dans tous ses aspects juridiques et commerciaux, ses éléments et ses démembrements, sa transmission et les contrats dont elle fait l'objet. L'UEMOA invite ses États membres à garantir aux investisseurs la libre importation des marchandises, matériaux, matériels, machines, équipements, pièces de rechange et biens consommables, sous réserve du respect du présent code et du code des douanes de l'UEMOA¹⁶⁷.

Par ailleurs, il faut noter que l'un des principaux soucis des investisseurs est le rapatriement des capitaux, fruits des investissements réalisés dans l'État d'accueil. C'est

¹⁶⁵ Règlement n° 18/2003/CM/UEMOA du 22 décembre 2003 portant adoption du code minier communautaire de l'UEMOA.

¹⁶⁶ Article 13 alinéa 1 du code communautaire de l'UEMOA.

¹⁶⁷ Article 13 alinéa 2 du code communautaire minier de l'UEMOA.

pourquoi les États membres de l'UEMOA, aux termes de l'article 15 alinéa 1,2,3,4 du code communautaire minier, garantissent aux titulaires des titres miniers, à leurs fournisseurs et à leurs sous-traitants :

- Le libre transfert des devises nécessaires aux activités régies par le présent code, notamment pour assurer les paiements normaux et courants en faveur de leurs créanciers et fournisseurs, hors de l'Union ;
- Le libre transfert des bénéfices nets à distribuer aux associés non ressortissants de l'Union et de toutes sommes affectées à l'amortissement des financements obtenus auprès d'institutions non ressortissantes de l'Union et de ses sociétés affiliées aux titulaires des titres miniers après avoir payé tous les impôts et taxes prévus par les textes en vigueur au sein de l'Union ;
- Le libre transfert des bénéfices et des fonds provenant de la liquidation d'actifs après le paiement de taxes et droits de douanes et des impôts prévus par les textes en vigueur au sein de l'Union.
- Le libre transfert par le personnel non ressortissant de l'Union employé par les titulaires de titres miniers, des économies réalisées sur leur traitement ou résultant de la liquidation d'investissements dans un État membre de l'Union ou de la vente de leurs effets personnels après paiement des impôts, des taxes et de toutes autres cotisations prévues par les textes en vigueur au sein de l'Union.

C'est exactement cette politique minière tant planifiée par l'UEMOA que la CEDEAO ambitionne d'instaurer en son sein. En effet, aux termes de l'article 31 alinéa 1 du traité révisé de la CEDEAO : « *Les États membres doivent harmoniser et coordonner leurs politiques et programmes dans le domaine des ressources naturelles* »¹⁶⁸. Dans la même lignée, l'alinéa 2 dudit article précise : « *Les États membres doivent coordonner leur programme pour le développement et l'exploitation des ressources minières et en eau* »¹⁶⁹. En ce sens, la CEDEAO vise à mettre en place des normes élevées d'obligations applicables aux sociétés minières et aux gouvernements, promouvoir les droits de l'Homme, la transparence, l'équité sociale ainsi que d'assurer la protection des communautés locales et de l'environnement dans les zones minières au sein de la région. De même, la politique minière compte créer un environnement minier qui soit sensible au développement macroéconomique durable et équilibrant la nécessité de fournir

¹⁶⁸ Article 31 alinéa 1 du Traité révisé de la CEDEAO (Cotonou, 1993), portant sur les ressources naturelles.

¹⁶⁹ Article 31 alinéa 2 du Traité révisé de la CEDEAO (Cotonou, 1993), portant sur les ressources naturelles.

des incitations appropriées afin d'attirer les investisseurs avec la responsabilité de protéger la base de revenu et les ressources des États membres¹⁷⁰.

Mais, comme dans la politique de la concurrence, l'harmonisation des politiques minières des États de la CEDEAO pose un certain nombre de problèmes pour sa réalisation. Ou plus précisément, les problèmes que rencontre le droit de la concurrence de la CEDEAO sont les mêmes qui apparaissent dans la mise en place d'une politique minière commune dans l'organisation. Ces problèmes relèvent de la disparité structurelle des politiques fiscales entre pays de l'UEMOA et ceux de la CEDEAO pour diverses raisons. D'abord, ces différences peuvent être le fait de l'influence du régime colonial sur les systèmes fiscaux nationaux. Si les pays de l'UEMOA sont d'anciennes colonies françaises (exceptée la Guinée Bissau et le Cap-Vert qui sont des pays de tradition juridique portugaise), certains pays de la CEDEAO sont d'anciennes colonies britanniques. Ensuite, sur le plan des ressources naturelles, les pays n'ont pas les mêmes potentialités, car un pays comme le Nigéria est le premier pays africain producteur de pétrole, alors que des pays comme le Burkina et le Sénégal ne sont producteurs d'aucune ressource énergétique ; quand bien même ce dernier vient, récemment de découvrir des gisements de pétrole dans son territoire. C'est ce qui fait que les États n'assignent pas les mêmes rôles à la fiscalité intérieure, directe ou indirecte. Ainsi, en 2010, les recettes fiscales sur ressources naturelles ont représenté, au Nigéria, 70% des recettes fiscales totales, tandis que dans les autres pays de la CEDEAO (Bénin, Burkina, Cap-Vert, Ghana, Guinée Bissau), elles ont atteint un taux faible. Cette part était de 4,14% au Niger, 5,75% en Côte d'Ivoire, 16,2% au Mali, et 25,96% en Guinée¹⁷¹.

Cette différence de taux fiscaux, combinée avec les barrières linguistiques rendent difficile la politique d'harmonisation fiscale au sein de la CEDEAO. C'est pourquoi au-delà des États, les deux organisations d'intégration (UEMOA, CEDEAO) doivent travailler de concert pour harmoniser leurs politiques d'incitations fiscales, afin d'empêcher la pratique non voulue d'une concurrence fiscale entre les États n'appartenant pas à une même organisation d'intégration. C'est le cas de la fiscalité minière, qui est un secteur dans lequel les deux organisations s'activent pour une harmonisation respective de leurs politiques minières : l'existence d'un code communautaire minier de l'UEMOA, vers la réalisation d'un code minier

¹⁷⁰R.S. DIENE, « Présentation de la directive minière de la CEDEAO », Atelier national d'information et de partage sur la vision du régime minier de l'Afrique, 16 septembre 2014, Dakar, http://endacacid.org/new/images/docs/atelier/vma/docs/presentation/2.ATELIER%20VRMA_DIRECTIVE%20DE%20LA%20CEDEAO.pdf

¹⁷¹ N. N. DIOUM, « L'harmonisation fiscale en UEMOA : enjeux et perspectives », Mémoire de fin d'études à l'E.N. A, Sénégal, 2013-2015, p. 64.

de la CEDEAO en cours. C'est dans cette perspective que l'ensemble des États de la sous-région ouest-africaine peuvent faire de la fiscalité minière un instrument de développement, en attirant et en sécurisant les investissements étrangers réalisés dans ce secteur. Car, cette harmonisation aboutira à une seule et unique réglementation que les investisseurs vont se conformer.

Par ailleurs, à côté des incitations fiscales déjà exposées, existent aussi des incitations administratives tendant à faciliter l'accueil des investissements étrangers dans les États de la CEDEAO.

Paragraphe 2 : Les incitations administratives

L'administration joue un rôle essentiel dans les politiques de promotion et de protection des investissements. C'est à elle que l'investisseur, désirent s'installer sur le territoire de l'État, s'adresse. Mais encore, c'est elle qui détient l'exclusif privilège d'accorder l'autorisation qui permet à l'investisseur de pouvoir s'implanter et exercer son activité d'investissement. Autrement dit, l'attribution de l'autorisation d'investir est liée à une décision de l'administration de l'État hôte.

Ainsi, le degré d'efficacité et de flexibilité de la procédure administrative de l'État, pour l'admission des investissements, peut jouer un rôle déterminant dans la politique d'attraction de ces derniers par l'État d'accueil. En ce sens, la procédure administrative de la délivrance des agréments des investisseurs **(A)** et la création d'agences spécialisées en matière d'investissements **(B)** sont des facteurs déterminants pour une politique administrative de protection et de promotion des investissements dans les pays d'accueil.

A : Le rôle de la procédure administrative de traitement des dossiers des investisseurs dans la promotion des investissements étrangers

L'accueil des investissements est une procédure essentiellement administrative. Autrement dit, c'est l'administration de l'État qui donne autorisation à l'investisseur de pouvoir mener ses activités d'investissements sur son territoire.

En droit des investissements, cette autorisation d'investir accordée à l'investisseur par l'administration est dénommée agrément **(1)**. Le degré de rapidité de la délivrance de cet agrément peut servir de baromètre pour mesurer l'efficacité de la politique de promotion de l'État **(2)**.

1 : L'agrément des investissements

L'acte d'agrément relève d'une demande adressée par l'investisseur aux autorités compétentes. Au Sénégal, l'article 20 de la loi n°2004-06 du 6 février 2004 dispose : « *Tout investisseur, désirant bénéficier des avantages particuliers prévus par le présent Code, doit déposer un dossier de demande d'agrément auprès de l'Agence nationale chargée de la Promotion de l'Investissement et des Grands Travaux (APIX) ou de l'autorité compétente désignée à cet effet*¹⁷² ». Mais, il faut signaler que la délivrance de l'agrément n'est pas automatique, elle obéit à un certain nombre de conditions dont la vérification est du ressort de l'administration, et plus particulièrement de l'Agence chargée de la délivrance du dit acte. Cette instruction du dossier de demande de l'agrément par l'investisseur est d'une importance capitale.

D'une manière générale, l'octroi d'un des régimes prévus aux codes des investissements des États d'accueil de l'investissement est la conséquence de toute une procédure au cours de laquelle l'investisseur doit se soumettre à toute une série d'obligations ayant pour objectif fondamental de vérifier la sincérité de ses engagements vis-à-vis de l'État. Par essence, le Code des investissements a pour but principal d'inciter les capitaux à s'investir dans un pays donné. Mais le Code ne devra pas s'appliquer automatiquement à tous les investissements, pour ne pas créer sur le plan administratif une confusion générale entre les entreprises soumises au régime de droit commun et celles soumises au régime de faveur¹⁷³. Tel est le sens de l'étude minutieuse des dossiers de demandes d'agrément des investisseurs.

Par ailleurs, l'octroi de l'agrément va créer entre l'État d'accueil et l'investisseur des rapports juridiques spéciaux. La sécurité dans leurs relations, dépendra de la clarté de la nature juridique de tels rapports.

L'investisseur bénéficiaire d'un agrément est soumis à un certain nombre d'obligations. Par exemple l'article 22 du Code des investissements du Sénégal dispose : « *Outre les obligations générales instituées à l'article 14*¹⁷⁴ *du présent Code, tout investisseur bénéficiaire d'un agrément est tenu de satisfaire aux obligations suivantes :*

¹⁷² Article 20 de la Loi n°2004-06 du 6 février 2004 portant Code des investissements du Sénégal

¹⁷³ B. NIANE, « Le régime juridique et fiscal du code des investissements au Sénégal », éd. *Pédone*, 1976, p. 34.

¹⁷⁴ L'article 14 du Code des investissements sénégalais énumère des obligations des entreprises d'une manière générale. En effet, il dispose que toute entreprise est tenue, sur toute l'étendue du territoire du Sénégal, au respect des obligations générales suivantes : se conformer à la législation du Sénégal, notamment en ce qui concerne les textes et règlements régissant la création et le fonctionnement des entreprises, le respect de l'ordre public, la protection des consommateurs et de l'environnement ; observer les règles et normes déjà exigées sur

. À la fin de chaque année, informer l'APIX ou l'autorité compétente sur le niveau de réalisation du projet ;

. Déclarer à l'APIX ou l'autorité compétente, la date de démarrage de l'activité pour laquelle son programme a été agréé et déposer le récapitulatif des investissements réalisés ;

Permettre à l'administration compétente de procéder au contrôle de conformité de l'activité ;

. Faire parvenir à l'APIX ou à l'autorité compétente, une copie des informations à caractère statistique que toute entreprise est légalement tenue d'adresser aux services statistiques nationaux ;

. Tenir la comptabilité de l'entreprise, conformément au plan comptable, adopté dans le cadre du Système Comptable Ouest Africain (SYSCOA) »¹⁷⁵.

Réciproquement l'État d'accueil est, comme l'investisseur, soumis à des obligations. Ces dernières se rapportent généralement à des clauses de garantie des avantages acquis. Elles ont pour objectif de garantir à l'entreprise agréée le maintien des avantages accordés durant toute la période d'application de l'agrément. Leur domaine d'application est assez large : conditions d'activités commerciales, droit des sociétés, régime fiscal, situation réglementaire du personnel expatrié. Elles peuvent prendre trois formes : clause de non-discrimination, de non-aggravation et clause de stabilisation fiscale. Leur application a comme point de départ la date de signature de la convention d'établissement ou du décret d'agrément. Ou d'une manière générale, à la date de la signature des contrats d'investissements. Il faut noter que la plus importante de ces clauses aux yeux de l'investisseur est celle de la stabilité fiscale¹⁷⁶.

En somme, l'administration de l'État d'accueil joue un rôle important dans l'investissement, car c'est l'acte d'agrément qu'elle délivre à l'investisseur qui permettra ce dernier de pouvoir démarrer son activité d'investissement. Mais son rôle peut avoir plus d'impact dans la politique de promotion des investissements de l'État si elle procède à une simplification mais aussi et surtout à une rapidité de traitement des demandes d'agrément des investisseurs.

les produits, dans son État d'origine, en ce qu'elles peuvent compléter les règles nationales visées ci-dessus ; fournir toute information jugée nécessaire, pour un contrôle de ses obligations découlant du présent Code.

¹⁷⁵ Article 22 de la Loi n°2004-06 du 06 février 2004 portant Code des investissements du Sénégal précité.

¹⁷⁶ Voir l'article 24 de la Convention entre la société COTCO, le Tchad et Le Cameroun dans le cadre du projet pipeline Tchad Cameroun dans laquelle la clause de stabilisation dispose que l'État du Cameroun ne peut modifier son régime juridique, fiscal, douanier et de contrôle des changes de manière à porter atteinte aux droits et obligations de l'investisseur.

2 : La rapidité de traitement des demandes d'agrément

Une administration efficace et efficiente n'est pas forcément une administration prête à répondre d'une manière favorable aux demandes qu'on lui adresse. La première marque de prestige d'une administration est celle disposant d'une procédure de réponse rapide aux demandes qui lui sont adressées. Cette rapidité de sa procédure de réponse permet, par ailleurs, de mesurer l'importance qu'elle attache aux besoins des populations, qui constituent le fondement de sa mission de satisfaction de l'intérêt général.

Ce souci de rapidité de ses réponses, elle(administration) ne doit pas seulement le limiter dans ses rapports avec ses propres citoyens. Elle doit également l'étendre dans ses relations avec le monde extérieur, car elle est obligée de communiquer avec ce dernier. Ce constat vaut plus pour les pays en développement, comme ceux de la CEDEAO, qui n'ont véritablement pas encore affirmé leur souveraineté économique. Ainsi, dans leur politique de promotion et de protection des investissements étrangers, les États de la CEDEAO doivent aussi veiller à l'efficacité de leurs administrations respectives.

L'efficacité première de leurs administrations, dans cette politique d'attraction des investissements, c'est de pouvoir promptement répondre à temps aux demandes d'agrément des investisseurs étrangers désirant s'installer dans leur territoire. A ce propos, le Sénégal a fait des avancées remarquables au niveau administratif sur sa politique d'attraction des investissements étrangers. En effet, les demandes d'agrément sont examinées dans un délai maximum de 10 (dix) jours pour le Code des investissements et de 21 jours pour le Statut de l'Entreprise Franche d'Exportation¹⁷⁷. Mieux encore, au niveau d l'APIX, il y a ce que l'on appelle le Centre de Facilitation des Procédures administratives (CFPA) qui est au service des investisseurs sénégalais comme étrangers afin de leur porter assistance dans l'accomplissement et le traitement de toutes les démarches et formalités administratives. Le CFPA est saisi de la manière suivante. Par une demande d'assistance administrative, le promoteur saisit l'APIX ; ce dernier, dans les 24h qui suivent, transmet le dossier à l'administration compétente et en assure le suivi quotidien jusqu'à l'obtention du permis, de la licence ou de l'autorisation ou de l'agrément.

¹⁷⁷ Au Sénégal, il faut noter que les entreprises dont le chiffre d'affaires provient de 80% au moins des exportations peuvent accéder au statut de l'Entreprise Franche d'Exportation (EFE). Ce statut d'entreprise franche d'exportation a été institué par la Loi n°95-34 du 25 décembre 1995, modifié par la Loi n°2004-11 du 6 février 2004. Cette Loi est complétée par le décret d'application n°96-869 du 15 octobre 1996, modifié par le décret n°2004-1314 du 28 septembre 2004.

D'une manière générale, il faut dire que la gestion du temps joue un rôle important dans tout projet de développement. Et il est incontestable que l'investisseur étranger est devenu acteur de développement dans les pays d'accueil, et surtout ceux en développement. Par conséquent, leurs demandes d'autorisation d'investir doivent être traitées dans les plus brefs délais par les États d'accueil de l'investissement. Ainsi, la meilleure manière pour les États de la CEDEAO de rendre efficaces et rapides les procédures d'obtention des agréments des investisseurs, c'est de créer des agences spécialisées en matière d'investissements.

B : La création d'agences spécialisées en matière d'investissement

L'investissement étranger occupe une place si importante dans le monde économique d'une manière générale, et dans les États de la CEDEAO en particulier, qu'il mériterait un encadrement particulier dans ces dits États. Conscients de cet état de fait, certains pays lui ont consacré un Ministère pour mieux le prendre en compte dans la gestion gouvernementale. Ainsi, au Sénégal, par exemple, la politique de promotion des investissements a été attribuée au Ministère de la Promotion des Investissements, des Partenariats du Développement des Télé services de l'État¹⁷⁸. Au Mali, l'investissement est attribué au Ministère de la Promotion des Investissements et du Secteur Privé¹⁷⁹.

Au demeurant, attribuer un Ministère la politique d'investissement ne constitue pas exclusivement la seule manière de lui réserver une réglementation particulière. De nos jours, les États ont tendance à créer des agences spécialisées en matière d'investissements. D'ailleurs, l'avantage de ces agences, contrairement aux ministères, c'est leur accessibilité et leur pragmatisme. Ces agences constituent, en quelque sorte, une déconcentration des tâches gouvernementales, en ce sens qu'elles sont censées gérer des missions qui étaient, originellement, dévolues aux différents Ministères composant le Gouvernement. Elles sont réputées être plus proches des investisseurs, car, justement, elles servent d'intermédiaires entre les investisseurs et l'État d'une manière générale en ce qui concerne les procédures administratives d'obtention des autorisations d'investir.

Au titre des facilités administratives, le système de guichet unique ou *one stop shop* est généralisé dans tous les régimes nationaux afin de faciliter les démarches administratives des investisseurs dès leur arrivée. Ce service d'accueil fait office de relais entre les investisseurs

¹⁷⁸ www.gou.sn/-Le-Gouvernement-html?debut_articles=20

¹⁷⁹ <http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/dossiers-pays/mali/presentation-du-mali/article/composition-du-gouvernement-1657>.

d'une part et les différents ministères de l'État et leurs branches accordant les différentes autorisations nécessaires d'autre part : autorisation d'investissement, agrément pour bénéficier du régime de zones franches, permis de travail et de séjour pour le personnel étranger, licences d'importation et d'exportation, permis de construire ou encore rapatriement de fonds¹⁸⁰.

Ces agences spécialisées en matière d'investissement existent dans la plupart des États de la CEDEAO. En Côte d'Ivoire, elle est dénommée Centre de Promotion des Investissements de la Côte d'Ivoire (CEPICI). D'après un décret de 2012¹⁸¹, le CEPICI est le guichet unique de l'investissement direct en Côte d'Ivoire. Au Sénégal, comme précédemment exposée, c'est l'Agence de Promotions des Investissements et des grands Travaux de l'État (APIX) qui se charge de la politique d'investissement. Au Nigéria, elle est dénommée Nigérian Investment Promotion Commission (NIPC)¹⁸², c'est-à-dire la Commission de la Promotion des Investissements du Nigéria.

Tout ceci démontre l'importance que les États de la CEDEAO accordent à l'investissement étranger. D'ailleurs, ce dévouement des États à la promotion des investissements étrangers dans leur territoire a été adopté par la Communauté dans sa politique régionale, à travers son projet de la mise en place d'un code communautaire des investissements. A travers ce code, la CEDEAO a pour objectif de mettre sur pied une réglementation unique des investissements étrangers dans la sous-région. Cette harmonisation des politiques respectives des investissements des États membres contribuera, par ricochet, à la réalisation de l'Union économique et monétaire des États de la Communauté qui constitue l'objectif originel ou principal de la CEDEAO. Celle-ci doit inciter tous les États membres à créer des agences spécialisées en matière d'investissements, et en même temps, elle doit pouvoir communiquer directement avec ces agences sans l'intermédiaire des États.

En résumé, ces politiques d'incitation économiques et juridiques, combinées avec les règles d'édification du marché commun sont considérées comme les instruments internes de la réalisation de l'intégration économique de la CEDEAO. Et nous venons de démontrer que ces instruments internes peuvent contribuer à la protection des investissements étrangers dans l'espace communautaire. Par ailleurs, à côté de ces instruments qui sont propres à la Communauté et les États membres, il existe d'autres qui ne sont pas, cette fois-ci, directement

¹⁸⁰ J. H. RAVALOSON, « Le régime des investissements directs dans les zones franches d'exportation », *op.cit.*, p. 93.

¹⁸¹ Décret n°2012-867 du 06 septembre 2012 portant création du Centre de Promotion des Investissements de la Côte d'Ivoire (CEPICI).

¹⁸²<http://www.nipc.gov.ng/index.php/about-nipc.html>

produits par l'organisation régionale mais qui s'appliquent à la CEDEAO, et contribuent, au même titre que les premiers, à la protection des investissements étrangers dans l'espace communautaire : on les appelle les instruments externes à la CEDEAO.

Conclusion du Chapitre 1 du Titre 1

Il s'est agi, ici, de démontrer que bien qu'ils ne soient pas ressortissants de la communauté, les investisseurs étrangers peuvent bénéficier d'une protection communautaire de leurs biens à travers les instruments internes de réalisation de l'intégration régionale de la CEDEAO.

Les instruments internes de l'intégration régionale peuvent s'entendre comme des règles secrétées par l'institution communautaire et qui ont pour objet de réaliser l'intégration économique. Deux séries de règles ont été présentées comme susceptibles d'assurer cette protection communautaire aux investisseurs ressortissants d'États tiers : il y'a, d'une part, les règles d'édification du marché commun, et d'autre part, les politiques d'incitation économiques et juridiques des investissements étrangers dans l'espace CEDEAO.

Les règles d'édification du marché commun proviennent du droit de l'intégration régionale stricto sensu. Ce sont les règles qui organisent le processus d'intégration économique.

La préoccupation première de toute organisation communautaire c'est de garantir l'exercice de certaines libertés indispensables à la construction d'un marché commun que sont la liberté d'établissement et la libre circulation des capitaux. Ce sont seulement les investisseurs ressortissants des États membres de la CEDEAO qui peuvent, en principe, bénéficier de la liberté d'établissement dans l'espace régional. Mais, puisque la définition des critères de nationalité des personnes physiques ou morales demeure de la compétence de chaque État membre, une filiale étrangère conformément constituée aux législations d'un État membre de la CEDEAO peut être considérée comme ressortissante de ce dit État. Dans cette perspective, au même titre qu'une société locale, cette multinationale ou cette personne physique étrangère bénéficieront du principe de la liberté d'établissement, consacré par le droit communautaire. Cette même analyse est également valable dans l'autre pendant des libertés originelles du marché commun que constitue la liberté de circulation des capitaux. En outre, mises à part ces deux libertés, la réglementation de la concurrence est un autre élément indispensable à la réalisation du marché communautaire. Ici aussi, même si le droit de la concurrence a pour sujets les opérateurs économiques ressortissants des États membre de l'organisation régionale, les investisseurs étrangers, ressortissant d'États tiers ne pourront être amenés à bénéficier des règles de la concurrence de l'espace concerné. Autrement dit, une bonne politique de la concurrence pourrait contribuer à une protection des opérations des investisseurs étrangers dans l'espace régional. Mais, dans la pratique, l'espace CEDEAO révèle quelques complications par rapport au droit de la concurrence. Tout d'abord, il a été souligné qu'à côté de la CEDEAO, il

Il y a aussi l'UEMOA qui dispose aussi son propre droit de concurrence. Il s'avère, en outre, que tous les États membres de la CEDEAO ne sont pas membres de l'UEMOA. Il suit de là que des conflits de normes peuvent naître entre ces deux organisations en matière de concurrence, ce qui pourrait avoir des répercussions dans les politiques d'attraction des investissements étrangers des États de ces deux ensembles régionaux. D'autre part, la pratique montre que le droit de la concurrence de la CEDEAO semble plus favorable aux investisseurs étrangers qu'aux sociétés locales. Une telle pratique pourrait, à la longue, conduire à l'anéantissement de ces dernières. Ainsi, équilibrer les rapports de force entre les multinationales étrangères et les opérateurs économiques locaux doit être une nécessité de l'organisation régionale.

Par ailleurs, si les investisseurs étrangers peuvent, indirectement, bénéficier d'une protection du droit communautaire à travers les règles d'édification du marché commun, d'autres règles, en revanche, contribuent directement à la sécurisation des dits investisseurs dans l'espace CEDEAO : il s'agit des politiques d'incitation économiques et juridiques des capitaux étrangers, développées aussi bien par les États membres de la CEDEAO que ladite organisation régionale. Ces politiques d'attraction des investissements étrangers sont de deux ordres ; il peut s'agir d'incitations administratives ou d'incitations fiscales.

Les premières sont incontournables pour l'établissement des investisseurs sur les territoires étrangers. Pour que les opérateurs économiques puissent exercer leurs activités d'investissements sur le territoire de l'État, ils doivent introduire auprès des autorités administratives compétentes de celui-ci des demandes d'autorisation d'investir. Cette autorisation, en effet, porte le nom d'agrément. Ici, la fluidité de cette procédure administrative, et la rapidité de traitement des demandes jouent un rôle non négligeable dans l'incitation de l'investissement. C'est pour cette raison que, dans la plupart des États de la CEDEAO, il a été institué des agences spécialisées en matière d'investissements, qui constituent les interlocutrices directes des investisseurs étrangers. Elles ont essentiellement pour mission de faciliter administrativement et juridiquement l'établissement de ces derniers dans l'État hôte.

Les incitations fiscales, en revanche, ne sont pas incontournables pour l'établissement des investisseurs étrangers. Ce sont des politiques qui visent à séduire ceux-ci en leur offrant certains avantages fiscaux et douaniers. Mais, dans la pratique, les incitations fiscales respectives des États de la CEDEAO pourraient faire naître une sorte de concurrence entre États membres de la communauté dans la politique d'attraction des investissements. Pour éviter un tel méfait, l'institution régionale devrait procéder à une harmonisation communautaire des politiques fiscales et douanières d'attraction des investissements de ses États membres.

Par ailleurs, à côté de ces instruments internes de protection des investissements étrangers de la CEDEAO que sont, les règles d'édification du marché commun et les politiques d'incitations économiques et juridiques, existent aussi des instruments qui sont externes à l'institution régionale et qui peuvent contribuer à une sécurisation des biens des investisseurs.

Chapitre 2 : Les instruments externes à la Communauté

Il peut être entendu par instruments externes à la CEDEAO, des dispositifs normatifs qui ne sont pas produits par l'organisation régionale et qui s'appliquent à celle-ci. En d'autres termes, ce sont des instruments qui pénètrent dans le fonctionnement de la CEDEAO et qui sont pris en compte dans celle-ci. On peut en citer deux : l'un a pour vocation essentielle de protection ; il s'agit d'instruments relatifs à la protection des droits de l'Homme, et l'autre est purement politique et économique ; il s'agit de la coopération UE/ACP.

Il s'agira de démontrer que les instruments relatifs aux droits de l'Homme ratifiés par la CEDEAO et les relations que celle-ci noue avec l'Union européenne peuvent constituer un apport à la politique de promotion et de protection des investissements étrangers dans l'espace CEDEAO.

Ainsi, il sera exposé d'une part, la prise en compte des droits de l'Homme dans le domaine de investissements (**Section 1**), et d'autre part, l'apport des relations UE/ACP dans la politique de promotion et de protection des investissements étrangers dans l'espace concerné (**Section 2**).

Section 1 : La prise en compte des droits de l'Homme dans le domaine des investissements

Le droit international des investissements n'est pas né ex nihilo. Mieux, il entretient des liens étroits avec d'autres branches du droit international, notamment les droits de l'Homme¹⁸³. Un auteur a ainsi pu relever que : « *le droit international de l'investissement est en filiation directe avec le droit des étrangers, et donc avec les droits de l'homme* »¹⁸⁴. Au sens originel, le premier est destiné à régir les activités des opérateurs économiques internationaux au rang desquels se trouvent notamment les sociétés multinationales, tandis que le second vise à établir et faire respecter les droits fondamentaux reconnus à tout être humain. Plus précisément, les

¹⁸³ Les études sont devenues nombreuses sur ce point, voir par ex O. DANIC « Droit international des investissements, Droits de l'Homme, Droit de l'environnement », in *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Ch. LEBEN (dir.), Pédone, 2015, pp. 531-579 ; Ph. KAHN « Investissements internationaux et droits de l'Homme », in *Où va le droit des investissements : Désordre normatif et recherche d'équilibre*, Ferhat HORCHANI (dir.), Pédone, 2006, pp. 95-109 ; L. LIBERTI, « Investissements et droits de l'Homme », in *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux /New Aspects of International Investment Law*, Ph. KAHN et Th. WÄLDE (dir.), Académie de droit international de la Haye, 2007, pp. 791-851.

¹⁸⁴ S. ROBERT-CUENDET, « Les investissements intracommunautaires entre droit communautaire et accords internationaux sur l'investissement : concilier l'inconciliable ? », *R.G.D.I.P.*, 2011, p.859.

droits de l'Homme ont une portée universelle, car ils visent la protection de « *l'ensemble des droits et libertés fondamentaux inhérents à la dignité de la personne humaine et qui concernent tous les êtres humains* »¹⁸⁵. Les relations entre ces deux branches du droit ne sont toutefois pas récentes. Elles existent, en effet, tout au moins depuis 1974, date à laquelle fut initié, au sein de la Commission des Nations Unies sur les sociétés transnationales, un Projet de Code de conduite des sociétés transnationales¹⁸⁶. De la fin des années 1970 au milieu des années 1990, la confrontation entre le droit des investissements et les droits de l'Homme a perdu de son intensité, notamment du fait de l'affaiblissement progressif des revendications pour un nouvel ordre économique. Elle est revivifiée depuis une dizaine d'années en raison de la part importante occupée par les investissements internationaux dans la mondialisation de l'économie...¹⁸⁷

La prise en compte des droits de l'homme ou bien leur protection dans le domaine des investissements peut, dès lors, être appréhendée sous deux angles d'attaque :

Premièrement, l'immixtion des droits de l'Homme dans le droit international des investissements n'est pas une chose surprenante si les investissements sont assimilés au droit de propriété de l'investisseur. Si ce dernier mène ses activités d'investissements dans un pays étranger, il attend que l'on traite son investissement, à savoir son droit de propriété, de la manière la plus juste. En d'autres termes, si le droit de propriété est un droit de l'Homme¹⁸⁸, et que l'investissement est considéré comme un droit de propriété, le droit qu'à l'investisseur sur son investissement est par conséquent considéré comme un droit de l'Homme. Par voie de conséquence, il est possible de considérer le droit de propriété comme le cordon ombilical qui relie le droit des investissements internationaux et les droits de l'Homme. Cet angle de la prise en compte des droits de l'Homme dans le domaine des investissements bénéficie à l'investisseur, car tout acte pris par l'État d'accueil et lésant les intérêts de l'investisseur

¹⁸⁵ J. SALMON, « Dictionnaire de droit international public », Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 901.

¹⁸⁶ S. MANCIAUX, « L'implication d'investisseurs étrangers dans certaines violations des droits de l'Homme », in « Au cœur des combats juridiques : pensées et témoignages de juristes engagés : Actes du colloque « Pratique du droit, pensée du droit et engagement social » organisé à Dijon les 11 et 12 mai 2006, CREDIMI, Emmanuel DOCKES (dir.), p. 355.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 356.

¹⁸⁸ Le droit de propriété a été déclarée par certains textes internationaux relatifs à la protection des droits de l'homme comme un droit de l'homme. Il en est ainsi de l'article 17 de la Déclaration universelle des droits de l'homme qui dispose : « 1. Toute personne, aussi bien seule qu'en collectivité, a droit de propriété 2. Nul ne peut être arbitrairement privé de sa propriété ». L'article 1^{er} alinéa 1^{er} du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dispose : « Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international ».

étranger pourrait être considéré comme une violation du droit de propriété de l'investisseur ; autrement dit, une violation de l'un de ses droits fondamentaux.

Secondement, l'immixtion des droits de l'Homme dans le domaine des investissements internationaux peut être analysée par rapport à l'impact de l'opération d'investissement sur les populations vivant sur le territoire de l'État d'accueil. Dans ce cas de figure, c'est l'opération d'investissement en tant que telle qui porterait atteinte aux droits fondamentaux de l'Homme. Ici, en revanche, l'invocation des droits de l'Homme serait au profit des personnes vivant sur le territoire de l'État d'accueil de l'investissement.

En résumé, voici les deux hypothèses dans lesquelles on peut analyser la prise en compte des droits de l'Homme en droit des investissements internationaux. Pour préserver ces droits fondamentaux de l'Homme, l'État d'accueil aussi bien que l'investisseur étranger ont des obligations respectives qu'ils doivent observer (**Paragraphe 1**). Mais c'est dans le contentieux investisseurs/États que l'on trouve l'efficacité de cette protection (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : Les obligations respectives de l'État d'accueil et des investisseurs en matière de protection des droits de l'homme

Quand il est fait référence à la rencontre entre le droit des investissements et les droits de l'Homme, c'est plutôt à la limitation de celui-là par ceux-ci que l'on pense. Ce sont les droits de l'Homme qui sont susceptibles d'être bafoués et qu'il faut protéger dans le cadre de l'investissement.

L'exercice des droits fondamentaux de l'Homme peut être compromis soit par les agissements de l'État d'accueil, soit par ceux de l'investisseur étranger. Plus explicitement, l'État d'accueil peut être auteur des violations des droits de l'Homme au moment du traitement des investissements étrangers, et l'investisseur étranger, au moment de l'opération d'investissement.

Ainsi, si le respect des droits de l'Homme s'impose à l'État hôte dans le traitement qu'il accorde à l'investisseur (**A**), pour ce dernier, ça l'est au moment de l'opération d'investissement (**B**).

A : La compétence liée de l'État d'accueil dans le traitement des investissements

Selon le droit international, les États ne sont pas tenus d'accepter les investissements étrangers sur leur territoire. L'acceptation de l'investissement est une manifestation par

excellence d'un acte de souveraineté d'un État. Toutefois, si l'admission de l'investissement est établie, l'État se trouve dans une situation de compétence liée en ce qui concerne son traitement. Cela signifie que l'État d'accueil de l'investissement doit respecter un certain nombre de règles dans le traitement des investissements, et notamment le respect des droits de l'Homme.

Afin de respecter les droits fondamentaux de l'Homme, la nécessité de la reconnaissance des investissements étrangers comme un droit de propriété s'impose au préalable (1). Il conviendra, ensuite, d'exposer les différentes obligations des États en matière de protection des droits de l'homme dans le traitement des investissements (2).

1 : La reconnaissance des investissements étrangers comme un droit de propriété

Le droit de propriété n'est pas seulement, comme le définit l'article 544 du Code civil¹⁸⁹, « le droit de jouir et de disposer des choses [...] », il est davantage une relation aux hommes qu'une relation aux choses. Son existence influe sur les relations entre les individus et celle des citoyens et de l'État. Son usage économique détermine le développement, qui conditionne lui-même l'exercice de toutes les libertés¹⁹⁰. L'investissement est la propriété de l'investisseur ou des investisseurs¹⁹¹, il lui appartient de droit. Par conséquent, il doit en disposer conformément aux règles du droit de propriété. Son investissement, qui constitue sa propriété, doit même faire l'objet d'une protection.

Aux États-Unis, la protection constitutionnelle s'étend aux biens des américains comme aux biens des non-américains. Le cinquième amendement prévoit in fine, que les biens privés ne peuvent être expropriés à des fins publiques, si ce n'est sous réserve d'une « juste » indemnisation. Le quatorzième amendement prévoit, quant à lui, que nul État membre ne saurait priver quiconque de sa propriété sans procédures légales. Ces deux dispositions constitutionnelles, qui limitent, pour l'une, la capacité d'action du gouvernement fédéral, et,

¹⁸⁹ L'article 544 du Code Civil dispose : « La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ».

¹⁹⁰ L. MONTI, « La Convention européenne des droits de l'homme et le droit de propriété », *Thèse, Nice*, 2001, p. 21.

¹⁹¹ Ici, il faut préciser que l'investisseur n'est pas forcément une personne physique. D'ailleurs, dans la plupart des cas, en droit international des investissements, les investisseurs sont des personnes morales. A ce propos, on peut convoquer l'éclairage de Dominique CARREAU et Patrick JUILLARD à propos des personnes morales : « ...le véhicule habituel de l'investissement international n'est autre que la société commerciale », « Droit international économique », 4^{ème} éd., 2013, p.493. Autrement dit, ces investisseurs que l'on appelle des agents économiques, peuvent être de grandes filiales s'implantant dans des pays où la main d'œuvre est moins coûteuse pour y développer leurs activités économiques.

pour l'autre, la capacité d'action des États membres protègent tant les biens des américains que les biens des non-américains¹⁹². Il en est de même en France où le droit de propriété est un droit garanti par les textes constitutionnels. C'est ainsi que l'article 17 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789, dispose que : « *La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité* ».

Cependant, pour adhérer à la thèse selon laquelle, les investissements doivent être considérés comme un droit de propriété, il faut analyser les conséquences juridiques de l'expropriation. Certains auteurs considèrent que « *l'acte d'exproprier constitue à la fois l'atteinte la plus grave à la propriété privée...* »¹⁹³. En soutenant cette affirmation, l'auteur considère indirectement que l'investissement de l'investisseur est un droit de propriété dont ce dernier peut opposer à l'État d'accueil. Une jurisprudence constante du CIRDI, suivie plus récemment par celle de la Cour européenne des droits de l'Homme indique que la protection du droit de propriété s'installe dans la protection contre ce qui est convenu d'appeler les mesures équivalentes à une expropriation. Cette dernière¹⁹⁴, qu'elle soit directe ou indirecte, entraîne forcément une indemnisation de l'investisseur lésé. L'État, en expropriant l'opérateur économique de son investissement, l'a dépossédé de son bien, lui portant ainsi préjudice. Par conséquent, il est tenu de l'indemniser.

Si l'investissement est reconnu comme un droit de propriété, il doit avoir les mêmes effets que ce dernier. Admettre, ainsi, l'investissement comme un droit de propriété, c'est en même temps reconnaître que l'investissement constitue un droit de l'Homme. Par voie de conséquence, l'État d'accueil, dans le traitement des investissements, est assujéti à un certain nombre d'obligations qu'il doit respecter.

¹⁹² D. CARREAU et P. JUILLARD, « Droit international économique », 4^{ème} éd. Dalloz, 2010, p. 526.

¹⁹³ S.H. NIKIEMA, « Les « mesures » d'expropriation indirecte en droit international des investissements : les actes et omissions de l'État d'accueil », in « Le droit des rapports internationaux économiques privés », Mélanges en l'honneur du professeur Jean-Michel JACQUET, *Lexis Nexis* 2013, p. 235.

¹⁹⁴ On parle d'expropriation directe lorsque l'État édicte une loi ou un règlement qui retire le titre de propriété du bien à l'investisseur au bénéfice de l'État ou d'un tiers désigné par ce dernier. Et on parle d'expropriation indirecte lorsque du fait de l'une de ses mesures, l'État d'accueil porte atteinte à l'intégrité physique ou à l'utilité économique de l'investissement sans pour autant retirer le titre de propriété.

2 : Les obligations des États en matière de protection des droits de l'Homme dans le domaine des investissements

La protection des droits de l'Homme est une nécessité dans tous les domaines, pas seulement dans celui des investissements. Cependant, dans ce dernier, l'État y joue un rôle non moins important surtout lorsqu'il s'agit d'accueillir les investissements. Dans certaines hypothèses, l'État est assujéti à des obligations de non-ingérence **(a)** et dans d'autres, à des obligations d'agir **(b)**.

a- Les obligations de non-ingérence

Il faut, de prime abord, admettre que l'État a toujours été dans l'obligation de respecter et de protéger les droits de l'Homme. Seulement, en ce qui concerne les investissements étrangers, ces obligations se trouvent renforcées par les sources contraignantes du droit international économique qui font des droits de l'Homme des normes de référence en la matière.

Plus précisément, dans le traitement de l'investissement étranger, l'État doit considérer le bien de l'investisseur comme un droit de l'Homme qu'il est dans l'obligation de respecter. Il n'a pas à s'immiscer dans l'activité de l'investisseur, du moment où ce dernier se conforme à la loi. L'investissement étranger constitue, en quelque sorte, une limite aux compétences territoriales de l'État. Le pouvoir normatif de l'État d'accueil ne s'applique pas, en principe, sur le bien de l'investisseur, ou du moins dans son fonctionnement. L'opérateur économique dispose de la compétence exclusive du fonctionnement de son entreprise. Il n'est pas sous la tutelle de l'État, et n'entre pas dans la hiérarchie de l'administration de ce dernier.

Il convient également de souligner que l'investisseur ne se trouve pas dans une relation de coopération¹⁹⁵ avec l'État d'accueil. Il est lié à ce dernier par un contrat, au sens international du terme. Et comme dans tout contrat, chaque partie s'engage à exécuter l'ensemble des obligations qu'elle a souscrites.

¹⁹⁵ La coopération suppose que les différents acteurs poursuivent un but commun, ils ont le même objectif. Or dans le cadre d'un traité bilatéral d'investissements, les objectifs entre l'investisseur étranger et l'État d'accueil ne sont pas les mêmes quand bien même l'intérêt économique est la raison fondamentale de cette relation. L'investisseur, bien évidemment, attend directement des retombées économiques de son investissement. L'État d'accueil, quant à lui, poursuit un but d'intérêt général. D'abord, il attend de l'investissement un apport technologique pour améliorer son savoir-faire. Ensuite, l'accueil de l'investissement participe nécessairement à la politique de l'emploi au profit des nationaux qui est une mission d'intérêt général de l'État. Pour résumer, l'investisseur poursuit un but personnel et l'État, un but d'intérêt général. C'est pourquoi la relation qui lie l'investisseur et l'État d'accueil ne peut pas être considéré comme une relation de coopération.

L'une des obligations qui incombent à l'État d'accueil dans le cadre du traité qui le lie à l'État d'origine de l'investisseur étranger est la protection du bien de ce dernier. Il doit tout d'abord protéger le bien de l'investisseur contre lui-même. Ainsi, la première protection consiste à ne pas s'immiscer dans le fonctionnement de l'activité de l'investisseur, sous réserve que ce dernier se soit bien conformé aux dispositions législatives et réglementaires de l'État, et plus précisément aux clauses contenues dans le traité bilatéral d'investissement.

Dans certains cas, l'État d'accueil de l'investissement ne doit pas s'ingérer dans l'activité de l'investisseur, car l'investissement de celui-ci étant considéré comme son propre bien. À l'inverse, il est des situations où l'État d'accueil se voit dans l'obligation d'agir pour protéger l'activité de l'investisseur.

b- Les obligations d'agir

L'État d'accueil de l'investissement n'est pas la seule entité susceptible de porter directement atteinte au bien de l'investisseur. La population vivant sur son territoire peut être à l'origine des dommages causés à l'investisseur étranger, et affectant par-là les droits de l'Homme de ce dernier.

L'État peut, en effet, dans sa vie politique connaître des troubles internes. Cela peut être le fait d'une décision prise par son Gouvernement et dont les effets touchent directement une catégorie de populations bien déterminées. Ces dernières, subissant l'impact de la mesure, peuvent être amenées à contester cette décision de diverses manières. Elles peuvent la contester par voie légale. À défaut de satisfaction, ces populations peuvent emprunter les voies non autorisées. Ces dernières peuvent commettre des actes de vandalisme qui, si souvent, touchent des biens appartenant à l'État, mais peuvent parfois toucher des biens étrangers et plus précisément les investissements étrangers.

Cependant, dans ce genre de situation, l'État d'accueil de l'investissement se trouve dans l'obligation d'agir pour protéger ses propres biens, mais également ceux des étrangers. Surtout lorsqu'il est lié à ces derniers par des traités de promotion et de protection des investissements, tel que l'Accord de Promotion et de Protection des Investissements (APPI) entre le Gouvernement de la République française et le gouvernement de la République du Sénégal, signé à Dakar le 26 juillet 2007¹⁹⁶. L'alinéa 1 de l'article 6 de cet Accord stipule : « *Les*

¹⁹⁶ Décret n° 2010-866 du 23 juillet 2010 portant publication de l'Accord entre le Gouvernement de la République française et le gouvernement de la République du Sénégal sur la promotion et la protection réciproque des investissements étrangers, signé à Dakar le 26 juillet 2007 et entré en vigueur le 30 mai 2010.

investissements effectués par des investisseurs de l'une ou l'autre des Parties contractantes bénéficiant, sur le territoire et dans la zone maritime de l'autre Partie contractante, d'une protection et d'une sécurité pleines et entières »¹⁹⁷. L'alinéa 3 du même article énonce quant à lui que : « Les investisseurs de l'une des parties contractantes dont les investissements auront subi des pertes dues à la guerre ou à tout autre conflit armé, révolution, état d'urgence national ou révolte survenu sur le territoire ou dans la zone maritime de l'autre partie contractante, bénéficieront, de la part de cette dernière, d'un traitement non moins favorable que celui accordé à ses propres investisseurs ou à ceux de la Nation la plus favorisée ».

Ces dispositions démontrent clairement que « l'objet et le but d'un TBI... sont de mettre à la disposition de chaque partie contractante un certain nombre d'obligations dont les créanciers sont les ressortissants de l'autre partie contractante »¹⁹⁸. L'on peut aussi, sur ce point, se ranger à l'observation d'un autre auteur qui indiquait que les TBI constituent « des stipulations pour autrui, au bénéfice des personnes privées »¹⁹⁹. C'est l'un des droits qu'il a sur son bien, sur sa propriété. Comme cela a pu être démontré précédemment le droit que l'individu a sur sa propriété constitue un droit de l'Homme. Avant même qu'il y ait des troubles, l'État d'accueil de l'investissement doit prendre toutes les dispositions nécessaires pour protéger le bien de l'investisseur. Ces mesures préventives constituent la protection, parce que si des dommages ont été causés au bien de l'investisseur, on ne parlera plus de protection mais de réparation. Car, en effet, la réparation est une conséquence d'une protection défectueuse.

Par ailleurs, il faut noter que cette obligation d'agir de l'État d'accueil ne concerne pas seulement la protection des biens des investisseurs. L'État a l'obligation d'agir pour protéger les droits fondamentaux de ses propres citoyens. La Cour de Justice de la CEDEAO a eu à le rappeler dans son célèbre arrêt *Dame Khadijatou Mani KORAOU c/ État du Niger*. Dans cette espèce, la Cour considéra « que la situation d'esclavage de la requérante, même si elle émane d'un particulier agissant dans un contexte prétendument coutumier ou individuel, lui ouvrirait droit à une protection par les autorités de la République du Niger, qu'elles soient administratives ou judiciaires. Qu'en conséquence, la défenderesse devient responsable tant en Droit international que national de toute forme de violation des Droits de l'Homme de la requérante fondée sur l'esclavage du fait de la tolérance, de la passivité, de l'inaction, de

¹⁹⁷ Alinéa 1 de l'Article 6 portant dépossession et indemnisation de l'Accord précité.

¹⁹⁸ P. JUILLARD, « L'évolution des sources du droit des investissements », *RCADI*, 1994, n° Volume 250, p. 110.

¹⁹⁹ S. H. NIKIEMA, « Les clauses de rendez-vous sur l'investissement dans les APE intérimaires: opportunité ou menace pour un régime juridique harmonisé de traitement des investissements étrangers en Afrique de l'Ouest », in *Le partenariat Europe-Afrique et les intégrations régionales*, L. M. IBRIGA (dir.), 2012, p. 231.

l'abstention de ces mêmes autorités face à cette pratique ». Et la Cour en conclut que « *Dame Hadijatou Mani KORAOU a été victime d'esclavage et que la République du Niger en est responsable par l'inaction de ses autorités administratives et judiciaires* »²⁰⁰. En se prononçant ainsi, on peut en déduire qu'il incombe à l'État, dans certains cas, d'agir pour protéger les droits de l'individu, et qui se traduit finalement par une obligation d'agir.

Au demeurant, si en droit des investissements, les droits de l'Homme ont toujours été invoqués en faveur des investisseurs, ou, plus précisément, pour mieux renforcer la protection de leurs biens, il peut arriver des situations où ce sont eux-mêmes qui sont auteurs de la violation de ces droits, d'où la nécessité de leur exiger le respect.

B : Le respect des droits de l'Homme par l'investisseur dans la réalisation des projets d'investissements

Les investissements ne constituent pas seulement un apport dans les perspectives économiques des pays en développement. Dans l'espace où se déroule leur opération, il peut arriver qu'ils portent atteinte aux droits de l'Homme. Selon une auteure « *Les nouvelles obligations puisées dans les droits de l'Homme et le droit de l'environnement sont liées à la prise de conscience que l'investissement peut être dans certaines conditions nuisible à l'intérêt général des États, de leurs populations et même de la communauté internationale dans son ensemble* »²⁰¹. Dans l'État hôte, deux catégories de populations peuvent être affectées par l'opération d'investissement : d'une part, les travailleurs qui participent au projet d'investissement et dont le traitement ne répond pas toujours aux normes exigées par l'Organisation Internationale du Travail (OIT), et d'autre part les populations locales qui supportent la présence de l'investissement.

Une opération d'investissement prend, la plupart du temps, la forme de la création d'une entreprise ou l'acquisition de tout ou partie d'une entreprise déjà existante. Seulement, force est de constater que toute opération d'investissement a un impact sur les populations vivant sur son territoire, c'est à l'occasion de la réalisation ou de l'exploitation de l'investissement que des atteintes aux droits de l'Homme sont susceptibles de survenir.

²⁰⁰ ECW/CCJ/JUD/06/08 Dame Hadijatou KORAOU contre la République du Niger consultable sur le site www.courtecowas.org. Pour de larges commentaires de cette décision, v. A. SALL, « La justice de l'intégration : Réflexions sur les institutions judiciaires de la CEDEAO et de l'UEMOA », 2^{ème} éd., L'Harmattan, 2018, pp. 469-474.

²⁰¹ O. DANIC, « Droit international des investissements, Droits de l'Homme, Droits de l'environnement », in Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational, *op.cit.*, pp. 531-579, p. 576.

Dès lors, si l'investissement peut, dans sa réalisation, enfreindre les droits de l'Homme, l'investisseur n'en est pas moins responsable. Il peut arriver, dans certains cas, que l'investisseur étranger porte directement atteintes aux droits de l'Homme dans la réalisation de son projet d'investissement. Dans d'autres cas, il n'en est pas l'auteur, mais le bénéficiaire ; et dans ce dernier, c'est l'État d'accueil qui méconnaît les droits de l'Homme au profit de l'investisseur. Dans un cas comme dans l'autre, l'investisseur est impliqué dans la violation des droits de l'Homme. Il convient alors d'exposer les deux hypothèses d'implication de l'investisseur : l'investisseur étranger comme auteur de la violation des droits de l'Homme (1), et l'investisseur étranger comme bénéficiaire de la violation des droits de l'Homme (2).

1 : L'hypothèse de l'investisseur étranger auteur de la violation des droits de l'Homme

En droit international des investissements, et surtout dans les pays en développement tels que ceux de la CEDEAO, les cas dans lesquels l'investisseur étranger serait accusé de violation des droits de l'Homme ne sont pas encore connus. La consultation de l'état actuel de l'arbitrage international des différends relatifs aux investissements permet de fonder cette affirmation. En effet, aucun État n'a jusqu'à présent allégué que l'investisseur étranger ait commis une telle infraction²⁰². Cela ne signifie guère que ces atteintes aux droits de l'Homme par l'investisseur étranger ne se sont pas encore produites. Cela indique seulement qu'elles n'ont pas encore fait l'objet d'un contentieux entre l'État d'accueil et l'investisseur étranger. Ou plus précisément, il n'y a pas encore eu de plaintes déposées par les États d'accueil de l'investissement contre les investisseurs étrangers pour atteinte aux droits de l'Homme devant les tribunaux arbitraux.

Cela dit, la question qui se pose est celle de savoir à quel moment l'investisseur peut directement transgresser les droits de l'Homme dans la réalisation de son projet d'investissement ?

D'abord, il convient de souligner que dans le fonctionnement interne de l'entreprise, les populations vivant sur le territoire de l'État d'accueil sont le plus souvent recrutées pour servir de main d'œuvre. Si le traitement de ces-dits employés ne répond pas aux normes exigées par les institutions internationales, cela peut être considéré comme une violation des droits de l'Homme. Il en est ainsi lorsque les conditions de travail des employés sont déplorables. En effet, comme l'a bien fait remarquer Patrick Juillard, la santé des travailleurs et des

²⁰² S. MANCIAUX, « L'implication d'investisseurs étrangers dans certaines violations des droits de l'homme », in *Au cœur des combats juridiques, pensées et témoignages de juristes engagés op.cit.*, p.359.

consommateurs ne saurait être mise en danger parce qu'elle porte atteinte aux attentes légitimes de l'investisseur. L'évolution du droit de l'investissement devra nécessairement prendre en compte ces impératifs²⁰³. De plus, dans les pays en développement, les conditions de recrutement au sein des entreprises ne sont pas toujours aux normes du droit du travail. De nombreuses entreprises installées dans ces pays n'élaborent pas des contrats de travail pour certains de leurs salariés, notamment pour ceux occupant des postes qui n'exigent pas certains diplômes ou même pas du tout. Soit parce que ces populations ignorent complètement cette norme élémentaire du droit du travail, soit, et c'est le cas le plus fréquent, la précarité de l'emploi dans ces pays les contraint à réclamer ce droit. De plus, le syndicalisme, partie essentielle du droit du travail, est parfois dans certaines entreprises, interdite. Cela a pour conséquence, l'absence de représentation des salariés au niveau de l'entreprise. Ces derniers risquent alors de voir leurs droits complètement bafoués ou même abusés. Cela traduit également un manque de dialogue formel entre lesdits salariés et l'entreprise. Si l'entreprise empêche ses employés de mener des activités syndicales, elle porte atteinte, dans ce cas de figure, à un droit fondamental garanti par les textes internationaux relatifs aux droits de l'Homme. Il est possible de citer comme exemple, l'entreprise *FILFILI*, spécialisée en matière agricole au Sénégal. Cette dernière n'élaborait pas de contrat de travail à l'endroit de certains de ses employés, qui pour la plupart, étaient des villageois. Donc, il est possible d'affirmer que le non-respect des droits fondamentaux des salariés constitue une atteinte aux droits fondamentaux de l'Homme garantis par les textes internationaux.

Sur un autre registre, ou plus précisément, dans le fonctionnement externe de l'entreprise, il peut arriver que des droits fondamentaux de l'Homme soient transgressés. Ces atteintes peuvent, par exemple, porter sur le droit à un environnement sain et le droit d'accès à l'eau potable.

En ce qui concerne le premier, il convient de noter que l'activité de certaines entreprises a forcément un impact sur l'environnement²⁰⁴, les communautés locales vivant aux alentours en subissent alors les conséquences. À titre d'illustration, les entreprises d'extraction minières sont les plus criées en matière d'atteinte à l'environnement. Leur activité d'extraction minière

²⁰³ P. JUILLARD, « Conclusion », in *Où va le droit de l'investissement? Désordre normatif et recherche d'équilibre: Actes du colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006*, *op.cit.*, pp. 315-323, p. 322.

²⁰⁴ Voir sur ce point W. BEN HAMIDA, « La prise en compte de l'intérêt général et des impératifs de développement dans le droit des investissements », *JDI*, 2008, pp. 999-1033 ; O. DANIC, « Droit international des investissements, Droits de l'Homme, Droit de l'environnement », *op.cit.*, pp. 531-579 ; J. E. VIÑUALES, « Conflits normatifs en droit international : Normes environnementales VS. Protection des investissements », in *Le droit international face aux enjeux environnementaux*, Pédone, 2010, pp. 407-428 ; G. VAN HARTEN, « Investment Treaty Arbitration and Public Law, Oxford University Press, 2007.

est, en effet, très négative sur l'environnement, car elle entraîne une défiguration du paysage, des risques de pollution des nappes phréatiques, des cours d'eau, et en plus l'émission de certaines gaz toxiques. Ces effets de leur activité entraînent, à leur tour, des conséquences sanitaires pour les populations locales.

Pour ce qui est du deuxième cas, c'est-à-dire le droit d'accès à l'eau, l'infraction est beaucoup plus délicate à prouver. Dans certains pays en développement, les services publics sont, pour la plupart, délégués à une entreprise étrangère pour qu'ils soient bien assurés à l'endroit des populations. Il en est ainsi de l'accès à l'eau potable. Ce droit d'accès à l'eau transparaît dans de nombreux litiges opposant des investisseurs à des États. Deux reproches sont souvent adressés aux investisseurs : le premier concerne l'augmentation des tarifs de l'eau et le second, la coupure de la distribution aux usagers. L'augmentation des tarifs de l'eau rend, en général, l'accès à cette dernière plus difficile, notamment pour la part la plus pauvre de la population desservie. Aussi, en cas de factures impayées, l'investisseur est souvent amené à couper la distribution de l'eau. Pour une partie de la doctrine²⁰⁵, l'accès à l'eau est un droit fondamental, qui doit être garanti à tout être humain. Dès lors, le fait que l'investisseur augmente les tarifs de cette source de vie, en rendant onéreux l'accès, peut constituer une atteinte à un droit fondamental de l'Homme. Il en est de même lorsqu'il coupe la distribution.

Les atteintes à ces droits que sont le droit à un environnement sain et le droit d'accès à l'eau potable par l'investisseurs sont, cependant à relativiser. Il faut dire que dans la plupart du temps, ces hausses tarifaires sont prévues dans le contrat de concession comme contrepartie à la rénovation des systèmes de distribution, souvent vétustes et insuffisants, mise à la charge des concessionnaires étrangers. Et c'est parce que dans les pays en développement, les pouvoirs publics n'ont pas les capacités financières et/ou technologiques nécessaires pour opérer de telles rénovations qu'ils font souvent appel à des investisseurs étrangers. Cela signifie donc que les autorités publiques ont une part de responsabilité non négligeable dans le relèvement des tarifs pratiqués par les concessionnaires étrangers.

²⁰⁵ La question qui se posait devant la doctrine était celle de savoir si couper l'eau en cas de factures impayées constituait une violation d'un droit fondamental de l'homme. Les tribunaux arbitraux se sont divisés sur cette question. En effet, dans certaines décisions arbitrales (TGI Sarreguemines, ord. Réf., 8 mars 1994, CGE c. SCP Résidence Rive Droite) il a été jugé que le contrat entre le fermier et l'usager est un contrat synallagmatique qui donne droit à l'une des parties de ne pas exécuter ses obligations quand l'autre n'exécute pas les siennes, et que la coupure d'eau, pratiquée à l'encontre de l'usager qui ne s'est pas régulièrement acquitté de ses factures, se trouve justifiée (cf. TGI Paris, ord. Réf., 25 mars 1996, CGE c. Louisg). Par contre, dans d'autres décisions (TGI Paris, ord. Réf., 20 novembre 1992, CEP c. Sté Pari) les arbitres s'opposent à l'interruption des prestations du service au motif qu'elle « ne serait humainement pas tolérable ».

En vérité, le droit d'accès à l'eau, est l'une des missions les plus élémentaires de la puissance publique. Elle constitue d'ailleurs une obligation pour cette dernière. Dès lors, imputer la défaillance de ce service public à l'investisseur, constitue un échec pour l'État. C'est ce qui fait dire à Sébastien Manciaux que : « ... *le droit d'accès à l'eau pour tout être humain relève encore de la norme programmatique, d'un objectif à atteindre par les États, et qu'il appartient à ces derniers d'en assurer l'effectivité sur leur territoire en organisant par exemple un service minimal d'accès à l'eau. Il ne serait ni juste ni réaliste de rendre, sans compensation, l'investisseur étranger seul responsable du respect de ce droit* »²⁰⁶.

Si l'investisseur étranger peut être auteur de la violation des droits de l'Homme, dans d'autre cas il en est tout simplement bénéficiaire, car c'est l'État d'accueil de l'investissement qui porte atteinte aux droits de ses propres citoyens au profit dudit investisseur. Seulement, toujours est-il que ce dernier, n'en demeure pas moins toujours responsable.

2 : L'hypothèse de l'investisseur étranger bénéficiaire de la violation des droits de l'Homme

Le fait que, la Chine soit le pays accueillant le plus grand nombre de filiales étrangères dans le monde²⁰⁷, explique l'affirmation selon laquelle les opérateurs économiques sont, dans bien des cas, indifférents face à l'irrespect par l'État d'accueil des droits de l'Homme de ses propres citoyens. Une enquête menée par la CNUCED auprès d'opérateurs économiques privés montre que la Chine constitue avec l'Inde le pays qui est doté du plus grand pouvoir d'attractivité des capitaux étrangers. Ces opérateurs économiques investissent également en Afrique sub-saharienne dans les industries extractives de ressources énergétiques et de minerais avec toujours une neutralité complice à la situation des droits de l'Homme dans l'État d'accueil. Il a été démontré que cette indifférence des investisseurs trouve sa justification dans le fait que l'atteinte aux droits de l'Homme par l'État d'accueil leur est profitable. Donc, plus ledit État accorde moins d'importance aux droits de ses citoyens, voire même, viole leurs droits fondamentaux, plus les investisseurs sont motivés à s'y installer.

Un investisseur étranger désirant investir dans un pays d'accueil a, en effet, besoin de la terre pour installer son entreprise mais aussi de la main d'œuvre pour la mettre en activité.

²⁰⁶ S. MANCIAUX, « L'implication d'investisseurs étrangers dans certaines violations des droits de l'Homme » in *Au cœur des combats juridiques : pensées et témoignages de juristes engagés*, op.cit., p. 362.

²⁰⁷CNUCED, Rapport sur l'investissement dans le monde. Sociétés transnationales, industries extractives et développement, (vue d'ensemble), New York, Genève, 2007, p.17.

Dans la plupart des pays africains, la terre constitue l'unique capital des populations rurales. Mais, elle est souvent allouée aux investisseurs étrangers, sous prétexte que les paysans ne disposent pas de moyens financiers et techniques nécessaires pour l'exploiter, ou bien qu'ils ne disposent pas de titre de propriété foncier. Parfois même, l'État brandit l'argument « d'intérêt public », pour justifier l'expropriation de ces terres aux populations locales. Les retombées de l'attribution de ces terres attribuées aux investisseurs étrangers n'arrivent, toutefois, pas jusqu'aux paysans. Or, ces terres leur permettaient de développer, pour peu que se soient leurs activités agricoles pour leur subsistance. Certes, ces populations locales obtiennent des indemnités, mais elles n'équivalent pas aux biens expropriés. En général, il s'agit de populations qui ne sont pas bien informées. Elles ne savent pas, par exemple, la procédure à suivre en cas d'affectation de leurs terres à l'investisseur suite à une décision des autorités locales ou nationales.

D'autre part, il arrive que les entreprises transnationales réalisent leurs opérations d'investissements dans des zones de conflit. De ce fait, elles profitent de l'instabilité politico-juridique du pays, pour soumettre les populations à un travail forcé et dirigé par l'État d'accueil. Ce qui, par voie de conséquences, les rend complices de graves violations des droits de l'Homme commises en réalité par ledit État. Le Conseil de sécurité avait, en ce sens, demandé en 2000 au Secrétaire Générale des Nations Unies la mise en place d'un groupe d'experts sur l'exploitation illégale des ressources naturelles en République démocratiques du Congo²⁰⁸. C'est ainsi que le groupe d'expert a réuni les informations sur l'exploitation illégale des ressources naturelles et les liens existants entre celle-ci et la poursuite du conflit dans le pays. Il doit être précisé que les nombreux avantages offerts aux investisseurs n'étaient que la traduction des violations des droits de l'Homme des travailleurs. Les investisseurs sont, de ce fait, invités à transgresser les droits pour augmenter leurs profits.

Au demeurant, si les droits de l'Homme ne sont invoqués que de manière superficielle²⁰⁹ dans les traités régissant les relations économiques internationales, ils trouvent, tout de même, une protection renforcée dans les contentieux internationaux relatifs aux investissements.

²⁰⁸ L. LIBERTI, « Investissements et droits de l'Homme », in *Les Aspects nouveaux du droit des investissements internationaux / New Aspects of International Investment Law, op.cit.*, 798.

²⁰⁹ M. SNOUSSI et G. GHEDRI, « Les droits de l'homme et le droit international économique », in *Les droits de l'homme, une nouvelle cohérence pour le droit international ?* Rafâa Ben Achour et Slim Laghmani (dir.), *Pédone* 2008, p. 113.

Paragraphe 2 : L'effectivité de la protection des droits de l'homme dans les contentieux entre États et investisseurs étrangers

Il est question dans cette partie de l'apport du contentieux entre États et investisseurs dans la protection des droits de l'Homme. Au préalable, il est important de préciser qu'en matière d'investissements internationaux, les différends entre États et investisseurs étrangers sont, en général, réglés par voie d'arbitrage. La question qui se pose est cependant celle de savoir si l'arbitrage des différends en matière d'investissements garantit la protection des droits de l'Homme au même degré que le droit international général ? En d'autres termes, trouve-t-on les mêmes règles de protection des droits de l'Homme aussi bien dans l'arbitrage des différends relatifs aux investissements que dans le droit international général ?

Ce sera le lieu de revisiter le rôle du droit international général dans la protection des droits de l'Homme, mais surtout de clarifier le lien entre droit des investissements internationaux et droit international général, ou même de peser l'apport du droit international général dans la promotion du droit des investissements internationaux. Nous verrons, par ailleurs, que le droit interne des États membres de la CEDEAO et le droit de l'intégration même peuvent jouer un rôle non moins important en ce qui concerne la protection des droits de l'Homme dans le domaine des investissements internationaux.

A : Les sanctions des atteintes aux droits de l'Homme dans le domaine des investissements : l'apport du droit international général

Tout ordre juridique suppose que les sujets de droit engagent leur responsabilité lorsque leurs comportements portent atteinte aux droits et intérêts d'autres sujets de droit²¹⁰.

Dans le cadre du droit international, les sanctions des violations aux droits de l'Homme sont plutôt envisagées à l'égard des États qui sont sujets à part entière du droit international général. Pour ce qui est, en revanche, de l'engagement de la responsabilité des multinationales, il n'est pas encore établi en droit international, compte tenu de la controverse portant sur leur personnalité juridique. La doctrine se trouve, en effet, divisée par rapport à l'attribution des personnes morales de droit privé la qualité de sujet de droit international.

Ainsi, en droit des investissements, l'engagement de la responsabilité de l'État auteur de violations des droits de l'Homme est prévu par le droit international (1). En revanche, le

²¹⁰ N. QUOC DINH, « Droit international public », *LGDJ*, 2009, p. 848.

mécanisme de sanctions à l'endroit de l'investisseur auteur de ces atteintes constitue une mesure encore inefficace en droit international (2).

1 : L'engagement de la responsabilité internationale des États en cas de violation des droits de l'Homme dans les investissements

Contrairement au droit interne, où la responsabilité de la puissance publique à l'égard de ses sujets était longtemps rejetée du fait du règne de l'adage « *le roi ne peut mal faire* », en droit international, le principe de la responsabilité des États constitue un des principes sacro-saints de cette discipline. Le fait générateur de cette responsabilité se situe au niveau de la violation par l'État d'une obligation internationale²¹¹.

Le droit international a connu les droits de l'Homme bien avant le droit des investissements internationaux. L'internationalisation des droits de l'Homme a été sans doute un des phénomènes qui a le plus marqué la vie internationale depuis 1945²¹². Ce qui signifie que l'exigence du respect des droits de l'Homme par les États a déjà été prévue par le droit international. Ce dernier consacre une obligation de respect des droits de l'Homme dans tous les domaines, pas seulement dans celui des investissements. En cas de manquement à cette obligation, la responsabilité de l'État peut être engagée.

Il s'agit alors de savoir si le droit international constitue un apport considérable lorsque l'État porte atteinte aux droits de l'Homme²¹³ dans le domaine des investissements ? Que peut apporter le droit international au droit international des investissements d'une manière générale ?

Tout d'abord, il convient de souligner que le droit international a précédé le droit des investissements sur le terrain relatif aux droits de l'Homme. Il joue un rôle important dans la protection des droits de l'Homme à travers les normes de référence qui sont inscrites dans les

²¹¹ En France, une conception classique de la doctrine limite la responsabilité à une obligation de réparer un dommage. Ce qui signifie pour cette partie de la doctrine que c'est le préjudice qui détermine la responsabilité. Cette conception antérieure de la responsabilité a été remise en cause et remplacée par une nouvelle, sous l'égide de la Commission du Droit International (CDI), à travers un projet d'article sur la responsabilité de l'État qui dispose en son article 1^{er} : « Tout fait internationalement illicite d'un État engage sa responsabilité internationale ». La portée de texte est sans équivoque : le fait internationalement illicite est la condition nécessaire et suffisante de l'engagement de la responsabilité de l'État. Cela signifie que la responsabilité est engagée sans constatation des faits dommageables. En définitive, le fait générateur de la responsabilité de l'État est : le fait internationalement illicite imputable à l'État.

²¹² G. COHEN-JONATHAN, « Responsabilité pour atteinte aux droits de l'homme », Colloque du Mans : « La responsabilité dans le système international », SFDI, éd. *Pédone*, 1991, p. 101.

²¹³ Il importe de préciser que les titulaires de ces droits lésés par l'État dans le domaine sont, soit l'investisseur étranger, soit les populations vivant sur le territoire du dit-État même.

textes de conventions et de protocoles de portée universelle ou régionale²¹⁴. Le premier grand texte universel sur la protection des droits de l'Homme, la Déclaration universelle des droits de l'Homme, adopté et proclamé par l'Assemblée générale des Nations unies, le 10 décembre 1948, affirme parmi les quatre catégories de droits et libertés²¹⁵, les droits économiques sociaux et culturels (articles 22 à 27). La valeur accordée aux droits de l'investisseur sur son investissement en droit international des investissements est déterminée par renvoi à la valeur accordée aux droits de l'Homme en droit international général. Sur cet aspect, c'est le droit international même qui constitue une référence pour le droit international des investissements.

D'ailleurs, les dispositions substantielles du droit des investissements, qui se répartissent entre les règles de traitement et celles de protection, sont la plupart empruntées au droit international général. Mais, c'est dans les règles de protection que les sanctions des atteintes aux droits des investisseurs peuvent être trouvées, où plus précisément les sanctions des atteintes aux droits de l'Homme. C'est dans ce cadre-là que l'on peut envisager la responsabilité de l'État pour atteinte aux droits de l'Homme dans le domaine des investissements. Bien évidemment, c'est dans les modes de règlements des différends relatifs aux investissements entre États et investisseurs étrangers que l'on peut analyser les sanctions qui peuvent peser sur l'État, auteur de la transgression des droits de l'Homme.

Traditionnellement, dans tout système juridique, chaque manquement au droit est subordonné à une exigence de réparation. Il en est ainsi en droit international, de même qu'en droit des investissements. Ce sont donc dans les modalités de réparation de l'atteinte au droit qu'il faut vérifier l'apport du droit international au droit des investissements. Il faut tout de suite noter que la réparation a toujours un caractère « civil ». L'obligation qui pèse sur le responsable n'est, en général, pas considérée comme une sanction au sens pénal du terme²¹⁶. Il s'agit d'une obligation de réparation. Par voie de conséquences, en droit international, l'engagement de la responsabilité de l'État, constitue toujours une obligation de réparation d'un préjudice dont il est l'auteur. En droit international, les modalités de réparation d'un préjudice ont été clairement posées par le projet de la CDI, « *la réparation intégrale du préjudice causé par le fait*

²¹⁴ M.P. DE BRICHAMBAUT, J.F. DOBELLE, « Leçons de droit international public », Presses de sciences politiques et Dalloz, 2^{ème} éd., 2011, p. 193.

²¹⁵ Les quatre catégories de droits et libertés cités par la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 sont : les droits et libertés d'ordre personnel (article 3 à 11), les droits de l'individu dans ses rapports avec les groupes dont il fait partie et le monde qui l'entoure (articles 12 à 17), les droits d'opinion, les libertés publiques et les droits politiques fondamentaux (articles 18 à 21), les droits économiques sociaux et culturels (articles 22 à 27).

²¹⁶ G. COTTEREAU, « Système juridique et responsabilité » in Colloque du Mans : « La responsabilité dans le système international », *op.cit.*, p. 65.

internationalement illicite prend la forme de restitution, d'indemnisation et de satisfaction, séparément ou conjointement »²¹⁷. Mais c'est l'indemnisation qui est la modalité de réparation la plus courante. C'est que, comme le dit Grotius, « *l'argent est la mesure des valeurs des choses* »²¹⁸.

En droit des investissements, l'indemnisation²¹⁹, constitue le modèle unique de réparation des dommages causés par les mesures étatiques. Si l'expropriation est l'acte qui déclenche les réclamations des investisseurs vis-à-vis des États de l'investissement, l'indemnisation, elle, est la lame de fond de tout litige opposant l'investisseur à l'État d'accueil. Elle constitue la conséquence de l'engagement de la responsabilité de l'État en droit des investissements. En d'autres termes, l'indemnisation est le modèle de réparation du préjudice causé par l'État d'accueil à l'investisseur, dans le domaine des investissements.

Si le droit international est antérieur au droit international des investissements, il est permis d'en déduire qu'en ce qui concerne le règlement des différends, et plus précisément en ce qui concerne les modalités d'engagement de la responsabilité de l'État, celui-ci a servi de référence à celui-là. Autrement dit, l'indemnisation est une transplantation en droit international des investissements d'une modalité de règlements des différends en droit international général. Bref, le règlement des différends dans le droit des investissements est tout simplement une application du droit international général. Charles Leben s'est attelé à démontrer cette assertion. Il a ainsi énoncé que : « *Dans le cas des tribunaux CIRDI, on est en présence de tribunaux constitués sur la base d'un traité international, dont la procédure est elle-même prévue par ce traité, de tribunaux qui appliquent le droit international...* »²²⁰.

Il ne faut, cependant, pas perdre de vue que les investisseurs étrangers ne sont pas les seules victimes des mesures étatiques dans l'opération d'investissement. Il peut arriver que l'État d'accueil de l'investissement porte directement atteinte aux droits de l'Homme de ses propres citoyens dans l'opération d'investissement. Les moyens que ces derniers disposent pour engager la responsabilité de leur État national ne sont toutefois pas les mêmes que ceux dont disposent les investisseurs étrangers. L'investisseur lésé par une mesure étatique peut, en effet, par le biais de la clause de règlement des différends contenue dans le traité d'investissement,

²¹⁷ Article 34 du projet d'articles de la CDI de 2001 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite.

²¹⁸ P. DAILLER, M. FORTEAU, A. PELLET, « Droit international public », *op.cit.*, p. 892.

²¹⁹ L'indemnisation sera largement traitée à la dernière section de la deuxième partie.

²²⁰ Ch. LEBEN, « Quelques réflexions théoriques à propos des contrats d'États », in « Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle, à propos de 30 ans de recherche du CREDIMI », Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn, Ed. *Litec-CREDIMI*, 2000. p. 145.

déclencher la procédure arbitrale et obtenir réparation intégrale du préjudice subi à travers l'indemnisation. Ce qui n'est pas le cas du citoyen de l'État en question. La voie de recours normale pour ce dernier qui se prétend victime de la violation de l'un de ses droits fondamentaux par son État national consiste à saisir les tribunaux internes. C'est seulement, lorsque les voies de recours internes n'ont pas donné satisfaction qu'il peut recourir aux juridictions internationales. Or, en général, les victimes de ces violations ne peuvent ou ne souhaitent pas s'adresser aux juridictions de cet État de crainte que la saisine de ces dernières, si elles sont inféodées au régime en place, vienne aggraver leur situation²²¹.

De tout ce qui précède, ce qui est sûr c'est que la responsabilité de l'État peut être engagée pour violation des droits de l'Homme lorsqu'une mesure étatique porte atteinte aux biens de l'investisseur étranger. Mais qu'en est-il de la responsabilité internationale de ce dernier lorsqu'il est auteur ou complice de la transgression des droits de l'Homme dans son opération d'investissement ?

2 : L'engagement de la responsabilité internationale des investisseurs étrangers en cas de violation des droits de l'homme : une mesure encore ineffective en droit international

À liminaire, il convient de préciser que l'expression « investisseurs étrangers » sera tantôt assimilée à « société transnationale », tantôt « entreprises multinationales », voire même simplement « multinationales ». D'autres auteurs ont pu employer des expressions comme « firmes », « entreprises » ou de « sociétés » ; on les qualifie de « multinationales », d'« internationales », de « transnationales », de « mondiales »²²².

Au départ, on estimait que seuls les États étaient susceptibles de porter atteinte aux droits de l'Homme dans le domaine des investissements. L'évolution du droit international économique a toutefois démontré que celui qui était originellement considéré comme victime de la violation des droits de l'Homme dans le domaine des investissements, c'est-à-dire l'investisseur, pouvait, inversement, devenir acteur ou complice²²³ des exactions aux droits de l'Homme.

²²¹ S. MANCIAUX, « L'implication d'investisseurs étrangers dans certaines violations des droits de l'homme », in *Au cœur des combats juridiques*, *op.cit.*, p. 365.

²²²P. DAILLER, M. FORTEAU, A. PELLET, « Droit international public », *op.cit.*, p. 714.

²²³ Il faut juste préciser que lorsque l'investisseur est complice de l'atteinte aux droits de l'homme, il est par ricochet bénéficiaire. En ce sens, S. MANCIAUX estime que deux hypothèses peuvent être envisagées relativement à la violation des droits de l'homme à l'occasion d'une opération d'investissement : l'investisseur étranger peut être auteur de la violation des droits de l'homme ou il peut simplement en être le bénéficiaire (article précité p. 358).

Dès lors, si l'investisseur étranger peut être impliqué dans les violations des droits de l'Homme au même titre que l'État, sa responsabilité internationale devrait également être engagée à l'égal de l'État, en droit international. Seulement, une question se pose : existe-t-il en droit international un mécanisme d'engagement de la responsabilité des entreprises multinationales pour atteinte aux droits de l'Homme ? La réponse à cette question dépend de celle d'une autre interrogation toujours d'actualité : peut-on considérer les sociétés multinationales comme des sujets de droit international ? Dans l'état actuel de ce droit, poser une telle question reviendrait à ouvrir la boîte de pandore, du fait de l'existence d'un vaste débat doctrinal portant sur le statut des sociétés multinationales en droit international.

Ainsi, un auteur a pu énoncer que l'une des caractéristiques importantes, à nos yeux, de la théorie du contrat d'État est qu'elle confirme, dans le domaine du droit international économique, la possibilité pour les particuliers (personnes physiques ou morales²²⁴), d'être sujets à capacité limitée du droit international, comme il a déjà pu être constaté dans d'autres domaines, comme le droit international des droits de l'Homme ou le droit international pénal²²⁵. D'autres auteurs tel que François Rigaux considèrent, quant à eux, qu'il n'est pas envisageable que les sociétés transnationales soient des sujets ou quasi-sujets de droit international.

Au demeurant, si un sujet de droit international peut être défini comme : toute personne capable d'entrer en litige directement avec un autre sujet de droit international en tant que tel et, éventuellement d'attirer ce sujet devant une juridiction internationale ou susceptible d'être attirée par lui devant un tribunal international²²⁶, l'apport des personnes physiques dans la construction de l'ordre juridique international est beaucoup plus affirmé que celui des personnes morales. Sur le plan international, en effet, l'individu (personne physique) dispose des droits qui lui ont été attribués par une convention internationale (comme la Convention européenne des droits de l'Homme). En même temps, il est destinataire d'obligations du droit international pénal, en conséquence, sa responsabilité internationale peut être engagée en cas de violation de celles-ci. Tel n'est pas le cas des sociétés multinationales. En droit international, la poursuite pénale des multinationales pour violation des droits de l'Homme n'est pas prévue. Les normes

²²⁴ Quand on ne parle de personnes privées, ou bien de particuliers en droit international, on fait allusion en même temps à l'individu et aux personnes morales. D'ailleurs, Patrick DAILLER et alliés ont considéré que les problèmes relatifs à la personnalité juridique internationale des personnes privées se posent, au plan des principes, dans les mêmes termes en ce qui concerne les personnes physiques (individus) ou morales (sociétés, associations) (Cf. Patrick DAILLER et al. *Droit international public*, 8^{ème} éd. L.G.D.J, p. 715.).

²²⁵ Ch. LEBEN, « Quelques réflexions théoriques à propos des contrats d'État », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle*, op.cit., p.129.

²²⁶ *Ibidem.*, p. 130.

des tribunaux pénaux internationaux ne sont destinées ni aux États²²⁷, ni aux multinationales, mais aux individus. Les crimes du droit international sont commis par des hommes, non des entités abstraites, de sorte que la mise en œuvre du droit international exige de punir les premiers²²⁸. Le fondement de la responsabilité en droit international n'est qu'une responsabilité civile. Même dans ce dernier cas, l'engagement de la responsabilité internationale des multinationales pour violation des droits de l'Homme n'est également pas encore établi, conséquence du débat qui tourne autour de leur statut juridique en droit international.

Pourtant, les multinationales exercent un pouvoir économique privé qui ne devrait pas échapper à la mise en œuvre des garanties qu'offrent tant le droit constitutionnel que le droit international des droits de l'Homme à l'individu dans ses rapports avec l'État²²⁹. Cette remarque a trouvé son appui dans l'expérience américaine d'engagement de la responsabilité civile des entreprises multinationales pour violation du droit des gens à travers le mécanisme d'*Alien Tort Statute*. La procédure d'*Alien Tort Statute*²³⁰, qui date de 1789, confère, en effet, une compétence *ratione materiae* aux juridictions fédérales américaines au profit de demandeurs étrangers (exclusivement) pour connaître les violations du droit des gens. Dans ce mécanisme, c'est la violation du droit international public qui déclenche -suite à la plainte de la victime- la compétence des juridictions fédérales à connaître la responsabilité des multinationales mises en cause.

Même si le *Alien Tort Statute* n'a pas fait l'unanimité au sein de la doctrine du droit international, il a quand même réussi à asseoir la responsabilité civile de certaines multinationales dans des violations des droits de l'Homme. Deux affaires peuvent ainsi illustrer l'expérience américaine d'engagement de la responsabilité civile des multinationales pour violation du droit des gens.

La première affaire a concerné l'entreprise américaine *Unocal* accusée en 1997 d'avoir bénéficié du travail forcé organisé par les militaires birmans pour la construction d'un pipeline à Myamar nécessaire à l'exploitation de son investissement. La cour de district de Los Angeles

²²⁷ L'alinéa 4 de l'article 25 du Statut de la Cour Pénale Internationale portant sur la responsabilité pénale individuelle dispose : « Aucune disposition du présent Statut relative à la responsabilité pénale des individus n'affecte la responsabilité des États en droit international ».

²²⁸ H. MUIR WATT, « Responsabilité éthique des multinationales en droit international », in *Mélanges Droit et morale*, Dominique BUREAU, France DRUMMOND et Dominique FENOUILLET (dir.), *Dalloz*, 2011, pp. 205-218, p. 215.

²²⁹ *Ibidem.*, p.207.

²³⁰ Le texte de la loi dispose ainsi : « The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States ». Pour plus de détails sur son histoire et sa portée, v. D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, 2^{ème} éd., PUF, coll. « Thémis », t.1, n° 63, 68, 79, 225.

puis la Cour d'appel du 9^{ème} circuit avait estimé recevable l'action contre *Unocal*, les juges d'appel estimant à cet égard que la société « *savait ou aurait dû savoir que l'armée commettait des abus* ». Serait ainsi mise à la charge de l'investisseur l'obligation de se renseigner sur le contexte économique-social de l'État dans lequel il envisage d'investir et de continuer à le faire durant toute la durée d'exploitation de son investissement²³¹. Cette obligation de renseignement débouche ensuite sur une alternative en cas d'information relative à des violations des droits de l'Homme : quitter le pays incriminé ou y rester et, en conséquence, voir leur responsabilité impliquée. Il convient de relever que l'affaire *Unocal* s'est achevée par une transaction aux termes de laquelle les plaignants birmans ont retiré leur plainte en échange d'un dédommagement de chacune des victimes et de la création d'un fonds par l'investisseur destiné à améliorer les conditions de vie, l'éducation et la santé des villageois résidant à proximité de l'investissement étranger.

Le même scénario s'est en partie répété dans une autre affaire, affaire qui a complètement remis en cause l'applicabilité du droit international aux entreprises multinationales. Il s'agit de l'affaire *Kiobel c. Royal Dutch Shell Petroleum* rendue par la Cour Suprême des États-Unis le 27 avril 2013. Dans cette espèce, les défendeurs sont des habitants de la Région Ogoni au Nigéria. Ils alléguent que les sociétés défenderesses du groupe *Shell*, dont *Royal Dutch Petroleum*, ont été les complices du gouvernement nigérian dans la commission de diverses violations des droits de l'Homme. En effet, la filiale de droit local, *Shell Petroleum Development Company of Nigéria* (SPDC), déploie ses activités de forage et de production de pétrole dans la région Ogoni du Nigéria depuis 1958 ; les effets environnementaux nocifs de cette activité ont conduit à la constitution d'un groupe de contestation (*Movement for Survival of Ogoni People* : MOSOP). En 1995, après avoir mis à sac les villages de ce peuple, tuant, violant et arrêtant les villageois et volant leurs biens, le tout avec l'assistance du groupe *Shell*, Ken Saro-Wiwa, leader du MOSOP et John Kpuien son vice-président ont été pendus et condamnés pour meurtre par un « tribunal spécial » dont il est allégué que le groupe *Shell* aurait orchestré le déroulement.

C'est ainsi qu'une première action sur le fondement d'*Alien Tort Statue* a été engagée au nom de Ken Saro-Wiwa, de son adjoint et des membres de sa famille battus et torturés pendant le procès. Les comportements délictueux invoqués sont l'exécution sommaire (pendaison de

²³¹ S. MANCIAUX « L'implication d'investisseurs étrangers dans certaines violations des droits de l'homme », in *Au cœur des combats juridiques, op.cit.*, p. 363. Pour de larges études sur la responsabilité des multinationales, voir C. RENOARD, « La responsabilité sociale des multinationales spécialisées dans l'extraction des minerais et hydrocarbures », *JDI*, 2008, pp. 485-496.

Ken Saro-Wiwa et John Kpuinen) et des crimes contre l'humanité (actes cruels, inhumains et dégradant commis de façon systématique contre une population civile pour des raisons raciales ou idéologiques). Cette première demande est favorablement accueillie lors des diverses phases liminaires de la procédure par la Cour de District. Ce premier contentieux a été transigé la veille de la procédure d'appel et un fonds significatif a été établi par le groupe Shell, une action présentée comme étant d'ordre humanitaire.

Le trait commun de ces deux affaires est que : les deux sociétés (Unocal en Birmanie et groupe Shell au Nigéria) ont alloué respectivement un fonds aux peuples victimes des violences, sans aucune reconnaissance de responsabilité.

La différence entre ces deux espèces se situe, toutefois, à la seconde branche de la requête du peuple Ogoni contre le groupe Shell. Il a en effet été allégué, dans cette seconde branche menée au nom de l'ensemble du peuple Ogoni, que le groupe Shell apportait une assistance à l'armée nigériane tels que le transport des soldats, l'utilisation du terrain du groupe Shell comme lieu d'attaque, l'approvisionnement en nourriture, ou encore, la rémunération des militaires. Conformément au *Alien Tort Statue*, ces faits sont constitutifs d'une complicité avec le gouvernement nigérian dans la violation du droit des gens à travers les meurtres extrajudiciaires et le traitement inhumain du peuple Ogoni.

Dès lors, déclarée recevable en première instance par le juge Kimba Wood, cette action a été soumise à la Cour d'appel du 2^{ème} circuit, qui, dans son arrêt du 17 septembre 2010, infirme le jugement de première instance et déclare la demande irrecevable sur le fondement d'*Alien Tort Statue*. Cette position de la Cour d'appel, remettant en cause la responsabilité des personnes morales de droit privé au regard du *Alien Tort Statue*, marque un coup d'arrêt significatif à l'expansion du contentieux engagé contre les multinationales à raison de dommages survenus à l'occasion de leurs activités délocalisées. La raison du rejet de la demande se justifie par le fait que la preuve n'avait pas été rapportée que la société défenderesse s'était rendue complice dans la violation des droits de l'Homme par l'État nigérian. Cependant, selon la majorité des juges d'appel, même si la preuve de complicité avait été établie, l'action ne peut en toute hypothèse être dirigée contre une personne morale²³². Ce raisonnement conforte le constat selon lequel le droit international n'a jamais imposé aucune responsabilité civile à des défenseurs personnes morales de droit privé²³³.

²³² H. MUIR WATT, « Responsabilité éthique des multinationales en droit international », *op.cit.*, p. 213.

²³³ *Idem.*, p 213.

Cette position de la majorité n'est pas partagée par le juge Laval, auteur d'une opinion individuelle favorable à l'extension du contentieux de la responsabilité civile aux personnes morales de droit privé dans le *Alien Tort Statute*. Pour ce dernier, le problème n'est pas de savoir si les entreprises peuvent être pénalement responsables, mais de savoir, si, en l'occurrence, il existe une norme de droit international dont la violation est démontrée. Dans l'affirmative, peu importe que les juridictions internationales aient ou non l'occasion de sanctionner une personne morale pour la violation de ladite norme. C'est le droit fédéral, s'exprimant sous la forme du *Alien Tort Statute*, qui prend le relais, attachant à cette violation la sanction qu'il estime appropriée et à l'égard des défendeurs que lui-même désigne. Selon le juge Laval, aucun principe de droit national ou international ne justifie la conclusion selon laquelle les normes mises en œuvre à travers le *Alien Tort Statute* -telle que la prohibition par le droit international du génocide, de l'esclavage, des crimes de guerre, de la piraterie, etc.- ne s'appliqueraient qu'aux personnes physiques conférant aux personnes morales une immunité à l'égard des actions en justice et la liberté de retenir les profits résultant de tels actes²³⁴.

En somme, il est possible d'avancer que l'engagement de la responsabilité internationale des multinationales n'est pas, pour l'heure, établie pour une raison fondamentale : leur qualité de sujet de droit de droit international est discutée en doctrine. C'est ce qui fait dire à Bhare Alfred Bourguele : « ... *les opposants à l'application du droit international des droits de l'homme aux STN arguent que celles-ci n'ont pas le statut de sujet de droit international pour qu'il leur soit conféré l'application d'une norme internationale* »²³⁵. Pour l'heure, l'apport du droit international dans la protection des droits de l'Homme dans le domaine des investissements internationaux reste relatif. Néanmoins, les codes de bonne conduite ont pu constituer un palliatif à la défaillance de la réglementation internationale des multinationales. Seulement, ces codes, élaborés soit par les entreprises elles-mêmes, soit par les organes internationaux, relèvent du domaine de la *soft Law*, autrement dit, du droit mou. Cela signifie qu'ils n'ont aucune force contraignante vis-à-vis des entreprises qu'ils sont censés réguler.

Au demeurant, l'apport du droit international dans la protection des droits de l'Homme au niveau des investissements est à moitié efficace. Car, en effet, les normes du droit international en la matière ne s'appliquent qu'à l'un des deux acteurs principaux du droit international des investissements, c'est-à-dire les États, et non à l'autre qu'est l'investisseur.

²³⁴ *Ibidem.*, p. 216.

²³⁵ B.A. BOURGUELE, « Les sociétés transnationales (STN) et le droit international des droits de l'homme : une contribution à l'étude de la responsabilité des STN en droits de l'homme », Thèse de droit, Nice, 2006, p. 29.

Il conviendrait de se pencher désormais à l'efficacité de la protection des droits de l'homme dans le domaine des investissements au niveau interne.

B : Pour une réelle protection des droits de l'Homme au niveau communautaire

L'État joue un rôle fondamental dans la promotion du droit économique, et plus particulièrement dans celui du droit international des investissements, à côté de l'investisseur. Il est communément admis qu'un État de droit est, au moins, celui dans lequel, la démocratie occupe une place essentielle. C'est-à-dire, un État dans lequel, l'individu dispose de droits qui sont opposables à toute entité juridique. Il s'agit des droits de l'Homme, en ce qu'ils lui sont fondamentaux ; tel, le droit de propriété. C'est ainsi que le droit international des investissements, dans son évolution, accorde une place non moins importante aux droits de l'Homme²³⁶. Seulement, une réelle protection des droits de l'Homme dans le domaine des investissements internationaux, doit passer d'abord par les États, en tout cas, les États d'accueil de l'investissement. Il en est de même, de ceux qui nous préoccupent dans cette étude, en l'occurrence les États membres de la CEDEAO. Ces derniers, comme tout État, disposant de pouvoir judiciaire, doivent pouvoir veiller au respect des droits de l'Homme dans tous les domaines, y compris dans celui des investissements, et d'en sanctionner leurs violations **(1)**. Par ailleurs, il importera de voir si la Cour de justice de la CEDEAO, qui est compétente en matière des droits de l'Homme, peut servir d'apport dans les contentieux relatifs aux violations des droits de l'Homme en droit des investissements internationaux **(2)**.

²³⁶ V. J. CAZALA, « Protection des droits de l'homme et contentieux international de l'investissement », in *Investissements internationaux et arbitrage*, Ch. LEBEN et E. TEYNIER (dir.), Cah. Arb., 2012, n°4, p. 893 et s. ; Ph. KAHN, « Investissements internationaux et droits de l'homme », in *Où va le droit de l'investissement : Désordre normatif et recherche d'équilibre*, Actes du colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006, Ferhat HORCHANI (dir.), Pédone, 2007, pp. 95-109 ; U. KRIEBAUM, « Privatizing Human Rights – The Interface Between International Investment Protection and Human Rights », *Transnational Dispute Management*, 2006, vol. 3, n°5, p. 27 ; I. LIBERTI, « Investissements et droits de l'homme », in *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux / New Aspects of International Investment Law*, Ph. KAHN et T. W. WÄLDE (dir.), Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publ., 2007, pp. 791-852 ; G. T. NELSON, « Human Rights and BIT Protection : Areas of Convergence », *JWIT*, 2011, vol. 11, pp. 27-47.

1 : L'anticipation du droit interne des États au rétablissement des droits de l'Homme dans la réalisation de l'investissement

Il faut avant tout noter que les investisseurs sont des personnes privées, poursuivant un but d'intérêt privé. Leur préoccupation principale demeure la poursuite d'un but lucratif. En revanche, l'État, qui est partenaire de l'investisseur, poursuit un but d'intérêt général. Il est investi d'une mission de service public. Il rentre dans ses fonctions de garantir le respect des droits de l'Homme. Les investisseurs en tant que personnes privées ne sont pas les garants du respect des droits de l'Homme.

Les garants du respect des droits de l'Homme sont les États qui s'engagent à les respecter sur le plan interne, notamment par le biais de leur constitution, et sur le plan international via la ratification d'engagements et de conventions internationales, parmi lesquels la Déclaration universelle des droits de l'Homme ou les conventions régionales (européenne ou américaine par exemple) des droits de l'Homme²³⁷. Les investisseurs doivent également respecter les droits de l'Homme au même titre que les États, même s'il incombe à ces derniers d'en assurer la garantie. Car, si les investisseurs peuvent se plaindre de la violation de leurs droits par l'État d'accueil dans le cadre de l'investissement, les citoyens du dit-État peuvent également se plaindre de l'atteinte à leurs droits fondamentaux par les investisseurs, ou même par leur État national. En conséquence, les investisseurs comme les citoyens doivent attendre de l'État qu'il leur garantisse le respect de leurs droits respectifs dans l'opération d'investissement.

Si la plainte vient d'un investisseur d'un État tiers de la CEDEAO, dans la plupart des cas, le droit interne de l'État d'accueil ne sera pas utile. Hormis les contrats d'investissements, effet, les investisseurs étrangers se lient aussi avec les États par des traités bilatéraux d'investissements qui prévoient des mécanismes de règlement des différends lorsqu'un contentieux surgit dans l'opération d'investissement.

C'est seulement, lorsque la plainte vient des populations civiles de l'État d'accueil de l'investissement que le droit interne peut être efficace. Bien évidemment, les populations ne peuvent pas invoquer la clause de règlement des différends contenue dans le traité d'investissement entre son État et l'investisseur. Selon un principe classique du droit international, en effet, « *Tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de*

²³⁷ S. MANCIAUX, « L'implication d'investisseurs étrangers dans certaines violations des droits de l'homme », in *Au cœur des combats juridiques op.cit.*, p. 359.

bonne foi »²³⁸. Ainsi, un tiers ne peut se prévaloir des dispositions d'un traité auquel il n'est pas lié. Si une personne privée estime qu'un investisseur étranger (ou une autre personne privée d'une manière générale) a violé ou viole l'un de ses droits fondamentaux, elle doit recourir au système judiciaire de son État pour faire cesser la violation et/ou obtenir réparation. C'est notamment la fonction du droit pénal que de réprimer les violations des droits fondamentaux, que l'on raisonne dans l'ordre juridique interne (droit pénal interne) ou international (droit pénal international)²³⁹.

La personne privée doit, en toute circonstance, et de surcroît dans son État, pouvoir bénéficier d'une protection et d'une préservation totales de ses droits fondamentaux. Elle doit, en particulier, pouvoir porter sa réclamation devant une instance juridique ou judiciaire lorsque l'un de ses droits a été violé, afin d'obtenir la réparation adéquate, au même titre que l'investisseur étranger dans l'opération d'investissement. Le droit interne de son État est la première instance qui doit lui garantir cette protection. Même lorsqu'elle n'obtient pas satisfaction au niveau interne, elle doit pouvoir recourir aux instances internationales de protection des droits de l'Homme pour réclamer la réparation de la violation de l'un ses droits par l'investisseur ou même par son propre État.

Cette rigueur du droit interne dans la protection des droits fondamentaux des citoyens, peut, au final, remettre en cause la méfiance des investisseurs étrangers vis-à-vis du système judiciaire interne de l'État d'accueil de l'investissement. La transparence et l'efficacité du système judiciaire peuvent constituer un signal fort aux investisseurs. Ils donnent également davantage de crédibilité à l'État d'accueil de l'investissement. C'est dire que le droit judiciaire de l'État, même s'il ne constitue pas le mécanisme de règlement des litiges entre l'investisseur étranger et l'État, peut jouer un rôle important dans la politique de promotion des investissements étrangers. En d'autres termes, cela signifie qu'importe si la plainte de la violation du droit vient d'un investisseur étranger, ou du citoyen de l'État, ou même également d'un citoyen d'un autre État membre de la CEDEAO, l'État d'accueil gagne toujours si son mécanisme de droit interne traite les réclamations d'atteintes aux droits et libertés en toute équité et efficacité.

²³⁸ Article 26 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des Traités : *Pacta sunt servanda* qui traduit littéralement : Tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi.

²³⁹ S. MANCIAUX, « L'implication d'investisseurs étrangers dans certaines violations des droits de l'homme », in *Au cœur des combats juridiques, op.cit.*, p. 359.

Si les juridictions des États membres de la CEDEAO sont relativement efficaces quant aux questions relatives aux droits de l'Homme dans le domaine des investissements, il convient de se demander ce qu'il en est de la Cour de justice du droit de l'intégration.

2 : L'apport de la Cour de justice de la CEDEAO aux contentieux relatifs aux droits de l'Homme dans les investissements internationaux

Au départ, la Cour de justice de la CEDEAO avait pour objectif de régler les litiges relatifs à l'interprétation et à l'application du droit communautaire. Le contentieux de l'intégration constituait sa vocation exclusive. Autrement dit, la Cour était uniquement compétente pour régler les différends pouvant surgir entre États-membres au sujet de l'interprétation ou de l'application du traité.

Ce n'est que récemment que la Cour de justice de la CEDEAO a commencé à s'intéresser aux questions relatives aux droits de l'Homme. Cela a commencé en 2001 par l'adoption du Protocole *A/SP1/12/01* le 21 décembre 2001 à Dakar (Sénégal) par la Conférence des chefs d'État et de Gouvernement. Plus connu sous le nom de « *constitution* » de la CEDEAO²⁴⁰, ce texte constitue un instrument additionnel au Protocole relatif au mécanisme de prévention, de gestion, de règlement des conflits, de maintien de la paix et de la sécurité adopté le 10 décembre 1999 à Lomé (Togo). En son article 39, le texte de 2001 dispose que « *le Protocole A/P.1/7/91 adopté à Abuja le 6 juillet 1991 et relatif à la Cour de Justice de la Communauté, sera modifié aux fins de l'extension de la compétence de la Cour, entre autres, aux violations des droits de l'homme après épuisement sans succès, des recours internes* ». Ainsi, ce texte consacre l'élargissement des compétences de la Cour de Justice de la CEDEAO aux questions relatives aux droits de l'Homme. Mais véritablement, c'est le Protocole de 2005 portant amendement du Protocole de 1991 relatif à la Cour de Justice de la CEDEAO, en son article 9 qui a énoncé

²⁴⁰ L'élaboration de ce document est fondée sur le constat que les crises récurrentes (guerres interétatiques, guerres civiles, coups d'État, crises électorales...) qui secouent l'Afrique de l'Ouest depuis le début des années 1980, sont engendrées par le non-respect de la démocratie et de l'État de droit, les violations massives des droits de l'homme, les injustices socio-ethniques, etc. Afin de remédier à ces fléaux, les États-membres de la CEDEAO ont donc décidé de se doter d'un instrument contraignant sur « la démocratie et la gouvernance ». Ils conviennent, en effet, « de ce que la bonne gouvernance et la liberté de presse sont essentielles pour la préservation de la justice sociale, la prévention des conflits, la sauvegarde de la stabilité politique et le renforcement de la démocratie » (art. 32 du Protocole de 2001). Le texte définit notamment dans son chapitre 1 les « principes des convergences constitutionnelles » (séparation des pouvoirs, élections libres, interdiction des coups d'État, laïcité, respect des droits de l'homme...), les modalités d'organisation des élections, le rôle de l'armée. Le chapitre 2 prévoit les sanctions contre les États défailants telle la suspension. Le chapitre 3, qui est le dernier, est consacré aux dispositions générales.

l'élargissement des compétences de la Cour communautaire aux contentieux des droits de l'Homme²⁴¹.

Il convient de souligner que la portée significative de cette extension repose dans l'accès des personnes physiques au prétoire de la justice communautaire. Avec la réforme de 2005, deux sortes de personnes physiques peuvent, en effet, saisir la Cour de Justice de la CEDEAO. La première catégorie concerne le personnel des institutions de la Communauté. Ils sont susceptibles de saisir la Cour pour les litiges nés de l'interprétation et de l'application des actes communautaires. La seconde catégorie de personnes vise les personnes physiques ou morales qui peuvent intenter des « *recours en appréciation de la légalité contre tout acte de la Communauté leur faisant grief* »²⁴². Sont ainsi concernés, dans cette seconde catégorie, tous les citoyens des États membres victimes « *de violations des droits de l'Homme* »²⁴³. Cependant, pour ces derniers, leur droit de saisir la Cour est subordonné à deux conditions principales : d'une part, les requêtes ne doivent pas être anonymes ; d'autre part, elles ne doivent pas être concomitamment portées devant une autre Cour internationale compétente. Autrement dit, il ne faut pas en saisissant la Cour de la CEDEAO, avoir déjà saisi une autre juridiction internationale. Cette deuxième condition s'explique aisément, c'est pour éviter les contrariétés jurisprudentielles dans un champ juridictionnel international où il n'y a pas de hiérarchies entre les juridictions.

En tous les cas, il importe de reconnaître que la réforme de 2005 a instauré une véritable démocratisation du droit de saisine de la Cour de justice de la CEDEAO²⁴⁴. Désormais, les

²⁴¹ Le Protocole A/SP1/01/05 du 19 janvier 2005, en son article 9 qui énonce l'élargissement des compétences de la Cour de justice de la CEDEAO. Ces compétences se rapportent :

- a) À l'interprétation et à l'application du Traité, des Conventions, Protocoles, Règlements, Directives, Décisions de la Communauté ; à l'examen des manquements des États membres à leurs obligations communautaires ; à l'examen des litiges entre la Communauté et ses agents ; aux actions en réparation des dommages causés par une institution de la communauté ou un agent de celle-ci pour tout acte commis ou toute omission dans l'exercice de ses fonctions ;
- b) À la responsabilité non contractuelle de la Communauté fondée sur un préjudice causé soit par des agissements matériels, soit par des actes normatifs des Institutions de la Communauté ou des agents, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions ;
- c) Aux cas de violations des droits de l'homme dans tout État membre ;
- d) Aux questions prévues dans tout accord conclu par les États membres entre eux ou avec la CEDEAO et qui lui donne compétence.

Enfin, il faut juste préciser que la Cour de Justice de la CEDEAO rend des avis consultatifs, outre ses compétences contentieuses.

²⁴² Cf. art. 10, f du même Protocole

²⁴³ Cf. art. 10 précité.

²⁴⁴ K. AHADZI-NONOU, « Remarques sur la jurisprudence de la Cour de Justice de la Communauté Economique des États de l'Afrique de l'Ouest », in *Entre les ordres juridiques*, Mélanges en l'honneur du Doyen François Hervouët, Université de Poitiers, 2015, pp. 19-30, p. 22.

ressortissants des États membres, victimes des violations des droits de l'Homme, peuvent saisir la Cour communautaire avec des conditions de recevabilité souples, comparément à celles existant dans certaines Cours internationales compétentes en la matière, c'est-à-dire en matière de droits de l'Homme. On peut citer, dans cette perspective, la Cour Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples. Dans cette Cour, il est en effet exigé, en plus de l'identité du requérant et de l'interdiction de la soumission du litige à une autre juridiction internationale, que la requête soit compatible avec l'Acte constitutif de l'Union Africaine (U.A) ; qu'elle ne soit pas outrageante à l'égard de l'État incriminé ou de l'U.A, ni ne s'appuie exclusivement sur des informations tirées des médias. Elle doit en outre respecter la règle de l'épuisement des voies de recours internes ; être introduite dans un délai raisonnable après l'épuisement des recours internes ; et enfin ne pas porter sur des cas réglés par les principes de la Charte des Nations Unies, de l'Acte constitutif de l'U.A ou de la Charte Africaine des droits de l'Homme et des Peuples²⁴⁵.

La particularité de la souplesse de la saisine de la Cour de la CEDEAO peut être comparée aussi avec celle existant devant la Cour européenne des Droits de l'Homme. Ainsi, au-delà de l'interdiction des recours anonymes et des recours déjà introduits auprès d'une autre instance internationale de protection- qui sont les deux seules conditions exigées par la Cour de la CEDEAO-, la Cour européenne des Droits de l'Homme et des Peuples exige l'épuisement préalable des voies de recours internes et la saisine de la Cour dans un délai de six mois à partir de la date de la décision. La demande doit porter sur un droit entrant dans le champ de compétence de la Cour tout en évitant d'être mal fondée ou abusive ; et la dernière condition porte sur le caractère du préjudice qui doit être important²⁴⁶.

Quoiqu'il en soit, la réforme de 2005 sur la Cour de justice de la CEDEAO, étendant les compétences de ladite Cour aux questions relatives aux droits de l'Homme a été matérialisée par son arrêt du 27 octobre 2008²⁴⁷ opposant une ressortissante nigérienne, Dame Hadijatou Mani Koraou, à son État. La décision rendue dans cet arrêt par la Cour de Justice de la CEDEAO a attiré l'attention des observateurs²⁴⁸. Attention qui poussa Delphine Allivy Kelly à affirmer

²⁴⁵ Cf. art.56 de la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des peuples. Pour des études portant sur cette Charte, par exemple, Fatsah OUGUERGOUZ, « La Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples », Paris, P.U.F, 1993.

²⁴⁶ Art. 35 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme et des Peuples. Voir aussi Frédéric SUDRE, « Droit international et européen des droits de l'homme, Paris, P.U.F, 9^{ème} éd., 2008.

²⁴⁷ C'est l'arrêt *ECW/CCJ/JUD/06/08* Dame Hadijatou Mani KORAOU contre la République du Niger, consultable sur le site www.courtecowas.org

²⁴⁸ V. A. SALL, « La justice de l'intégration : Réflexions sur les institutions judiciaires de la CEDEAO et de l'UEMOA, 2^{ème} éd., *op.cit.*, pp. 454-474.

que : « *Le juge africain est entré dans l'histoire* »²⁴⁹. Le professeur Koffi Ahadzi-Nonou indiquait, en sens, qu'il s'agissait « *d'une audace avérée* » de la Cour de Justice de la CEDEAO²⁵⁰.

Les faits de cette affaire soumise devant le prétoire de la Cour de justice de la CEDEAO, se résument comme suit : réduite en esclavage et mariée de force à son maître dans un contexte coutumier, l'intéressée fut affranchie par son mari. Elle en profita pour quitter le domicile conjugal contre le gré de celui qui la considérait toujours comme son épouse. Afin de recouvrer une totale liberté, elle saisit la justice et alors qu'une longue procédure judiciaire s'engageait, elle se remaria, puis sans attendre le terme de la procédure, elle saisit la Cour de justice de la CEDEAO en vue de condamner le Niger pour, entre autres, violation des articles 1, 2, 3, 5, 6 et 18 (3)²⁵¹ de la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples²⁵². Dans cette espèce, la requérante a eu gain de cause car selon la Cour « *Dame Hadijatou Mani KORAOU a été victime d'esclavage et que la République du Niger en est responsable par*

²⁴⁹ Voir A. KELLY, « Le juge africain est entré dans l'histoire », <http://combatsdroits-homme.blog.lemonde.fr/2009/05/10>, consulté le 12 mars 2013.

²⁵⁰ K. AHADZI-NONOU, « Remarques sur la jurisprudence de la Cour de Justice de la Communauté Economique des États de l'Afrique de l'Ouest », in, *Entre les ordres juridiques, op.cit.*, p. 22.

²⁵¹ Art. 1 : Les États membres de l'Organisation de l'Unité Africaine, parties à la présente Charte, reconnaissent les droits, devoirs et libertés énoncés dans cette Charte et s'engagent à adopter des mesures législatives ou autres pour les appliquer.

Art. 2 : Toute personne a droit à la jouissance des droits et libertés reconnus et garantis dans la présente Charte sans distinction aucune, notamment de race, d'ethnie, de couleur, de sexe, de la langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation.

Art. 3 : 1. Toutes les personnes bénéficient d'une totale égalité devant la loi.

2. Toutes les personnes ont droit à une égale protection de la loi.

Art. 5 : Tout individu a droit au respect de la dignité inhérente à la personne humaine et à la reconnaissance de sa personnalité juridique. Toutes formes d'exploitation et d'avilissement de l'homme, notamment l'esclavage, la traite des personnes, la torture physique ou morale, et les peines ou les traitements cruels, inhumains ou dégradants, sont interdites.

Art. 6 : Tout individu a droit à la liberté et à la sécurité de sa personne. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf pour des motifs et dans des conditions préalablement déterminées par la loi ; en particulier, nul ne peut être arrêté ou détenu arbitrairement.

Art. 18-3 : L'État a le devoir de veiller à l'élimination de toute discrimination contre la femme et d'assurer la protection des droits de la femme et de l'enfant tels qu'ils sont stipulés dans les déclarations et conventions internationales.

²⁵² La Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples fait partie du droit applicable devant la Cour de la CEDEAO. Voir à ce propos le Traité Révisé de la CEDEAO en son article 4-g ; voir aussi le Protocole sur la démocratie et la bonne gouvernance en son article 1-h. La Cour s'inspire aussi des instruments universels tels que la Déclaration universelle des Droits de l'Homme, le Pacte sur les droits civils et politiques ; elle se réfère également à la Convention Européenne des Droits de l'Homme ainsi qu'à la Convention Interaméricaine.

l'inaction de ses autorités administratives et judiciaires »²⁵³. Pour arriver à cette conclusion, la Cour a considéré que « *la situation d'esclavage de la requérante, même si elle émane d'un particulier agissant dans un contexte prétendument coutumier ou individuel, lui ouvrirait droit à une protection par les autorités de la République du Niger, qu'elles soient administratives ou judiciaires. Qu'en conséquence, la défenderesse devient responsable tant en Droit international que national de toute forme de violation des droits de l'Homme de la requérante fondée sur l'esclavage du fait de la tolérance, de la passivité, de l'inaction, de l'abstention de ces mêmes autorités face à cette pratique* ».

Mais, l'originalité de cet arrêt qui apporte une particularité à la saisine de la Cour de Justice de la CEDEAO, se situe au niveau de la forme. C'est-à-dire sur la question de l'exception d'irrecevabilité de la requête de la plaignante invoquée par l'État nigérien. Ce dernier contestait la compétence de la Cour aux motifs, d'une part, du non épuisement des voies de recours internes, d'autre part, que l'affaire querellée était encore pendante devant ses juridictions nationales.

Pour réfuter cette argumentation, la Cour communautaire estima que, certes, la protection des droits de l'Homme par les mécanismes internationaux demeure subsidiaire ; mais cette subsidiarité devient relative par suite d'une « *interprétation très souple de la règle de l'épuisement des voies de recours internes* » notamment par la Cour européenne des Droits de l'Homme dans son arrêt *Wilde, Ooms et Versyp c/ Belgique*, du 18 juin 1971. En effet, dans cette espèce, la Cour déclara que : « *Conformément à l'évolution de la pratique internationale, les États peuvent bien renoncer au bénéfice de la règle de l'épuisement des recours internes* »²⁵⁴. Selon le juge de la CEDEAO, les États membres de la Communauté se sont conformés à cette nouvelle tendance en omettant d'inscrire cette règle dans le protocole de 2005.

Il convient toutefois de noter que, non seulement le raisonnement de la Cour ne résiste pas à l'analyse, mais encore, il n'est pas très satisfaisant pour, au moins, deux raisons :

²⁵³ L'argumentation de la Cour de justice de la CEDEAO montre qu'elle s'est largement inspirée de l'arrêt *Siliadin* rendu par la Cour européenne des Droits de l'Homme le 26 juillet 2005. Dans cette espèce, la France a été condamnée pour n'avoir pas respecté les « obligations positives » qui lui incombent en vertu de l'article 4 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme interdisant la servitude. La Cour de Strasbourg lui reproche de n'avoir pas pris toutes les dispositions législatives et judiciaires pour empêcher la servitude. Elle crée, ce faisant, une obligation positive à la charge de ses États justiciables. En effet, elle estime que le fait qu'un État s'abstienne de porter atteinte aux droits garantis ne suffit pas pour conclure qu'il s'est conformé à ses engagements.

²⁵⁴ Cf. Arrêt *Wilde, Ooms et Versyp c/ Belgique*, rendu par la Cour européenne des droits de l'Homme le 18 juin 1971.

Premièrement, la règle de l'épuisement préalable des voies de recours internes est considérée comme une règle coutumière en Droit international et donc applicable même en l'absence de texte²⁵⁵. De plus, l'affaire étant encore pendante devant les tribunaux nationaux nigériens, la logique juridique aurait voulu que le juge communautaire intervienne qu'après une décision insatisfaisante de ses homologues nigériens.

Secondement, l'omission de la règle de l'épuisement préalable des voies de recours internes dans le protocole de 2005 ne signifie pas nécessairement que les États signataires aient entendu y renoncer. Il convient effectivement de préciser, que cette omission constitue une faille du protocole de 2005. Si les États avaient véritablement l'intention de ne pas inclure la règle de l'épuisement des voies de recours internes dans le protocole de 2005, il convenait de le mentionner expressément dans ledit protocole. L'interprétation raisonnable du principe selon lequel les abandons de souverainetés ne se présument pas en droit international conforte cette position²⁵⁶.

En réalité, c'est le contexte qui a poussé la Cour à faire preuve d'« audace » en ignorant l'inobservation de la plaignante de la règle de l'épuisement préalable des voies de recours internes. La situation de Dame Hadijatou Mani Koraou nécessitait une intervention rapide pour lui permettre de recouvrer sa totale liberté : esclavage et mariage forcé. Qui plus est, la procédure judiciaire interne tirait en longueur. Ce qu'il faut retenir c'est que cette affaire constitue le point de départ de la nouvelle compétence de la Cour de justice de la CEDEAO en matière de violation des droits de l'Homme. Après cette espèce, de nombreuses décisions ont été rendues dans le cadre de la violation des droits de l'Homme, même si dans certains cas, les décisions qu'elle a rendues prêtes à discussion.

Cependant, si on peut se féliciter de l'extension des compétences de la Cour de justice de la CEDEAO aux questions des droits de l'Homme, il conviendrait désormais de s'interroger sur l'impact ou l'apport de cette nouvelle compétence de la Cour dans la protection des droits de l'Homme dans le domaine des investissements internationaux.

²⁵⁵ La C.I.J a eu à le rappeler dans plusieurs décisions : C.I.J, 22 juillet 1952, *Anglo-Iranian Oil company*, Rec. 1952, p.93 ; C.I.J, 19 mai 1953, *Ambatielos*, Rec. 1953, p. 10 ; C.I.J, 21 novembre 1959, *Interhandel*, Rec. 1959, p. 27 ; C.I.J, 20 juillet 1989, *Elettronica Sicula*, Rec. 1989, p. 42 et suivantes. Sur ce point cf. NGUYEN QUOC DINH, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 2009, p. 907.

²⁵⁶ K. AHADZI-NONOU, « Remarques sur la jurisprudence de la Cour de justice de la Communauté Economique des États de l'Afrique de l'Ouest », in *Entre les ordres juridiques*, *op.cit.*, p. 26 ; v. également A. SALL, « Les relations extérieures de la CEDEAO », *op.cit.*, p. 24.

A ce propos, il convient tout d'abord de souligner que la Cour communautaire ne peut être saisie que par les ressortissants des 15 États membres. Autrement dit, un ressortissant d'un État non membre de la CEDEAO ne peut saisir le juge de la Communauté.

Cela entraîne comme conséquence directe l'impossibilité pour les investisseurs étrangers, ressortissants d'États tiers de la CEDEAO, de saisir la Cour communautaire pour des contentieux relatifs à leurs investissements dans l'un ou plusieurs États membres de la CEDEAO. Cette impossibilité est, par ailleurs, remarquable sous un autre registre. Car, en effet, il existe dans les contrats d'investissements, qui lient les investisseurs étrangers et les États d'accueil, une clause spécifique de règlement des différends que l'on appelle l'arbitrage. Ce sont des institutions internationales, indépendantes et spécialisées en la matière qui détiennent, d'une manière générale, l'exclusivité de la compétence en cas de litige entre l'investisseur étranger et l'État d'accueil, à moins que les parties en décident autrement²⁵⁷. Ce qui est sûr c'est que dans la plupart des cas, les investisseurs étrangers préfèrent recourir à un système de règlement des différends international et indépendant que de soumettre leurs litiges au système judiciaire de l'État d'accueil, ou d'une manière générale à un système judiciaire plus proche de l'État d'accueil. Comme c'est le cas de la Cour de justice de la CEDEAO, qui est une juridiction au service des États membres, et par ricochet au service des ressortissants de ces dits États. En conclusion, lorsqu'une Convention bilatérale de promotion et de protection des investissements lie un ressortissant d'un État tiers à la CEDEAO à un État membre de celle-ci, la Cour de justice

²⁵⁷Il faut entendre par là que l'investisseur étranger et l'État d'accueil de l'investissement ne sont pas obligés de soumettre leur différend à l'arbitrage. Rien n'empêche qu'ils décident, à travers le contrat d'investissements qui les lie, en cas de différend relatif aux investissements, de soumettre le litige aux tribunaux internes du pays d'accueil de l'investissement. Mais également, rien ne leur empêche de prévoir l'obligation d'épuisement des voies de recours internes du système judiciaire de l'État d'accueil avant de saisir les tribunaux arbitraux.

Il peut également arriver que les parties se mettent d'accord, dans l'éventualité de la naissance d'un litige, de soumettre ce dernier soit aux juridictions nationales de l'État d'accueil, soit à l'arbitrage international. Ce sont ces clauses qui sont appelées clauses de bifurcation, ou « fork in the road clauses ». Bifurcation parce que le choix qu'effectue l'investisseur présente un caractère irrévocable. En effet, si l'investisseur choisit la voie du règlement par les tribunaux internes, celle du règlement par l'arbitrage international lui sera fermée. L'exemple du modèle chinois de 2003 de Convention bilatérale en constitue une belle illustration : « Si le différend n'a pu être réglé dans les six mois à compter de la date à laquelle il a été soulevé par l'une ou l'autre des parties en différend, alors, il sera soumis, au choix de l'investisseur :

- a) Aux tribunaux compétents de celle des parties contractantes qui est aussi partie au différend ;
- b) Au Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI).../... Une fois que l'investisseur a soumis le différend aux tribunaux compétents de la partie contractante en cause, ou au CIRDI, le choix de l'une ou de l'autre de ces deux procédures deviendra définitif ».

Pour d'amples informations sur ce point, cf. Dominique CARREAU et Patrick JUILLARD, « Droit international économique », Dalloz, 5^{ème} éd., 2013, p. 585 et suivantes. E. GAILLARD, « La jurisprudence du CIRDI, volume II. 2004-2008 », *Pedone*, 2010, p. 754.

de la Communauté sera incompétente pour connaître des différends pouvant surgir de cette Convention, et pour deux raisons fondamentales :

Premièrement, la Cour de justice de la CEDEAO, est une juridiction conçue pour veiller à la bonne application et à l'interprétation des Traités de la Communauté par les États. Mais, elle est également compétente pour connaître des cas de violation des droits de l'Homme des citoyens des États membres. Cela signifie que seuls les États membres, et leurs ressortissants peuvent la saisir.

Secondement, même si la Cour avait ouvert son prétoire aux citoyens d'États tiers à la CEDEAO, la saisine du juge communautaire par les investisseurs étrangers ne saurait en principe se réaliser. En effet, ces derniers n'auront pas confiance en la Cour communautaire pour lui soumettre leur requête. D'ailleurs, ils prévoient toujours dans les contrats d'investissements, une clause de règlement des différends, dont l'exclusivité de la compétence est détenue par un mécanisme international spécialisé, autre que la Cour communautaire.

En outre, il faut noter que l'investisseur étranger peut être aussi un ressortissant d'un État membre de la CEDEAO. C'est-à-dire que les ressortissants des États membres peuvent investir mutuellement dans les différents États de la Communauté : il s'agit des investissements intra-communautaires. Dans ces circonstances, lorsque des différends surgissent dans les opérations d'investissements, et si les parties n'en ont pas disposé autrement²⁵⁸, la Cour de justice de la CEDEAO est susceptible d'être saisie pour violation des droits de l'Homme. Encore une fois, il faut véritablement que les parties le prévoient dans leur contrat d'investissement. Car, en effet, au niveau communautaire, dans tous les domaines où des atteintes aux droits de l'Homme peuvent surgir, le juge communautaire peut être saisi.

Le juge communautaire ouest-africain peut jouer un rôle dans la protection des droits de l'Homme exclusivement au sein du cadre des investissements intra-communautaires, et non internationaux, dans le domaine des investissements. Autrement dit, dans le cadre d'un contrat d'investissement, dès l'instant où l'investisseur étranger est un ressortissant d'un État non membre de la CEDEAO, la Cour de ladite Communauté est totalement incompétente pour livrer son apport à la protection des droits de l'Homme dans l'opération d'investissement.

²⁵⁸ Plus généralement, même dans les cas des investissements intra-communautaires, les parties prévoient des compromis ou des clauses compromissoires pour régler leurs litiges. Dans le compromis, c'est à la naissance du litige que l'une des parties ou les parties décident du mode de règlement, alors que dans la clause compromissoire, le litige n'est pas encore né, les parties désignent à l'avance le mode de règlement des litiges pouvant survenir dans l'opération d'investissement. Et en matière d'investissements internationaux, c'est l'arbitrage, et plus particulièrement l'arbitrage CIRDI qui est le mode privilégié pour le règlement des différends pouvant y surgir.

En définitive, au vu des éléments qui précèdent, il est possible d'admettre que, le juge communautaire ouest-africain ne peut contribuer à la protection des droits de l'Homme, dans le domaine des investissements, que dans le cadre des investissements intra-communautaires.

S'il parvient seulement à garantir la préservation des droits de l'Homme dans le domaine des investissements intra-communautaires, son rôle peut tout de même constituer un signal fort aux investisseurs extra-communautaires, dans la protection des biens de ces derniers dans son espace. A partir de là, il est possible d'affirmer qu'il joue un rôle indirect dans la protection des droits de l'Homme dans le domaine des investissements extra-communautaires, c'est-à-dire internationaux en général. Sa détermination à assurer le respect des droits de l'Homme dans son espace, est un bon augure à la promotion des droits de l'Homme au sein des États membres pour les investisseurs extra-communautaires.

Les droits de l'Homme ne sont, cependant, pas les seuls instruments externes à la CEDEAO qui peuvent constituer un apport à la protection communautaire des investissements étrangers. D'autres instruments externes à l'organisation régionale sont également susceptibles de jouer ce rôle : il en est ainsi des rapports de coopération entre l'Union européenne et les États ACP.

Section 2 : L'apport des relations UE/ACP dans la politique de promotion et de protection des investissements étrangers dans l'espace CEDEAO

Les rapports entre l'Union européenne et les États Afrique-Caraïbe-Pacifique (ACP) commencèrent à l'époque de la colonisation, sans toutefois remonter au temps de l'esclavage. Seulement, leurs rapports sont passés de relation de domination à une relation de coopération. Selon le professeur Demba SY, les relations entre l'Afrique et l'Europe peuvent prendre trois formes : il peut s'agir de relations bilatérales entre anciennes colonisateurs et anciens colonisés... il peut s'agir, ensuite, de relations globales entre organisations régionales, et enfin, elles peuvent consister en accords de coopération au développement ou de coopération commerciale passés entre l'organisation européenne et des États africains²⁵⁹.

Ce sont les relations issues de ces accords qui seront abordées afin d'y déceler une quelconque politique en matière d'investissement. Mais ces accords aussi ont connu une histoire qu'il conviendrait de rappeler brièvement.

²⁵⁹ D. SY, « Les relations entre l'Europe et l'Afrique, perspective historique et promesses du futur: un regard critique », in *Le partenariat Europe-Afrique et les intégrations régionales*, Luc. MARIUS IBRIGA, Bruylant, 2012, p. 93.

Ainsi, les premières manifestations de l'évolution des relations entre la Communauté économique européenne et les États africains se trouvent dans le Traité de Rome²⁶⁰. La France avait d'ailleurs posé comme condition à sa participation au Traité de Rome, la prise en compte des territoires d'Outre-mer qui relevaient de sa souveraineté ou de son administration²⁶¹. Au-delà du souci de permettre à certains États européens de conserver les relations particulières qu'ils entretenaient avec leurs colonies, cette association avait aussi pour objectif de créer une zone de libre-échange avec le Marché européen. Ce mécanisme multilatéral d'association du Traité de Rome entre la Communauté européenne et les territoires d'Outre-mer impliquait également une aide financière permettant le financement du développement des dites colonies.

Après les indépendances, et se regroupant en « États africains et Malgaches associés » (EAMA), les anciennes colonies négocient avec la CEE la Convention de Yaoundé en 1963 (Yaoundé I). Cette Convention avait pour objectif de faire bénéficier aux États africains, un accès préférentiel au Marché commun, une assistance technique et financière par le fonds européen de développement (FED). Cette Convention impliquait aussi un dialogue économique et politique, et a été renouvelée en 1969 (Yaoundé II).

L'entrée de la Grande Bretagne, avec dans son sillage plusieurs États du Commonwealth, a entraîné un élargissement de l'association à de nouvelles zones géographiques, les Caraïbes et le Pacifique. Par la suite, à l'expiration de Yaoundé II le 31 décembre 1975, 55 partenaires vont entrain en négociation et signent le 28 février 1975 à Lomé une Convention regroupant les membres de la Communauté européenne et les pays d'Afrique, des caraïbes et du Pacifique, dénommée Convention ACP-UE de Lomé. C'est ce qui déclenchera une série de quatre Conventions qui ont toutes leur siège à Lomé²⁶².

Cependant, cette politique de Lomé (1975-2000) qui se caractérisait principalement par des préférences commerciales et des aides à l'endroit des États ACP n'a pas produit le résultat escompté. Les raisons de l'échec des Accords de Lomé ont fait l'objet de larges

²⁶⁰ Article 131 Traité de Rome : « Les États membres conviennent d'associer à la Communauté Economique Européenne, les pays et territoires d'Outre-mer non européens entretenant avec la Belgique, la France et les Pays-Bas des relations particulières ».

²⁶¹ F. KANE : « Les illusions de Lomé et la réouverture de la coopération ACP-UE au partenariat économique », D.E.A. Nice, 1998, p. 6.

²⁶² Lomé I (1975-1979) regroupait 46 États ACP et 9 États de l'Europe. Lomé II (1980-1985) regroupait 58 pays ACP et les neuf États de l'Europe et a été notamment marquée par un élargissement majeur de la gamme des produits couverts par la STABEX (système de stabilisation des recettes d'exportation) et du soutien octroyé au secteur minier (Sysmin). Lomé III (1986-1991) regroupait 68 États ACP et 12 États de l'Europe. Lomé IV se distingue de ses prédécesseurs par une durée de dix ans (1991-2000) avec une révision à mi-parcours à Maurice le 04 novembre 1995.

développements²⁶³ au sein de la doctrine qu'il ne semble pas opportun d'y revenir. Cet échec a conduit les partenaires (UE-ACP) à un changement de direction de leurs stratégies. C'est ce changement de direction qui aboutira, le 23 juin 2000, à l'adoption de l'Accord de Cotonou, accord qui fera entrer les deux catégories de partenaires dans une nouvelle ère²⁶⁴. La spécificité de l'Accord de Cotonou est qu'il privilégie la coopération économique et commerciale, par le biais des Accords de Partenariat Économique (APE) au détriment de l'assistance financière, l'un des instruments fondamentaux de Lomé.

C'est, ici, le lieu de souligner qu'il n'existe pas, pour l'heure, dans les APE une coopération entre l'UE et l'Afrique en matière de réglementation de l'investissement étranger. En d'autres termes, l'on constate l'absence d'un volet portant sur le régime juridique des investissements entre les deux régions (**Paragraphe 1**). Toutefois, la nouvelle tendance de l'Union européenne dans la conclusion d'accords internationaux sur l'investissement incite à se demander si l'on ne tend pas vers une prise en compte de l'investissement étranger dans les rapports UE/ACP (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : Le constat de l'absence d'un volet sur l'investissement dans les rapports UE/ACP

Ces dernières années, la politique juridique extérieure de l'Union européenne reste principalement centrée sur l'investissement. Ceci est observable dans trois accords de libre-échange, qu'elle est entrain de négocier avec les États-Unis, le Vietnam et le Canada, dont l'aboutissement permettrait la mise en place d'un tribunal arbitral permanent statuant sur les différends relatifs aux investissements.

Pourtant, dans sa coopération avec l'Afrique, et plus précisément les États ACP, il n'existe pas un volet sur l'investissement. Chronologiquement, ce partenariat de l'Union européenne avec les États ACP est passé des Conventions de Lomé à l'Accord de Cotonou. En effet, il a été rappelé que l'échec des préférences commerciales non réciproques du système de Lomé avait conduit les partenaires euro-africains vers une nouvelle coopération, à travers

²⁶³ Sur les Conventions de Lomé et leurs échecs, voir E. CEREXHE, « Conférence inaugurale: le partenariat Europe-Afrique dans un monde en mutation », in *Le Partenariat Europe-Afrique et les intégrations régionales*, Luc. MARIUS IBRIGA, Bruylant, 2012, pp. 1-12 ; D. SY, « Les relations entre l'Europe et l'Afrique, perspective historique et promesses du futur: un regard critique », in *Le partenariat Europe-Afrique et les intégrations régionales, op.cit.*, pp. 95-100 ;

²⁶⁴ Sur l'Accord de Cotonou, v. J. AUVRET-FINCK, « La dimension politique globale du partenariat ACP-UE: premier état des lieux », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle*, Etudes en l'honneur de J.-C. GAUTRON, Pédone, 2004, pp. 545-561.

l'Accord de Cotonou, centrée sur les Accords de Partenariat Économique. Certains ont même proposé des Accords de Partenariat Économique et de Développement (ADP). Ainsi, dans une tribune parue la veille du sommet Europe-Afrique de Lisbonne du 6 décembre 2007 et donc peu avant la date butoir du 31 décembre 2007, Abdoulaye WADE s'exprimait en ces termes : « *Les nouveaux accords commerciaux proposés par l'Union européenne sont inacceptables et ne favorisent pas un vrai partenariat [...] On nous invite à annoncer aux populations en guise de cadeau de nouvel an : Chers compatriotes, nous venons de signer avec l'Europe un nouvel accord de coopération qui supprime 35% de nos budgets. En conséquence, nous allons supprimer des écoles, des dispensaires, des hôpitaux, des projets de routes, licencier des fonctionnaires... En attendant des compensations hypothétiques ! C'est indéfendable [...] Les partisans d'une alliance Europe Afrique devraient donc envisager une alternative, portée par une vision d'avenir et non par une réaction défensive face à l'arrivée de nouveaux concurrents commerciaux asiatiques sur le continent africain. C'est dans cette perspective que je propose, pour ma part, des accords de partenariat et de développement (APD) qui englobent et dépassent le cadre strictement commercial [...] Si l'Europe n'a plus que la camisole de force des APE à nous proposer, on peut se demander si l'imagination et la créativité ne sont pas en panne à Bruxelles* »²⁶⁵. Ces APE, caractérisés par un libre-échange entre les deux parties, constituent l'instrument fondamental de la coopération économique entre l'UE et les ACP, y compris donc la CEDEAO. Mais ce cadre général de coopération entre l'UE et les États ACP n'a cependant pas empêché la mise en place d'un partenariat spécifique avec exclusivement les États de l'Afrique de l'Ouest, en l'occurrence le groupe CEDEAO/UEMOA.

Force est cependant de constater qu'aussi bien dans ce cadre général de coopération UE/ACP à travers les APE (**A**) que dans le partenariat spécifique de l'UE avec le groupe CEDEAO/UEMOA (**B**), il n'existe pas un volet qui aborde l'investissement.

A : L'absence d'un volet sur l'investissement dans le cadre général des APE UE/ACP

L'Accord de Cotonou a été signé le 23 juin 2000 dans la capitale du Bénin, révisé à Luxembourg le 25 juin 2005, puis à Ouagadougou le 22 juin 2010. Il regroupe près de quatre-vingts États. Tous les États membres de la CEDEAO sont parties à cette convention internationale. Cet Accord entre dans une nouvelle ère, puisque la nouvelle coopération met l'accent sur la nécessité d'établir des stratégies de développement dans leurs relations

²⁶⁵ A. WADE, « L'appel du président WADE », *Le Monde*, 16 novembre 2007.

économiques et commerciales, mais aussi intègre l'intégration économique régionale dans cette nouvelle coopération. L'article 18 de l'Accord dispose : « *Les stratégies de coopération se fondent sur les stratégies de développement et la coopération économique et commerciale, qui sont interdépendantes et complémentaires. Les parties veillent à ce que les deux domaines mentionnés ci-dessus se renforcent mutuellement* ».

Cependant, ces accords de partenariat économique entre l'UE et les pays ACP n'abordent pas la question de l'investissement. Un auteur n'a pas manqué de considérer « *qu'il ressort des positions officielles des deux régions que la négociation sur l'investissement n'est pas à l'ordre du jour* »²⁶⁶. L'union européenne ne négocie pas officiellement sur un chapitre sur l'investissement dans le cadre des APE. Cette affirmation est, par ailleurs, renforcée par l'existence de l'unique APE complet conclu avec le CARIFORUM²⁶⁷. Il existe seulement, dans cet accord, une clause prescrivant la libéralisation des mouvements des capitaux relatifs aux investissements directs, qui se lit comme suit : « *With regard to transactions on the capital account of balance of payments, the Signatory CARIFORUM States and the EC Party undertake to impose no restrictions on the free movement of capital relating to direct investments made in accordance with the laws of the host country [...]* »²⁶⁸. Ainsi donc, l'investissement en tant que tel ne fait pas l'objet d'une réglementation. La libéralisation, qui sous-tend ces APE, ne porte que sur les mouvements des capitaux destinés aux investissements. Il semblerait que cette position de l'UE sur l'investissement dans le cadre de sa coopération avec les ACP s'inscrit en droit ligne du droit de l'OMC sur la question. Dans celui, en effet, les règles qui encadrent les négociations des APE ne font mention de la réglementation de l'investissement. Ceci se justifie par le fait que les membres de l'OMC n'ont pas pu trouver un consensus sur les questions dites « Singapour » lors de la conférence ministérielle de Cancún, questions qui regroupent l'investissement, la transparence des marchés publics, la politique de la concurrence et la facilitation des échanges. Seuls des aspects fragmentaires tels que les modes d'établissement,

²⁶⁶ S. H. NIKIEMA, « Les clauses de rendez-vous sur l'investissement dans les APE intérimaires: opportunité ou menace pour un régime juridique harmonisé de traitement des investissements étrangers en Afrique de l'Ouest », in *Le partenariat Europe-Afrique et les intégrations régionales*, Luc MARIUS IBRIGA (dir.), Bruylant, 2012, pp. 227-249, p. 234.

²⁶⁷ CARIFORUM est l'acronyme Forum Caraïbéen des États de l'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique. Il a été créé en 1992 et regroupe des États du Caraïbe qui sont signataires de la Convention de Lomé IV.

²⁶⁸ Partie II, Titre III, Article 2.1.

comme la présence commerciale dans le domaine de la fourniture de services, sont partiellement réglementés²⁶⁹.

En ce qui concerne les stratégies de développement, il faut dire que le nouvel Accord, reconnaît, dans son préambule, les objectifs du Millénaire pour le développement (« OMD »), formalisés peu après la Déclaration du Millénaire adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies le 8 septembre 2000²⁷⁰. La réitération de l'intégration des OMD parmi les objectifs mêmes du partenariat lors de la révision de l'Accord de Cotonou à Ouagadougou en 2010 traduit la volonté des parties (UE/ACP) d'accélérer les progrès vers la réalisation des objectifs du Millénaire pour le développement.

Sur un autre registre, les partenaires considèrent que l'intégration régionale doit constituer un préalable à la coopération économique et commerciale. Ainsi, l'intégration régionale prévue par l'Accord est double et a pour objectif, à terme, l'établissement de zones de libre-échange entre la CE et ses membres et les États ACP, eux-mêmes regroupés au sein d'organisations d'intégration économique régionale. Donc, l'objectif que vise d'ici 2020, l'établissement de zones de libre-échange est double : d'une part, un libre-échange entre la Communauté européenne et les États ACP, par le biais d'Accord de Partenariat Économique (APE), et d'autre part, un libre échange entre États ACP, via les unions douanières. Il faut aussi dire que plusieurs étapes intermédiaires ont été fixées sur le fondement d'un calendrier en attendant l'établissement de la zone de libre-échange en 2020 : - tout d'abord, entre le 23 juin 2000 et le mois de septembre 2002, une phase de préparation des négociations ; - de plus, entre le mois de septembre 2002 et le 31 décembre 2007, une phase de négociations formelles des APE, l'Accord prévoyant le maintien du système de préférences commerciales non réciproques pour tous les États ACP jusqu'au 1^{er} janvier 2008 ; - ensuite, au 1^{er} janvier 2008 et 2020, la mise en œuvre des APE. Ce qu'il faut préciser c'est qu'à compter du 1^{er} janvier 2008, les partenaires avaient prévu la fin du système de préférences commerciales non réciproques, qui implique l'ouverture des marchés ACP aux exportations européennes dans les mêmes conditions.

Au vu de ces considérations, il appert donc que le volet investissement n'a pas été pris en compte dans le cadre des APE entre l'UE et les États ACP. Mais ce n'est pas seulement de ce côté que l'on peut constater l'absence d'une politique de l'investissement dans les relations de l'Union européenne avec l'Afrique. Ce constat pourrait aussi se dresser dans le partenariat

²⁶⁹ S. H. NIKIEMA, « Les clauses de rendez-vous sur l'investissement dans les APE intérimaires: opportunité ou menace pour un régime juridique harmonisé de traitement des investissements étrangers en Afrique de l'Ouest », in *Le partenariat Europe-Afrique et les intégrations régionales*, op.cit., p. 235.

²⁷⁰ Résolution 55/2 (2000) du 8 septembre 2000 de l'Assemblée générale des Nations unies, A/RES/55/2 (2000).

spécifique de l'Union européenne avec les États de l'Afrique de l'Ouest, représentés par le groupe CEDEAO/UEMOA.

B : L'absence d'un volet sur l'investissement dans le partenariat spécifique de l'UE avec le groupe CEDEAO/UEMOA

Ce partenariat spécifique de l'Union européenne avec les États de l'Afrique de l'Ouest est formalisé dans un document intitulé Programme Indicatif Régional (PIR), dont la version actuelle couvre la période 2014-2020 et dans lequel l'interlocuteur de la Communauté européenne est le groupe formé par la CEDEAO et l'UEMOA. Trois domaines principaux sont visés dans le PIR : il s'agit du domaine prioritaire de paix, sécurité et stabilité régionale, du domaine prioritaire de l'intégration économique régionale et l'aide au commerce, et enfin du domaine prioritaire de résilience, sécurité alimentaire, nutritionnelle et ressources naturelles²⁷¹.

Toutefois, l'investissement, qui de nos jours demeure « *un puissant levier de développement économique* »²⁷², n'a pas fait l'objet d'un chapitre dans le PIR. Rappelons, ici, que le PIR ait été élaboré dans la droite ligne des accords de partenariat économique UE-ACP. Dans ces derniers, en effet, le volet investissement est indirectement abordé dans la politique de libéralisation du commerce. En d'autres termes, les partenaires considèrent que l'attraction des investissements étrangers s'effectuera à travers la libre circulation des capitaux. C'est cette même approche de la politique d'investissement qui est maintenue dans le PIR entre l'UE et le groupe CEDEAO/UEMOA.

Cependant, en ce qui concerne le cas particulier de la CEDEAO, elle avait organisé le 17 mars 2007 au Togo, un atelier régional dans le but d'élaborer un document de la communauté sur l'investissement et la concurrence en vue des négociations relatives aux APE. Ainsi, il ressort d'un nouveau chronogramme de négociation adopté lors de la session extraordinaire tenue le 17 décembre 2007 à Ouagadougou que la CEDEAO renonce à la négociation sur les investissements²⁷³. Dans ce chronogramme, en effet, les investissements ne font plus partie de la liste de secteurs devant faire l'objet de pourparlers avec l'Union européenne. Il découle aussi

²⁷¹ V. Union européenne-Afrique de l'Ouest, « Programme Indicatif Régional 2014-2020 », disponible sur : https://eeas.europa.eu/sites/eeas/files/pir_afrique_de_l_ouest_fed_11-2014_2020_fr_0.pdf.

²⁷² S. H. NIKIEMA, « Les clauses de rendez-vous sur l'investissement dans les APE intérimaires: opportunité ou menace pour un régime juridique harmonisé de traitement des investissements étrangers en Afrique de l'Ouest », in *Le partenariat Europe-Afrique et les intégrations régionales*, op.cit., p. 232.

²⁷³ Voir site officiel de la CEDEAO en ce qui concerne les APE : <http://www.epa.ecowas.int/>.

de ce chronogramme que, désormais, les négociations portent sur le commerce des marchandises, le commerce des services est relégué au second plan²⁷⁴.

Il est désormais acquis, qu'il n'existe pas, dans le partenariat spécifique de l'UE avec le groupe CEDEAO/UEMOA, une réglementation portant particulièrement sur l'investissement. Mais, néanmoins, parmi les objectifs prioritaires poursuivis par le PIR - instrument-cadre de ce partenariat -, deux peuvent indirectement contribuer à la promotion des investissements étrangers dans les communautés régionales respectives de la CEDEAO et de l'UEMOA. Il s'agit de l'aspect politique, englobant le domaine de paix, sécurité et stabilité régionale (1) et l'aspect économique ayant pour visée une intégration économique et régionale effective (2).

1 : Au plan politique, la préoccupation sécuritaire : une contribution indirecte à la promotion des investissements dans l'espace CEDEAO

L'UE est connue pour sa propension d'inclure un certain nombre de valeurs dans les relations conventionnelles qu'elle noue avec des États tiers ou organisations internationales. Ces valeurs ont, semble-t-il, précédé même la création de la Communauté. C'est en tout cas ce qui ressort de l'article 21, paragraphe 1, du TUE qui dispose dans un premier alinéa que « *l'action de l'Union sur la scène internationale repose sur les principes qui ont présidé à sa création, à son développement et à son élargissement et qu'elle vise à promouvoir dans le reste du monde : la démocratie, l'État de droit, l'universalité et l'indivisibilité des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, le respect de la dignité humaine, les principes d'égalité et de solidarité et le respect des principes de la charte des Nations unies et du droit international* »²⁷⁵ ; puis, dans l'alinéa suivant, que l'Union « *s'efforce de développer des relations et de construire des partenariats avec les pays tiers et avec les organisations internationales, régionales ou mondiales qui partagent les principes visés au premier alinéa* »²⁷⁶. Cet attachement de l'UE à ces valeurs démocratiques a poussé certains observateurs à se demander si l'Union ne constituait pas un « *Empire normatif* »²⁷⁷.

²⁷⁴ Voir aussi le site APE-UE, sur les négociations des APE en cours : <http://www.acp-eu-trade.org>, et également le site de la CEDEAO sur les APE : <http://www.epa.ecowas.int/>.

²⁷⁵ Article 21, § 1, alinéa 1, du TUE.

²⁷⁶ Article 21, § 1, alinéa 2, du TUE.

²⁷⁷ Z. LAÏDI, « La norme sans la force: l'énigme de la puissance européenne », *Presses de Sciences Po*, 2008.

Cette volonté de l'UE de projeter ces normes, secrétées par elle-même, vers d'autres parties du monde²⁷⁸ est portée par chacun de ses organes²⁷⁹. Mais, ce sont le Conseil et la Commission qui ont été plus éloquents en ce qui concerne la conditionnalité démocratique des accords que l'UE serait amenée à conclure avec d'autres entités. Ainsi, dans une résolution datée du 28 novembre 1991 consacrée aux « droits de l'Homme, la démocratie et le développement », le Conseil mentionnait, d'une part que la promotion des droits de l'Homme devienne un « objectif » de la politique juridique extérieure de la Communauté et, d'autre part, que la conditionnalité démocratique soit inscrite dans les accords signés dans ce cadre. Pour sa part, la Commission mentionnait, à travers une communication adressée au Conseil et au Parlement, qu'« *en tant qu'acteur économique et politique jouissant d'un rayonnement diplomatique international et consacrant un important budget à l'aide extérieure, l'UE possède à la fois une influence et un pouvoir de négociation qu'elle peut mettre au service de la démocratisation des droits de l'homme* »²⁸⁰. Il ressort de ces dispositions, une volonté clairement affichée de l'UE de faire prévaloir le respect de ses normes démocratiques dans ses engagements conventionnels avec les entités tierces.

L'insertion de ces conditionnalités démocratiques de l'UE dans ses relations conventionnelles transparait également dans son partenariat spécifique avec le groupe CEDEAO/UEMOA. Il importe, ici, de rappeler, tout d'abord, que le PIR ait été élaboré dans la droite ligne de l'Accord de Cotonou UE-ACP. Celui-ci est le premier à intégrer le « domaine prioritaire n°1 » des relations entre l'UE et les États ACP qui s'intitule : « *Les politiques en*

²⁷⁸ M. BENLOLO CARABOT, « L'influence extérieure de l'Union européenne », in *Union européenne et droit international, Mélanges en l'Honneur de P. DAILLER*, M. BENLOLO CARABOT, U. CANDAS et E. CUJO (dir.) *Pédone*, 2012, pp. 61-91, p. 81.

²⁷⁹ Ceci a commencé avec le Parlement qui, dès les années 1980, a poussé à la prise en compte des considérations démocratiques et humanistes dans la conduite de ce que l'on n'appelait pas encore la « *politique étrangère* » de la Communauté européenne. En effet, dans une résolution du 17 mai 1983, les députés invitaient la Commission à « *élaborer des propositions en vue d'inscrire des considérations relatives aux droits de l'homme dans le cadre des relations extérieures et des politiques de développement économique* », cf. *JO des Communautés européennes*, n° C161, 20 juin 1983, p. 58.

²⁸⁰ Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen du 8 mai 2001 intitulée : « *Le rôle de l'Union européenne dans la promotion des droits de l'homme et de la démocratisation dans les pays tiers* », cf. COM (2001), 252 final, p. 4. Bien avant, dans une autre communication datée du 22 novembre 1995, adressée aux mêmes organes – Conseil et Parlement -, et intitulée « *L'Union européenne et les aspects extérieurs de la politique des droits de l'homme : de Rome à Maastricht et au-delà* », la gardienne des traités communautaires déclarait : « *dans un contexte international marqué notamment par le renforcement du caractère universel des droits de l'homme, l'UE a progressivement défini son identité en termes de promotion des droits de l'homme et des libertés démocratiques, contribuant à la formation et à l'approfondissement des engagements sur la scène internationale* ».

faveur de la paix, prévention et résolution des conflits et réponse aux situations de fragilité »²⁸¹. Par conséquent, les deux documents doivent s'analyser dans la même continuité, ne serait-ce que pour se conformer au principe juridique selon lequel : « *les parties à une convention doivent veiller à ce que celle-ci soit compatible avec tous les autres traités qu'elles signent* »²⁸². En d'autres termes, l'Accord de Cotonou est le document idéologique de référence du Programme Indicatif Régional (PIR)²⁸³. Mais, cela n'a pas empêché les partenaires UE/CEDEAO-UEMOA, de réitérer, dans ce document, leur attachement à la politique de la sécurité régionale en ces termes « *Domaine prioritaire 1 : Paix, Sécurité et Stabilité Régionale* ». Dans cette perspective, deux initiatives ont été prises par l'UE, dans le PIR, pour l'instauration de la paix et la sécurisation de la région ouest-africaine : il s'agit de la Stratégie de sécurité et de développement au Sahel adoptée en 2011 et élargie en 2014 et la Stratégie pour le Golfe de Guinée adoptée en 2014. C'est à cet effet que 250 millions d'euros ont été affectés par l'UE dans ce domaine²⁸⁴. La CEDEAO a été désignée dans ce domaine prioritaire de paix et de sécurité comme « *Organisation régionale Dûment Mandatée* » (ORDM). D'une manière générale, deux objectifs sont visés dans ce domaine : le renforcement des mécanismes de promotion et de maintien de la paix et de la stabilité dans les situations post-crisis, et l'appui aux initiatives régionales visant à répondre aux principales menaces contre la paix et la sécurité²⁸⁵.

Ces orientations politiques dégagées par cette collaboration spécifique de l'UE avec le groupe CEDEAO/UEMOA, si elles sont bien suivies, permettront d'assurer une certaine stabilité politique dans cette sous-région ouest-africaine. C'est, justement, ce dont l'investissement international a besoin, c'est-à-dire un espace qui milite pour la paix et la sécurité. Plus clairement, l'investissement international ne peut s'épanouir que dans un espace exempt de conflits. Face à ce constat, la CEDEAO doit œuvrer davantage à lutter contre les

²⁸¹ L'article 11 de l'Accord de Cotonou.

²⁸² A. SALL, « Les relations extérieures de la CEDEAO », *op.cit.*, p. 209.

²⁸³ *Idem.*, p. 209.

²⁸⁴ Cf. « Union Européenne – Afrique de l'Ouest : Programme Indicatif Régional 2014-2020 », p. 17, disponible sur : https://eeas.europa.eu/sites/eeas/files/pir/_afrique_de_l_ouest_fed_11-2014_2020_fr_0.pdf

²⁸⁵ Il faut ici relever que chacun de ces deux objectifs comporte des composantes. En ce qui concerne par exemple le premier objectif, il dispose de 5 composantes : il s'agit du renforcement de la capacité et de l'expertise du département Affaires politiques, paix et sécurité de la CEDEAO ; de l'appui à la CEDEAO dans l'exercice de son mandat dans le cadre de l'Architecture africaine de paix et de sécurité ; du renforcement de capacité de prévention et de médiation de la CEDEAO ; du développement des activités de la CEDEAO en matière de renforcement de la stabilité, de la démocratie et de l'État de droit ; de l'appui aux interventions dans les situations de crise, de sortie de crise ou de conflit. Pour ce qui est du second objectif, l'on y dénombre 4 composantes, dont deux méritent d'être mentionnées : il s'agit de la mise en œuvre de la stratégie Sahel CEDEAO et de la mise en œuvre de la stratégie de la CEDEAO liée à la sécurité maritime dans le Golfe de Guinée.

conflits armés qui font ravage en Afrique, sans quoi, aucune politique d'attraction d'investissements étrangers ne saurait prospérer. Constatons ainsi à ce stade qu'il existe une interdépendance, voire une interaction entre le droit international des investissements et le droit des conflits armés²⁸⁶.

Ce partenariat ne se limite pas seulement à ce secteur politique, il a également investi le domaine de l'intégration économique, qui constitue le socle de la CEDEAO, en tant qu'organisation régionale. Il convient, dès lors, d'analyser comment ce partenariat, orienté aussi vers l'effectivité de l'intégration économique, pourrait faire une promotion l'investissement étranger dans cet espace communautaire de l'Afrique de l'Ouest.

2 : Au plan économique, l'effectivité de l'intégration régionale : une contribution indirecte à la promotion des investissements dans l'espace CEDEAO

Si, au plan politique, l'UE entendait reproduire ses convictions idéologiques, touchant le respect des droits de l'Homme, la démocratie, la bonne gouvernance, dans le partenariat ; le domaine économique va donner l'occasion pour les européens d'afficher leur stratégie régionaliste. C'est dans le PIR que l'on trouve déclinés les principaux axes de cet appui à l'intégration économique des communautés régionales respectives CEDEAO et UEMOA. Ce domaine économique est le plus important de la coopération, ce qui justifie qu'il englobe quatre objectifs dans le PIR. Le premier est l'Établissement d'un espace économique régional intégré²⁸⁷, la deuxième porte sur l'Appui à la compétitivité du secteur privé, le troisième sur celui du transport, et enfin le quatrième celui de l'énergie. Ce sont sur ces deux derniers objectifs qu'il conviendrait de s'appesantir car, ce sont les seules parties du PIR qui abordent l'investissement, même si c'est de manière superficielle. En effet, le troisième objectif lié à l'appui au secteur du transport dispose d'une composante 1 intitulée : « *Investissements (y compris les études techniques) pour la finalisation des principaux corridors régionaux ciblés* ». Il s'agit, pour les partenaires de systématiser l'usage du mixage prêt/don (blending) pour

²⁸⁶ Freya BAETENS, « Quand les règles internationales interagissent: le droit international des investissements et le droit des conflits armés », *Investment Treaty News, IISD*, n° Vol. 1, n°3, Avril 2011, pp. 11-12, cité par G.-A. JEAN, « Le droit des investissements internationaux face à l'Union européenne », Thèse Droit, *Université Dauphine-Paris*, 2016, p. 1.

²⁸⁷ Cet objectif du PIR dispose de quatre composantes qui sont : Approfondissement du marché commun, Aide au commerce ; Appui à la mise en œuvre de l'APE ; Libre circulation et droits d'établissement des personnes, mobilité des travailleurs ; Convergence et suivi de l'intégration régionale.

financer des investissements portant sur la réalisation des trois principaux corridors ciblés²⁸⁸. Pour ce qui est du quatrième et dernier objectif consacré à l'appui au secteur de l'énergie, l'investissement y est invoqué dans la composante 3 intitulée : « *Mobilisation, soutien et incitation du secteur privé afin de créer un marché régional dynamique et d'attirer des investissements* ». Concrètement, il s'agirait dans ce secteur, de mettre en place un marché de l'énergie fonctionnel basé sur une commercialisation de l'électricité permettant l'augmentation du taux d'accès à l'énergie durable. Pour ce faire, recourir au secteur privé afin de mobiliser des investissements demeure une nécessité pour la réussite de cette politique énergétique. Ce n'est pas tout, les deux organisations communautaires devraient œuvrer pour une bonne gouvernance du secteur. À ce titre l'harmonisation des politiques respectives des États membres est fondamentale.

Il importe maintenant de se ranger à l'évidence : ce partenariat spécifique de l'UE avec les États de l'Afrique de l'Ouest représentés par la CEDEAO et l'UEMOA, et d'autre part, la coopération globale UE/ACP ne disposent pas d'une politique particulière en matière d'investissements étrangers. Pourtant, il est d'autant plus opportun pour l'Afrique en général, et les États ACP en particulier d'orienter leur partenariat avec l'Europe en mettant l'investissement au cœur de leur priorité. C'est en ce sens que Mathieu Cardon s'exprimait en ces termes : « *...le seul droit qui puisse impulser efficacement le développement serait le droit des investissements – au sens large – entendu comme intégrant un cadre juridique d'incitation aux investissements directs étrangers (IDE) dans tous les secteurs de l'économie, un cadre juridique de sécurisation des investissements qu'ils soient nationaux ou étrangers, un cadre juridique politique et institutionnel de la bonne gouvernance et de sécurisation personnelle des investisseurs, et un accès garanti aux marchés internationaux* »²⁸⁹. Plus précisément, dans le cadre du partenariat UE/ACP, la politique d'investissements pourra être un élément stimulant leur développement. « *Pas de développement sans investissement. Tout investissement suppose la contribution au développement* »²⁹⁰, déclarait le Professeur Ferhat Horchani. Toutefois,

²⁸⁸ Il s'agit du Corridor côtier d'Afrique de l'Ouest (connexion Nouakchott-Lagos, y compris la connexion maritime avec les Iles du Cap-Vert) ; le Corridor trans-sahélien d'Afrique de l'Ouest (connexion Dakar-Bamako-Ouagadougou-Niamey) ; et enfin les Corridors principaux Nord-Sud (par exemple Abidjan-Ouagadougou-Bamako prévu par le Programme d'Action Prioritaire-PAP du PIDA (Programme de Développement des Infrastructures en Afrique), Tema-Ouagadougou-Bamako-Niamey, Lomé-Ouagadougou-Bamako).

²⁸⁹ M. CARDON, « Les Accords de Partenariat Economique », Mél. En l'honneur de Madjid Benchikh, *op.cit.*, p. 507.

²⁹⁰ F. HORCHANI, « Le développement au cœur de la définition de la notion d'investissement », in *le Droit international économique à l'aube du XXIème siècle*, hommage aux professeurs Dominique CARREAU et Patrick JUILLARD, Pedone, 2009, pp. 49-80, p. 49.

l'observation de la pratique montre qu'au sein de l'Union Européenne la tendance consiste à intégrer la réglementation de l'investissement dans des Accords de Libre Echange (ALE). Ce constat est observable dans les accords respectifs qu'il a signés avec le Canada, le Vietnam et les États-Unis. Dans le cadre de ses rapports avec les États ACP, cependant, c'est au niveau des négociations des APE que se trouvent logées les clauses relatives à l'investissement étranger. Mais, dans des récents accords intérimaires conclus entre deux États de la CEDEAO, l'Union et les deux États concernés ont entendu porter les négociations directement sur les investissements²⁹¹. Ceci incite à s'interroger si l'on ne tendrait pas vers une réelle prise en compte de l'investissement dans les rapports UE/ACP.

Paragraphe 2 : Vers la prise en compte de l'investissement dans les rapports UE/ACP

Selon un auteur, « *Si traditionnellement, le commerce et les investissements étaient inclus dans des accords séparés (respectivement, accords de libre-échange et traités bilatéraux de promotion et de protection), la tendance est actuellement de les intégrer dans un seul et même accord sur le libre-échange...* »²⁹². Ce constat est observable dans la pratique conventionnelle de la Communauté européenne.

Dans l'Union, en effet, sa politique d'investissement est insérée dans des ALE, ce qui transparaît également dans son partenariat avec les États ACP (**A**). Cependant, l'insertion de l'investissement dans ce libre-échangeisme euro-africain comporte des enjeux dans la réglementation des investissements dans les territoires des États ACP (**B**). D'où la nécessité pour ces pays concernés, et leurs organisations régionales d'apporter certaines limitations aux effets des APE dans les investissements (**C**).

A : La tendance de l'UE d'intégrer la politique de l'investissement dans les ALE

Tout observateur pourrait, de nos jours, remarquer que l'Union européenne accorde une importance non négligeable à l'investissement. Ce même observateur ne manquerait également pas d'être frappé par la tendance graduelle du vieux continent d'intégrer la politique de

²⁹¹ Il s'agit, en l'occurrence de la Côte d'Ivoire et du Ghana. Ces deux Etats ouest-africains, membres également de la CEDEAO, ont conclu des accords intérimaires avec la Commission européenne, accords dans lesquels, il existe des clauses dites « de rendez-vous » pour des négociations sur certaines questions liées au commerce et à l'investissement. Les

²⁹² S. H. NIKIEMA, « Les clauses de rendez-vous sur l'investissement dans les APE intérimaires: opportunité ou menace pour un régime juridique harmonisé de traitement des investissements étrangers en Afrique de l'Ouest », in *Le partenariat Europe-Afrique et les intégrations régionales*, op.cit., p. 234.

l'investissement dans les ALE. Un auteur relevait que la compétence de l'Union européenne en matière d'investissements directs étrangers n'a rien de surprenant dans la mesure où le Traité de Lisbonne est l'aboutissement d'une ambition affichée par la Commission depuis quelques années d'intégrer l'investissement dans la politique commerciale commune²⁹³. Déjà en 2007, Patric Juillard soutenait qu'il se produisait « *une annexion progressive du droit de l'investissement par le droit du commerce* »²⁹⁴. De coutume, on l'a dit, le commerce et l'investissement sont réglementés séparément. Le premier s'exerçait dans des accords de libre-échange, et le second dans des traités bilatéraux qui ont essentiellement pour objet de protéger les investissements réalisés en territoire étranger.

Maintenant, la pratique montre que l'investissement peut être inclu dans le libre-échange. Alors qu'il fait l'objet de vives controverses par rapport aux réformes portant sur son système de règlement des différends, l'investissement ne constitue qu'un Chapitre de l'Accord Économique et Commercial Global sur le libre-échange entre l'UE et le Canada. Il en est de même du TAFTA, le traité de libre-échange entre les États-Unis et l'Union européenne, où également il question de mettre en place une juridiction permanente d'arbitrage baptisée *Investment Court System* (ICS). La coopération UE/ACP, dont le libre-échange en constitue le fondement, s'est aussi orientée dans cette perspective. Toutefois, contrairement aux deux premiers accords précités qui consacrent des réformes sur le droit de l'investissement - dont son système de règlement des différends -, la politique de l'investissement du partenariat UE/ACP se manifeste sur les principes, voire, les effets de la liberté de commerce.

Dans ce dernier cas, en effet, à défaut de parvenir à un APE complet avec tous les États ACP, l'UE a obtenu la conclusion d'accords intérimaires séparés avec certains pays pris individuellement et certains groupes d'États. Ces accords intérimaires seront appelés à disparaître, si toutefois un APE complet régional serait réalisé. Parmi ces accords intérimaires, deux fussent conclus avec deux pays de la CEDEAO : il s'agit de la Côte d'Ivoire en date du 7 décembre 2007, et le Ghana le 13 décembre 2007.

Certes, aucun de ces deux accords intérimaires ne dispose d'un chapitre sur l'investissement, mais, au demeurant, ils prévoient des clauses de rendez-vous pour aborder ultérieurement cette question. Plus concrètement, il s'agirait de négocier, non pas sur la

²⁹³ S. EL BOUDOUHI, « L'avenir des traités bilatéraux d'investissements conclus par les États membres de l'Union européenne avec des États tiers », *RTD Eur*, 2011, pp. 85-115, p. 90.

²⁹⁴ P. JUILLARD, « Conclusion », in *Où va le droit de l'investissement? Désordre normatif et recherche d'équilibre: Actes du colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006*, Férhat HORCHANI, Pédone, 2007, p. 320.

libéralisation des capitaux relatifs aux investissements, mais, directement sur les investissements.

Ainsi, dans les accords intérimaires avec la Côte-d'Ivoire, il est prévu à l'article 44 des négociations ultérieures porteront sur les domaines suivants : « *le commerce des services et le commerce électronique ; les investissements ; les paiements courants et mouvement des capitaux ; la concurrence ; la propriété intellectuelle ; les marchés publics ; le développement durable ; la protection des données à caractère personnel* ». En ce qui concerne l'accord avec le Ghana, les secteurs ciblés sont les suivants : « *Commerce des services et commerce électronique ; investissements ; concurrence ; et propriété intellectuelle* ».

Le partenariat UE/ACP ne s'est pas, pour l'heure, imprégné des orientations tendanciennes du droit des investissements. Mais, une donnée fondamentale le rendrait prévisible : il s'agit de l'attribution à l'Union européenne la compétence exclusive en matière de conclusion des traités d'investissements²⁹⁵. Le traité de Lisbonne, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2009, a fait passer la compétence en matière d'investissement direct étranger (IDE) des mains des États membres de l'Union à celles de l'Union. Ce transfert de compétence emporte certaines conséquences qui, d'après certains auteurs, bouleversent la matière²⁹⁶. Les États membres de l'Union ne devraient plus être autorisés à conclure des TBI avec des États tiers et les TBI conclus par chaque État membre avec des États tiers ont vocation à être remplacés par des TBI véritablement européens, c'est-à-dire conclus par l'Union. Pour ce faire, le 12 décembre 2012 le Parlement et le Conseil européens ont adopté « *des dispositions transitoires sur les accords bilatéraux d'investissements conclus entre des États membres et des États tiers* »²⁹⁷. Ce qui revient à dire que les 158 TBI signés entre États membres de l'UE et les États de la CEDEAO seront remplacés par un traité unique. Ce traité aurait pour parties l'UE, d'une part, et les pays membres de la CEDEAO, d'autre part. Il se trouve que la communauté européenne entretienne déjà des relations de partenariat économique avec ces États ouest-africains par le biais des APE, qui sont tout simplement des accords de libre-échange. La question est, cependant, de savoir

²⁹⁵ Ce sont les articles 206 et 207 du TFUE qui posent la compétence exclusive de l'union européenne de conclure des traités bilatéraux d'investissements.

²⁹⁶ S. MENETREY, « Droit international des investissements et droit de l'Union européenne », in *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Ch. LEBEN (dir.), Pédone, 2015, pp. 613-638, p. 633.

²⁹⁷ Proposition de règlement du Parlement et du Conseil établissant des dispositions transitoires sur les accords bilatéraux d'investissements conclus entre États membres et États tiers, 7 juillet 2010, COM (2010)344 final. 2010/0197 (COD) C7-0172/10. V. le communiqué de presse disponible en ligne sur : <http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-12-977_en.htm>.

comment sera intégrée la nouvelle approche de l'UE en matière d'investissement dans le cadre de son partenariat avec les États ACP, y compris donc la CEDEAO ?

B : Les enjeux de l'intégration de la nouvelle approche européenne en matière d'investissements dans le partenariat UE/ACP

Si l'on a pu parler de « *remise en cause du droit international par le droit de l'Union européenne dans le domaine des investissements* »²⁹⁸ c'est parce que la nouvelle approche européenne dans cette matière comporte des bouleversements, voire, des conséquences non négligeables dans le système juridique international. Il ne serait donc pas surprenant que son partenariat avec les États ACP subit également les conséquences de sa nouvelle orientation en matière d'investissements.

Dans ses rapports avec les États ACP, c'est au niveau du principe de libre circulation des capitaux que s'incruste la politique européenne en matière d'investissements. Pour rappel, les accords de partenariat économique conclus entre l'Union européenne et les États de la CEDEAO constituent des ALE. Ces accords, comme le droit communautaire, poursuivent une logique de libéralisation, car étant dans une logique de construction d'un marché commun. De ce fait, des clauses portant sur l'investissement insérées dans ces accords de libre-échange s'aligneront sur le régime juridique qui a déjà été consacré aux mouvements des capitaux. Dit autrement, « *Lorsqu'un chapitre sur l'investissement est inséré dans un accord de libre-échange, on peut s'attendre à ce que ce domaine soit soumis au même objectif de libéralisation qui préside au commerce des biens et services* »²⁹⁹.

Appliquée dans le partenariat UE/ACP, cette nouvelle politique de l'Union en matière d'investissement a pour objet de consacrer entre les deux catégories de partenaires le principe de la libre admission des investissements étrangers dans leurs espaces respectifs. Mais, cette libéralisation de l'admission des investissements serait en contradiction avec un principe bien établi en droit international coutumier. Principe selon lequel, l'admission des investissements est soumise au pouvoir discrétionnaire de l'État. La libéralisation de l'accès de l'investissement

²⁹⁸ C. CREPET DAIGREMONT, « Les interactions normatives dans le domaine des investissements: la remise en cause du droit international par le droit de l'Union européenne », in *Les interactions normatives: droit de l'Union européenne et droit international*, Laurence BURGORGUE-LARSEN, Edouard DUBOUT, Alexandre MAITROT DE LA MOTTE et Sébastien TOUZE (dir.) *Pédone*, 2012, pp. 167-179.

²⁹⁹ S. H. NIKIEMA, « Les clauses de rendez-vous sur l'investissement dans les APE intérimaires: opportunité ou menace pour un régime juridique harmonisé de traitement des investissements étrangers en Afrique de l'Ouest », in *Le partenariat Europe-Afrique et les intégrations régionales*, *op.cit.*, p. 238.

sur le territoire n'était en général pratiquée que par les États d'Amérique du Nord, plus particulièrement par les États-Unis. Dans ces pays, en effet, c'est la politique de la porte ouverte qui déterminait le régime juridique de l'admission des investissements. Il s'agit de la clause de préadmission qui se traduit par l'application du traitement national et/ou de la clause de la nation la plus favorisée dès la phase d'entrée de l'investissement. Dans l'espace CEDEAO, par exemple, des pays comme le Nigéria ou le Sénégal ont signé des TBI avec les États-Unis qui prévoient une clause de préadmission, mais limitée au jeu de la clause de la nation la plus favorisée, et qui se lit comme suit :

« En ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, l'exploitation et la vente ou autre aliénation des investissements considérés, chaque Partie accorde aux investissements en provenance de l'autre un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des situations analogues, aux investissements effectués sur son territoire par ses propres ressortissants ou sociétés (ci-après dénommé "traitement national") ou aux investissements effectués sur son territoire par des ressortissants ou sociétés des pays tiers ("traitement de la nation la plus favorisée"), le régime le plus favorable des deux étant appliqué »³⁰⁰. C'est avec l'inclusion des termes « établissement », « acquisition » et « expansion » que s'opère la libéralisation de l'accès des investissements conformément au traitement national et/ou à la clause de la nation la plus favorisée.

Cette tendance d'inclure une clause de préadmission des investissements des ressortissants respectifs des États ou entités parties dans des accords de libre-échange interpelle des spécialistes du droit international des investissements. Selon le professeur Dominique Carreau, *« Reconnaître à l'étranger le droit d'investir librement au même titre qu'un national sur le territoire d'un État donné, c'est abroger la frontière bien établie s'il en est entre "investissement international" et "investissement interne" (ou domestique). C'est à l'évidence une manifestation de l'érosion de cette distinction fondamentale entre le "national" et "l'étranger". La tendance du droit international conventionnel des investissements est nettement en ce sens »³⁰¹.*

Dans les États de la CEDEAO, les conséquences de cette libre admission des investissements étrangers sont plus éloquentes. De manière plus précise, consacrer dans le

³⁰⁰ Les deux accords sont disponibles sur le site de la CNUCED, précisément à l'adresse : CNUCED, « Accords internationaux d'investissements », *Investment Policy Hub*, en ligne : <www.unctad/iia.org>.

³⁰¹ D. CARREAU, « Un droit d'établissement largement reconnu par les intégrations économiques régionales et par les accords transcontinentaux », *RTD Eur*, Février 2017, § 273.

partenariat UE/CEDEAO la liberté d'établissement réciproque de leurs investisseurs dans leurs territoires respectifs présente de nombreux inconvénients, dont trois mériteront d'être évoqués.

Premièrement, compte tenu de l'imprécision de la notion d'investissement et de la facilité de l'accès de l'investisseur à l'arbitrage, le nombre de litiges engageant les États de la CEDEAO pourrait exploser. En effet, en plus des litiges portant sur les droits et garanties accordés aux investisseurs déjà admis sur le territoire national conformément aux lois et règlements de l'État d'accueil, les litiges concernant la phase d'acquisition et d'établissement de l'investissement pourront être portés devant les tribunaux arbitraux transnationaux. Il peut, par exemple arriver qu'un investisseur engage des frais de recherche, de prospection pétrolière, ou de formalités administratives. En cas d'échec de la procédure, ledit investisseur peut introduire une requête en arbitrage pour violation de son droit d'établissement, et réclamer le remboursement des sommes investies. Dans de telles éventualités, octroyer des droits à l'investisseur dès la phase d'admission risque de conduire les États devant les tribunaux arbitraux dans des litiges avec des investisseurs dont ils n'ont pas souhaité spécialement l'implantation sur leur territoire³⁰².

Deuxièmement, la protection de certains secteurs d'activités, de même la capacité de sélection des types d'investissements s'en trouveront affectées. L'État peut souverainement décider d'ouvrir certains domaines aux nationaux et non aux étrangers dans le but de protéger certains secteurs industriels naissants. Mais encore, la marge de négociation des États lors de la conclusion de contrat d'investissement dans lesquels ils peuvent exiger certaines obligations environnementales ou sociales pourrait également être affectée. Les prescriptions de résultats que ces pays en développement pourraient imposer tels que le pourcentage de recrutement de main-d'œuvre locale ne seront plus de mise.

En dernier lieu, mettre en place une politique de libéralisation de l'admission des investissements entre des États ayant un niveau comparable de développement économique est compréhensible. En revanche, la réaliser entre des entités économiquement déséquilibrées telles que les relations entre l'UE et la CEDEAO paraît problématique. Les critiques qui ont été adressées dans les relations commerciales entre l'Europe et l'Afrique peuvent être transposées ici. En 2007, le Président Abdoulaye WADE décriait le partenariat commercial Europe-Afrique en ces termes : « *On nous propose en quelque sorte à terme le libre-échange. Un pays sous développé qui ne peut même pas exporter rapidement, ne peut pas entrer en libre-échange avec un pays développé,*

³⁰² S. H. NIKIEMA, « Les clauses de rendez-vous sur l'investissement dans les APE intérimaires: opportunité ou menace pour un régime juridique harmonisé de traitement des investissements étrangers en Afrique de l'Ouest », in *Le partenariat Europe-Afrique et les intégrations régionales*, op.cit., p. 243.

qui a toutes les ressources et qui peut augmenter sa production très rapidement »³⁰³. C'est sous même fondement qu'il peut être déploré la consécration d'une liberté d'établissement réciproque entre les pays de l'Union européenne et ceux de la CEDEAO. Les premiers auront plus – pour ne pas dire exclusivement – à bénéficier de cette clause de préadmission que les seconds, ne serait-ce que parce que trouver des ressortissants de la CEDEAO s'investir en Europe paraît peu vraisemblable.

Les États de l'Union européenne auront, en revanche, deux types d'avantages, selon qu'ils disposent ou pas de TBI avec les États de la CEDEAO. Les ressortissants des pays européens qui ne disposent pas de TBI avec les États de la Communauté ouest-africaine bénéficieront des règles minimales et substantielles de traitement et de protection des investissements, tel le principe de non-discrimination, ou l'indemnisation en cas d'expropriation. Pour les États de l'Union qui ont déjà un TBI avec les États de la CEDEAO, mais dont lesdits TBI ne comportaient pas de clause de préadmission, ils pourront se couvrir de la clause de libre admission des investissements insérée dans le partenariat UE/CEDEAO. Autrement dit, ce dont ils ne peuvent prétendre sur le plan bilatéral – c'est-à-dire entre États -, ils peuvent l'obtenir au plan régional, par le biais du partenariat économique UE/CEDEAO. Pour reprendre plus clairement un auteur : « ...la valeur ajoutée d'un chapitre sur l'investissement dans les futurs ALE par rapport à leurs TBI existants, consistera à l'adjonction d'une obligation de traitement national et de traitement de la nation la plus favorisée dès la phase de l'entrée de l'investissement »³⁰⁴. Ainsi donc, l'affirmation selon laquelle « la libre admission des investissements étrangers tend à devenir la règle dans un tel contexte régional... »³⁰⁵ se justifie ici clairement.

Manifestement donc, l'insertion d'un chapitre sur l'investissement dans les APE entre l'Union européenne et les États de la CEDEAO entraîne certains effets qui ne sont pas forcément tous avantageux pour ces derniers. Les besoins et les politiques en matière d'attrait des investissements ne sont pas identiques entre l'UE et la CEDEAO. Pour cette raison, cette dernière se doit de conserver le contrôle de l'admission des investissements provenant de ces

³⁰³ Interview d'Abdoulaye WADE reçu par Ulysse GOSSET, France 24, « *Talk de Paris* », diffusion le 6 décembre 2007.

³⁰⁴ S. H. NIKIEMA, « Les clauses de rendez-vous sur l'investissement dans les APE intérimaires: opportunité ou menace pour un régime juridique harmonisé de traitement des investissements étrangers en Afrique de l'Ouest », in *Le partenariat Europe-Afrique et les intégrations régionales*, *op.cit.*, p. 241.

³⁰⁵ D. CARREAU, « Un droit d'établissement largement reconnu par les intégrations économiques régionales et par les accords transcontinentaux », *op.cit.*, § 279.

États européens, développés, ne serait-ce que pour protéger les entreprises locales face à la concurrence étrangère.

C : Pour un maintien du contrôle de l'admission des investissements dans le partenariat UE/CEDEAO

Le principe du contrôle de l'admission des investissements est primordial pour des États en développement comme ceux de la CEDEAO. D'abord, du point de vue de leur priorité de développement, les besoins d'investissements varient d'un secteur à un autre. Même s'ils sont dans une logique d'attraction des investissements pour leur développement économique, les États de la CEDEAO ont des priorités sectorielles par rapport à l'appel aux capitaux étrangers. À ce titre, le maintien de la clause de préadmission dans la coopération de l'UE avec les États ouest-africains permettrait à ces derniers de pouvoir choisir le type d'investissements européens répondant, au mieux, à leurs stratégies de développement. Avec le contrôle de l'accès des investissements, les États peuvent, en plus, s'assurer que l'activité en question puisse avoir des retombées économiques en matière d'emploi, de transfert de technologie etc.

Toutefois, s'il s'avère difficile pour les États de la communauté régionale ouest-africaine de concilier leur politique d'attraction des capitaux étrangers avec le filtrage des types d'investissements nécessaires pour leur projet de développement. Ils peuvent néanmoins mener des négociations portant sur les règles de traitement et de protection des investissements européens dans le cadre des APE. Ce serait l'occasion d'harmoniser les règles de traitement et de protection des investissements contenues dans les différents TBI conclus par les États de la CEDEAO avec des pays tiers. Cette harmonisation serait favorable à l'accélération du processus d'intégration économique de l'espace concerné. Ce rôle ne peut être porté que par l'institution régionale³⁰⁶. Ainsi, la CEDEAO doit définir une politique en matière d'attrait des investissements, avec par exemple l'élaboration d'un modèle type de TBI adapté aux besoins des pays membres. Mais puisque les besoins d'investissements peuvent être différents d'un pays à un autre, le contrôle de l'admission des investissements doit être maintenu. Ce qui permettrait aux États de pouvoir souverainement ne pas admettre certains investissements non

³⁰⁶ Depuis 2008, en effet, la CEDEAO s'est lancée dans cette perspective d'harmonisation des règles étatiques relatives aux investissements en adoptant trois Actes additionnels majeurs qui sont les suivants : Acte additionnel A/SA.1/12/08 portant adoption des règles communautaires de la concurrence et leurs modalités d'application au sein de la CEDEAO ; Acte additionnel A/SA.2/12/08 portant création, attributions et fonctionnement de l'Autorité régionale de la Concurrence de la CEDEAO ; Acte additionnel A/SA.3/12/08 portant adoption des règles communautaires sur l'Investissement et leurs modalités d'application au sein de la CEDEAO.

prioritaires. Cette harmonisation communautaire des investissements stimulera, par ailleurs, la conclusion de TBI intra-communautaires entre les États de la CEDEAO. En effet, il existe, pour l'heure, quelques TBI conclus entre États membres de la Communauté, il en est ainsi des traités d'investissements *Ghana-Bénin* et *Ghana-Guinée* du 18 mai 2001 par exemple³⁰⁷.

L'intérêt d'harmoniser les règles communautaires en matière d'investissements c'est de permettre la réorientation et le rééquilibrage des rapports de force dans la négociation des clauses relatives aux APE avec la Communauté européenne. Il est moins opportun pour un État membre de négocier un traité avec l'UE que la CEDEAO avec cette dernière. En d'autres termes, les rapports de force dans la négociation étant en principe plus équilibrés au niveau régional que bilatéral³⁰⁸.

La politique d'investissement du partenariat doit faire montre d'une certaine originalité par rapport aux règles de traitement et de protection des investissements qui prévalent dans les TBI, et plus généralement en droit international. Pour ce faire, un certain nombre de points mériteraient d'être explorés :

Une définition précise de la notion « d'investissement » protégé par l'accord, avec l'exclusion explicite des investissements de portefeuille au profit de l'investissement direct. La politique d'investissement du partenariat devrait restée restrictive, voire circonscrite, en se focalisant sur certains secteurs. Ce qui pourrait le permettre de gagner en efficacité par rapport aux TBI. Ensuite, une autre nouveauté, serait d'inclure des obligations à l'endroit des investisseurs en matière de droits de l'Homme. Ce serait une grande évolution par rapport aux TBI. En effet, ces derniers, étant des accords interétatiques confèrent des droits aux investisseurs, mais ne les imposent pas d'obligations. Le partenariat UE/CEDEAO pourrait innover en ce sens, par exemple, en assurant sa protection qu'aux entreprises qui respecteraient certaines normes sociales et environnementales. Enfin, un autre point qui devrait être évoqué dans un éventuel chapitre sur l'investissement dans la coopération de l'Union avec les États de la CEDEAO c'est le pouvoir règlementaire de l'État d'accueil. Il s'agit, ici, de permettre à l'État de prendre toutes mesures utiles pour protéger l'intérêt public, la santé publique, le droit des travailleurs sociaux dans l'opération d'investissement, sans avoir à déboursier de sommes considérables au profit de l'investisseur, présumé victime de la réglementation étatique. La possibilité – facilité – de qualifier une mesure gouvernementale comme une expropriation

³⁰⁷ Ces traités sont disponibles sur le site en ligne de la CNUCED, précisément à l'adresse : www.unctad/jia.org.

³⁰⁸ S. H. NIKIEMA, « Les clauses de rendez-vous sur l'investissement dans les APE intérimaires: opportunité ou menace pour un régime juridique harmonisé de traitement des investissements étrangers en Afrique de l'Ouest », in *Le partenariat Europe-Afrique et les intégrations régionales*, op.cit., p. 246.

indirecte prise en l'encontre de l'investisseur pourrait constituer une limitation à l'exercice du pouvoir réglementaire de l'État.

En résumé, analyser la place de l'investissement dans les relations de la CEDEAO et l'Union européenne s'inscrit tout d'abord dans le cadre général du partenariat UE/ACP. Ce dernier reste caractérisé par un rapport commercial qui a débuté dans les Conventions de Lomé avant que ces dernières soient remplacées par l'Accord de Cotonou. L'observation montre que les deux partenaires n'avaient pas consacré un chapitre sur l'investissement dans leur coopération, celle-ci était centrée principalement sur le commerce. Mais, ce cadre général UE/ACP n'a cependant pas empêché la communauté européenne de mettre en place un partenariat spécifique avec l'Afrique de l'Ouest, plus précisément les États du groupe CEDEAO-UEMOA. Cette coopération UE/CEDEAO-UEMOA est formalisée dans un document intitulé Programme Indicatif Régional (PIR) couvrant la période 2014-2020. Même dans ce partenariat spécifique de l'UE avec ces deux organisations régionales ouest-africaines, l'on y constate une absence d'un volet sur l'investissement. Mais, deux faits majeurs tendent à orienter les partenaires dans une réelle prise en compte de l'investissement dans leurs rapports économiques : d'une part, dans deux accords conclus avec des États de la CEDEAO, en l'occurrence le Ghana et la Côte d'Ivoire, l'Union européenne a prévu de négocier non pas sur la libéralisation des capitaux relatifs aux investissements, mais directement sur l'investissement. D'autre part, aujourd'hui, la tendance montre que l'UE intègre la politique d'investissements dans des accords commerciaux, c'est le cas de ses accords commerciaux avec le Canada, les États-Unis et le Vietnam. Ce qui justifie d'ailleurs qu'elle dispose, depuis 2009, d'une compétence particulière pour conclure des traités d'investissements au nom de ses États membres, compétence qui était auparavant du ressort de ces derniers. Au demeurant, appliquée dans son partenariat avec les États ACP, et par ricochet les États de la CEDEAO, cette tendance de l'Union d'inclure l'investissement dans les accords de coopération économique comporte des conséquences non négligeables dans ces pays en développement. En effet, ces accords de libre-échange, dans lesquels sont insérés un chapitre sur l'investissement, préconisent un principe sacro-saint de libre admission des capitaux sur les territoires des États partie. Ce qui induit également une libre admission des investissements étrangers, rompant ainsi avec la règle coutumière du pouvoir discrétionnaire de l'État d'admettre ou non des investissements sur son territoire. Mais encore, pratiquer une libre admission des investissements entre les États de l'Union européenne et ceux de la CEDEAO risquerait d'affaiblir le marché communautaire de celle-ci, tout en exposant les entreprises locales à une concurrence accrue des multinationales européennes. Dès lors, face aux risques liés à une éventuelle insertion de l'investissement dans

le partenariat UE/CEDEAO, à travers les APE, il importe pour cette organisation régionale ouest-africaine de négocier à exclure l'insertion d'une clause de préadmission des investissements. En d'autres termes, il semble plus opportun pour les États de la CEDEAO, et de l'Afrique en général de garder souverainement le contrôle de l'accès des investissements sur leurs respectifs, dans leur coopération économique avec l'Europe.

Conclusion du Chapitre 2 du Titre 1

Les instruments externes à la CEDEAO peuvent être définis comme des dispositifs normatifs non secrétés par l'organisation régionale mais dont celle-ci se réfère dans son fonctionnement. Ce sont des engagements extérieurs de la communauté qui peuvent, par ailleurs, contribuer indirectement à la protection des investissements étrangers dans l'espace concerné. Deux de ces instruments ont été mis en exergue : il y a les instruments relatifs à la protection des droits de l'Homme, et les relations de coopération entre l'Union européenne et les États ACP.

Étant de portée universelle, le respect des droits de l'Homme est un principe inscrit dans tout système juridique. Le droit international des investissements qui tire sa source dans le système juridique international ne pourrait ignorer la question des droits de l'Homme dans les rapports entre les investisseurs étrangers et les États hôtes. Il a été relevé que les États d'accueil aussi bien que les investisseurs étrangers doivent respecter les droits de l'Homme dans leurs relations d'investissements. L'investissement est considéré comme un droit de l'Homme, car étant un droit de propriété. Ainsi donc, l'État d'accueil ne doit pas porter atteinte non seulement à la personne de l'investisseur mais aussi à son bien. Il est, à ce titre, assujéti à des obligations de non-ingérence et à des obligations d'agir dans la sécurisation de l'opérateur économique et de son bien.

Au demeurant, les droits de l'Homme ne sont pas seulement invoqués pour le besoin de sécurisation des investisseurs. Leur invocation permet également de prendre en compte les droits des citoyens dans l'activité d'investissement. L'on a vu que les citoyens de l'État hôte peuvent être préjudiciés dans l'opération d'investissement dans deux cas de figure : il peut, en effet, arriver que les entreprises multinationales portent directement atteinte aux populations de l'État dans son activité. C'est le cas lorsque l'opération d'investissement entraîne la détérioration de l'environnement des populations vivant aux environs du lieu d'implantation de l'entreprise. D'autre part, il arrive aussi que les entreprises étrangères - cette fois-ci avec la complicité de l'État d'accueil - procèdent à la spoliation des terres des paysans locaux, ou recrutent ces derniers dans des conditions de travail contraires au respect de la dignité humaine.

Il importe, cependant, de souligner que le droit international des investissements ait prévu des sanctions aux atteintes des droits de l'Homme de l'investisseur par l'État d'accueil. En effet, outre l'indemnisation prévue par les TBI, le mécanisme d'engagement de la responsabilité de l'État, prévu par le droit international général, peut être enclenché à l'endroit de l'État auteur de violations des droits de l'investisseur. En ce qui concerne, en revanche, les sanctions aux

atteintes des droits de l'Homme des citoyens dans l'activité d'investissement, le droit international des investissements, de même que le droit international général tergiversent sur la question. Les citoyens de l'État d'accueil ne disposent pas de voies de droit dans les TBI pour protester contre des agissements de l'État ou de l'investisseur. Il a été reconnu qu'il incombe plutôt au premier de protéger ses propres citoyens dans toute opération qui se déroule sur son territoire. Nul mieux que lui ne saurait le faire. Pour ce qui est des mécanismes d'engagement de la responsabilité des multinationales, ils ne sont pas pour l'heure consacrés en droit international compte tenu du fait que leur capacité à être reconnues comme sujets de droit international reste toujours discutable au sein de la doctrine. C'est en ce sens qu'il est actuellement question de prévoir dans les traités des obligations vis-à-vis des investisseurs pour d'éventuelles exactions commises à l'endroit des citoyens de l'État, dans leurs opérations d'investissements.

Voilà donc, en condensé, le champ d'application des droits de l'Homme dans la sécurisation des biens des opérateurs économiques dans l'espace CEDEAO. Les États membres de celle-ci doivent participer à cette sécurisation, en conférant à leurs droits nationaux respectifs la capacité d'anticiper au rétablissement des violations des droits de l'Homme dans l'opération d'investissement. La cour de justice de la CEDEAO devrait aussi jouer sa part, en s'activant dans la résolution des contentieux intracommunautaires relatifs aux investissements. D'autant plus qu'elle est désormais habilitée depuis 2005 à connaître des questions relatives aux droits de l'Homme au sein de son espace. Un tel exercice permettrait à la Cour régionale de s'imprégner des rouages du droit international des investissements.

Par ailleurs, à côté des droits de l'Homme, d'autres types d'instruments externes à la CEDEAO pourraient également constituer un apport à la protection des investissements étrangers dans l'espace communautaire. Tel est le cas des relations de coopération entre l'UE et les États ACP, relations dont les États membres de la CEDEAO sont parties.

À vrai dire, la coopération UE/ACP ne dispose véritablement pas d'une politique particulière en matière de promotion et de protection des investissements. Ici, ce sont certaines valeurs, dont l'UE entend intégrer dans ses relations de coopération avec le reste du monde, qui serviront d'appui à la protection des investissements étrangers dans l'espace communautaire. Il en est ainsi au plan politique, de la bonne gouvernance, la démocratie, la préoccupation sécurité, et au plan économique, l'on peut noter l'assistance de la communauté européenne à l'effectivité de l'intégration régionale en Afrique.

Mais lorsque l'on observe la pratique récente des relations économiques de l'Union, l'on ne peut manquer d'être frappé par la tendance de la communauté européenne d'intégrer

l'investissement dans sa politique commerciale. En d'autres termes, ce sont dans ses accords commerciaux que l'UE intègre sa politique d'investissement. C'est, en effet le cas, dans les traités transatlantiques respectifs qu'elle a signés entre le Canada et les États-Unis, traités dans lesquels il est question de mettre en place une juridiction permanente de règlements des différends relatifs aux investissements. En ce qui concerne, cependant, ses rapports avec les États ACP, il a été indiqué qu'ils tendent vers cette nouvelle politique d'investissement. En effet, hormis le cadre général de ses rapports avec les États ACP, l'Union européenne entretient des relations particulières avec les États de l'Afrique de l'Ouest, formés par le groupe CEDEAO/UEMOA. Ces dernières relations avec ce groupe sont déclinées dans un document intitulé Programme d'Indicatif Régional (PIR). Dans celui-ci, les discussions tournent autour de l'insertion d'une clause de libre admission des capitaux dans des accords de libre-échanges conclus entre l'UE et ces États ouest-africains. Une telle clause ouvrira la porte à tout type d'investissement européen dans l'espace concerné. Mais en même temps, elle désarmerait le pouvoir discrétionnaire de ces États africains de la possibilité d'admettre ou non l'accès de certains investissements sur leurs territoires. À ce stade, il ne serait pas déraisonnable de se demander si l'insertion d'une telle clause dans les rapports commerciaux entre l'Europe et l'Afrique ne pourrait pas jouer en défaveur à cette dernière. Les entreprises locales de ces États en développement pourront-elles supporter la concurrence des multinationales européennes ? la réponse à cette question semble plus penchée vers la négative. C'est pour cette raison qu'il nous semble plus opportun pour ces États ouest-africains et l'Afrique d'une manière générale, de maintenir le contrôle de l'admission des capitaux étrangers dans leur partenariat économique avec l'Union européenne.

Conclusion du Titre 1 de la première partie

Au total, il a été démontré que la CEDEAO pourrait, par le biais de ses instruments d'intégration économique, être amenée à protéger les investissements étrangers, c'est-à-dire, les investissements des ressortissants d'États tiers à l'organisation régionale. Cette protection peut, en effet, découler des instruments internes et des instruments externes de l'institution communautaire.

Les premiers, en l'occurrence les instruments internes, sont constitués, d'une part, par les règles d'édification du marché commun, et d'autre part, par les politiques d'incitation économique et juridique des investissements, développées aussi bien par les États membres de l'organisation régionale que celle-ci. Les règles d'édification du marché commun, également appelée les garanties originelles du marché commun, se caractérisent par deux séries de règles : il y a la liberté d'établissement et la libre circulation des capitaux, d'un côté, et de l'autre, une bonne politique de la concurrence. En outre, comme instruments internes, il y a les politiques d'incitation économique et juridique des investissements, politiques que peuvent mettre en œuvre les États de la CEDEAO, mais que peut également développer la communauté régionale.

En ce qui concerne les instruments externes, il s'agit de dispositifs normatifs qui ne sont pas secrétés par l'organisation communautaire mais qui s'appliquent à celle-ci. En d'autres termes, ce sont des instruments qui pénètrent dans le fonctionnement de la CEDEAO et qui exercent une certaine influence sur l'institution communautaire. Ces instruments externes, au même titre qu'aux instruments internes, peuvent indirectement contribuer à la protection des investissements dans l'espace d'intégration régionale. Deux de ces instruments ont été mis en exergue dans cette étude. La première catégorie a une portée universelle, il s'agit des instruments relatifs à la protection des droits de l'Homme, et la seconde relève de l'exercice des relations de coopération extérieure de la CEDEAO, telle la coopération de l'Union européenne avec les États ACP.

Toutefois, il importe maintenant de se demander si cette protection communautaire découlant des instruments internes comme externes de la communauté peut efficacement protéger les investissements étrangers, c'est-à-dire les investissements ressortissants d'États tiers de la CEDEAO.

Titre 2 : L'efficacité de la protection communautaire des investissements étrangers dans l'espace CEDEAO

Il a été démontré plus haut que, s'il n'est pas son objectif originel, l'organisation d'intégration régionale de la CEDEAO peut, par le biais de ses instruments de réalisation de l'intégration économique, apporter un apport considérable à la protection des investissements étrangers dans son espace.

Toutefois, l'analyse de son degré d'efficacité permet de constater que la protection communautaire des investissements étrangers connaît des limites (**Chapitre 1**). Mais, ces limites peuvent être repoussées, voire, éliminées, si l'organisation régionale met en exergue les priorités pour une protection effective et efficace de ces investissements étrangers en son sein (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 : Les limites de l'efficacité communautaire de la protection des investissements étrangers

Ces limites peuvent être scindées en deux catégories : nous avons, d'une part, les limites institutionnelles de l'efficacité communautaire de la protection des investissements étrangers dans la CEDEAO (**Section 1**), et d'autre part, les limites techniques de l'efficacité communautaire de la protection des investissements étrangers dans la CEDEAO (**Section 2**).

Section 1 : Les limites institutionnelles de l'efficacité communautaire de la protection des investissements étrangers

La CEDEAO, comme toute organisation internationale, fonctionne par le biais de ses organes. Tous les actes que l'organisation serait amenée à prendre sont réalisés par le biais de ses propres organes. Ce sont eux qui donnent vie à l'institution internationale. Il en est ainsi lorsque l'institution internationale communique avec les États membres qui la composent, mais encore avec le monde extérieur. Toutefois, au niveau de sa communication extérieure, le dispositif mis en place par l'organisation communautaire ouest-africaine révèle quelques incohérences qui, en conséquence, peuvent être analysées comme une limite à sa protection communautaire des investissements étrangers (**Paragraphe 1**). Mais, il peut être soutenu que, ces limites sont plus profondes, car résidant généralement au niveau de la différence d'objectifs entre le droit communautaire et le droit international des investissements (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : Quelques incohérences dans le dispositif institutionnel de représentation internationale de la CEDEAO

L'exercice des compétences extérieures de la CEDEAO présente certaines particularités, qui peuvent être analysées comme des incohérences par rapport à son dispositif de représentation internationale. Il révèle d'abord qu'il s'agit d'un pouvoir de représentation bicéphale, composé, en l'occurrence du tandem : président en exercice de la Conférence des chefs d'État et de gouvernement – président de la Commission (**A**). Mais encore, l'on constate que certains organes - pourtant déterminants - sont mis à l'écart dans l'exercice de ces compétences extérieures, et plus particulièrement lorsqu'il s'agit de conclure des accords internationaux au nom de l'organisation communautaire (**B**).

A : Un pouvoir de représentation informellement bicéphale dans l'exercice de compétences internationales

L'analyse montre que la représentation extérieure de la CEDEAO est, en pratique, bicéphale. C'est-à-dire qu'ici, deux organes sortent du lot lorsqu'il s'agit d'exercer des compétences internationales au nom de la Communauté. C'est, en effet, le Président de la Commission et le Président en exercice de la Conférence des chefs d'État et de gouvernement.

Cependant, si, conformément aux dispositions textuelles, c'est au premier qu'il revient d'engager internationalement l'organisation régionale (1), l'on note, dans la pratique, une concurrence officieuse du second organe – le Président en exercice de la Conférence- dans l'exercice des compétences extérieures de la CEDEAO (2).

1 : La compétence textuelle (formelle) du Président de la Commission d'engager internationalement la Communauté

Tout d'abord, il importe de rappeler que l'exercice des compétences externes d'une organisation internationale revient naturellement au chef de l'organe intégré, en l'occurrence le secrétariat exécutif. Pour s'en convaincre, il suffit de se référer à l'article 7, paragraphe 3 de la Convention de Vienne de 1986 sur les traités conclus par les organisations internationales, entre elles ou avec des États. Ce texte dispose que le secrétaire général sera tout de même dispensé de produire une lettre de pleins pouvoirs dès lors qu'« *il ressort des circonstances qu'il était de l'intention des États et des organisations internationales concernées de considérer cette*

personne comme représentant l'organisation ». De fait, il revient au chef administratif de négocier et signer les traités de l'organisation internationale, au premier rang desquels figurent les accords de siège, les accords de coopération entre organisations, ou encore les accords avec les États concernant certaines activités matérielles de l'organisation menées sur leur territoire³⁰⁹.

En ce qui concerne la CEDEAO, c'est le Secrétariat exécutif, devenu Commission depuis la réforme de 2006³¹⁰, qui assure les fonctions d'organe administratif et de secrétariat. L'une des nouveautés apportées par ce protocole additionnel de 2006 consiste en la spécification d'un pouvoir de représentation internationale de la Communauté. Il y est clairement mentionné que « *Sans préjudice de l'étendue générale de ses responsabilités telles que prévues à l'article 19 du traité révisé, le président de la Commission est chargé des relations extérieures, de la coopération internationale, de la planification stratégique et de l'analyse des politiques, ainsi que des activités d'intégration régionale dans la sous-région* ». C'est l'article 79 nouveau qui confère, de façon claire, au nouveau chef du Secrétariat le « *treaty making power* »³¹¹, c'est-à-dire, le pouvoir d'engager internationalement la CEDEAO. Il dispose : « *en vue de la réalisation des objectifs d'intégration, le président de la Commission peut conclure des accords de coopération avec d'autres Communautés économiques régionales* ». Une disposition suivante semble attribuer exclusivement le pouvoir de conclure ces accords au seul chef du Secrétariat exécutif. Il s'agit de l'article 83, paragraphe 3 nouveau qui dispose : « *Les accords de coopération, à conclure conformément aux dispositions de l'article 83, paragraphes 1 et 2 du Traité, sont conclus par le président de la Commission qui se conformera aux conditions spécifiées au paragraphe 2 de l'article 79* ». Ces textes posent, de façon désormais claire, que le pouvoir d'engager la CEDEAO revient au président de la Commission. Mais encore, si un organe intergouvernemental -comme le Conseil des ministres – doit intervenir dans la procédure de conclusion des traités, ce n'est plus pour approbation. Il doit être seulement tenu informé, car les accords conclus doivent être « portés à son attention », conformément à l'article 79,

³⁰⁹ F. LATTY, « L'organe administratif intégré de l'organisation internationale », in *Droit des organisations internationales*, E. LAGRANGE et J-M. SOREL (dir.), *L.G.D.J.*, 2013, pp. 491-519, p. 511.

³¹⁰ Il s'agit du Protocole Additionnel *A/SP.1/06/06* du 14 juin 2006 portant amendement du traité révisé de la CEDEAO.

³¹¹ A. SALL, « Les relations extérieures de la CEDEAO », *op.cit.*, p. 22.

paragraphe 2. Autrement dit, l'intervention du Conseil des ministres dans le processus conventionnel, ne se fait plus en amont comme auparavant³¹², mais en aval³¹³.

Cependant, l'observation montre que le pouvoir officiel du Président de la Commission de la CEDEAO d'engager internationalement celle-ci se trouve concurrencé, dans la pratique, par le Président en exercice de la Conférence des chefs d'État et de gouvernement. Une telle concurrence a poussé certains observateurs à considérer que le Président de la Commission semble « subordonné » au Président en exercice de la Conférence dans l'exercice des relations extérieures³¹⁴.

2 : La concurrence officieuse du Président en activité de la Conférence des chefs d'États et de gouvernement dans l'exercice des compétences internationales du Président de la Commission

Le président en exercice de la Conférence des chefs d'État et de gouvernement se trouve dans une situation apparemment paradoxale dans la conduite des relations extérieures de la CEDEAO. Il serait à vrai dire difficile de tirer, aussi bien du traité que du règlement intérieur de la Conférence, les bases juridiques de son pouvoir de représentation internationale. Et pourtant, il constitue l'organe le plus réactif de la CEDEAO sur la scène politique internationale. Dans l'acte constitutif, en effet, deux dispositions fondent l'aptitude du président de la Conférence d'exercer des compétences internationales. Il s'agit de l'article 7, paragraphe 2 qui dispose : « *La Conférence est chargée d'assurer la direction et le contrôle général de la Communauté et de prendre toutes mesures nécessaires en vue du développement progressif de celle-ci et de réalisation de ses objectifs* », et le paragraphe 3, qui énonce respectivement la conférence est chargée de : « *déterminer la politique générale et les principales orientations de la Communauté* (alinéa a), « *d'assurer le contrôle du fonctionnement des institutions de la Communauté ainsi que le suivi de la réalisation des objectifs de celles-ci* (alinéa b). Mais, le domaine de prédilection de l'activité internationale du président en exercice se trouve au niveau du règlement intérieur de la Conférence des chefs d'État et de gouvernement. Selon son article

³¹² Avant la réforme introduite par le Protocole Additionnel du 14 juin 2006 précité, les accords de coopération conclus par la CEDEAO, d'une part avec les autres Communautés économiques régionales (article 79) et, d'autre part, avec les États tiers et d'autres organisations comme l'OUA et la famille des Nations unies (article 83) étaient préalablement soumis à l'approbation du Conseil des ministres. Il s'en suit dès lors que le Secrétaire exécutif de la CEDEAO n'avait qu'un pouvoir de « proposition » des deux catégories d'accords visées aux articles 79 et 83 pour approbation par l'organe intergouvernemental du Conseil des ministres.

³¹³ A. SALL, « Les relations extérieures de la CEDEAO », *op.cit.*, p. 23.

³¹⁴ *Ibidem.*, p. 90.

6 alinéa 2 : « *la Conférence est habilitée à prendre toute décision³¹⁵ dans le cadre des questions se rapportant à la prévention, à la gestion et au règlement des conflits, au maintien de la paix et de la sécurité, à l'assistance humanitaire, à la consolidation de la paix, à la lutte contre la criminalité transfrontalière et à la prolifération des armes légères, ainsi que toutes les autres questions couvertes par les dispositions du Protocole relatif au mécanisme de prévention, de gestion, de règlement des conflits, de maintien de la paix et de la sécurité* ». Ce Protocole, en son article 6 paragraphe 1^{er} qualifie la Conférence comme « *la plus haute instance de décision* » du Mécanisme³¹⁶. Il est donc clair que la Conférence des chefs d'État et de gouvernement exerce des compétences internationales, mais portant sur la « haute politique » et la gestion de la paix et de la sécurité.

Dès lors, la question se pose de savoir si cet interventionnisme diplomatique du président en exercice de la Conférence ne pourrait pas empiéter sur les compétences internationales dévolues au président de la Commission, c'est-à-dire, sur le pouvoir de ce dernier d'engager internationalement la Communauté ? En d'autres termes, la généralité des attributions du président en exercice ne contient-elle pas aussi la possibilité pour celui-ci de souscrire à des engagements au nom de la CEDEAO ? La réponse de principe, à ces interrogations, est négative, et au moins pour trois raisons :

Premièrement, si l'on s'en tient au texte ; aussi bien les énonciations du traité que du règlement intérieur ne mentionnent nulle part la possibilité pour le président en exercice de conclure des conventions au nom de la CEDEAO. En revanche, le traité déclare, que le *treaty making power*, c'est-à-dire le pouvoir de conclure des accords liant la Communauté incombe au président de la Commission³¹⁷. Deuxièmement, l'interprétation raisonnable de deux principes du droit international confortent ce constat de l'incapacité, de principe, du président en exercice de la CEDEAO de conclure des accords engageant la Communauté toute entière. Il s'agit, en premier lieu, du principe selon lequel les sacrifices de souveraineté de la part des États ne se présument pas. Il y'a aussi, en second lieu, le principe selon lequel les organisations

³¹⁵ Le professeur Alioune Sall considère que : « *l'usage du singulier montre bien qu'il s'agit d'indiquer un monopole et non un large champ d'intervention, comme l'eût suggéré le pluriel* », in A. SALL, « Les mutations de l'intégration des États en Afrique de l'Ouest: une approche institutionnelle », L'Harmattan, 2006, p. 146, note 232.

³¹⁶ Ce Mécanisme de prévention, de gestion, de règlement des conflits, de maintien de la paix et de la sécurité a été adopté par le Protocole de Lomé (capitale du Togo) en décembre 1999. Dans son fonctionnement, le Mécanisme a mis en place des Institutions et des organes. Parmi les Institutions, il y a la Conférence des chefs d'État et de gouvernement, le Conseil de médiation, et le Secrétariat exécutif. Les Organes sont également composés de trois, il s'agit de la Commission de défense et de sécurité, le Conseil des sages, et le Groupe du cessez-le-feu de la CEDEAO (ECOMOG).

³¹⁷ Cf. article 79 nouveau et article 83 nouveau du traité révisé.

internationales n'ont de compétences que d'attribution, et qu'il convient de ne pas aller au-delà de ce que les États leur ont expressément consenti. Et enfin, troisièmement, le système de dévolution des compétences dans les organisations internationales s'oppose à une éventuelle compétence de la Conférence de conclure des accords internationaux. Il est, en effet, de coutume que la négociation ou la préparation de conclusion des dits accords incombe au chef de l'organe intégré – qui serait ici la Commission –, même si l'expression proprement dite du consentement à être lié reviendrait à un organe intergouvernemental comme la Conférence des chefs d'État et de gouvernement. Toutes ces approches tendraient donc à conclure raisonnablement à l'absence du pouvoir du président en exercice de signer des traités au nom de la CEDEAO.

Cependant, même s'il est dépourvu du *treaty making power*, ne pouvant « faire » des traités, le président de la Conférence arrive-t-il néanmoins à faire des déclarations engageant la Communauté ? il s'agissait ici de s'interroger sur la notion de « déclaration », acte par lequel le président en exercice de la Conférence peut recourir pour s'exprimer sur certaines situations³¹⁸. Mais ce sur quoi il importe de se pencher surtout c'est sur les effets de la déclaration. Rappelons d'abord que c'est depuis le 16 février 2010 que cet instrument juridique qu'est la déclaration fut consacré par le nouveau Traité, en son article 9 nouveau. Elle y est définie comme « *un acte par lequel la Conférence matérialise un engagement de volonté ou prend une position sur un sujet précis* ». Ainsi donc, la déclaration s'analyse bien comme un acte unilatéral de la CEDEAO, c'est-à-dire comme « *un acte juridique imputable à une organisation internationale et pouvant créer des obligations juridiques dans des conditions prévues par le traité constitutif* »³¹⁹.

Comme tout acte juridique, la déclaration pourrait aussi produire des effets juridiques. La Cour internationale de justice l'a rappelé en ces termes : « *Il est reconnu que des déclarations revêtant la forme d'actes unilatéraux et concernant des situations de droit ou de fait peuvent avoir pour effet de créer des obligations juridiques [...] Quand l'auteur de la déclaration entend être lié conformément à ses termes, cette intention confère à sa prise de position le caractère d'un engagement juridique, [le sujet] intéressé étant désormais tenu en droit de*

³¹⁸ C'est ici le lieu de préciser que, pendant longtemps, la CEDEAO ne connaissait pas formellement la notion de « déclaration ». Celle-ci, en effet, ne figurait pas sur la liste des actes de droit dérivé ayant cours en son sein. Ce n'est qu'en 2010, avec l'Acte additionnel du 16 février 2010 portant révision de l'article 9 nouveau du Traité de la CEDEAO que la notion de « déclaration » fut consacrée. La raison avancée était de permettre la Conférence des chefs d'État et de gouvernement de pouvoir s'exprimer sur certaines situations, si l'on se réfère au préambule du dit Acte additionnel.

³¹⁹ J. SALMON, « Dictionnaire de droit international public », *Bruxelles, Bruylant*, 2001, p. 32.

suivre une ligne de conduite conforme à sa déclaration. Un engagement de cette nature, exprimé publiquement, et dans l'intention de se lier, même hors du cadre de négociations internationales, a un effet obligatoire. Dans ces conditions, aucune contrepartie n'est nécessaire pour que la déclaration prenne effet, non plus qu'une acceptation ultérieure, ni même une réplique ou une réaction d'autres États. Car cela serait incompatible avec la nature strictement unilatérale de l'acte juridique par lequel l'État s'est prononcé »³²⁰.

À la lecture de l'article 25 du Protocole de Lomé de 1999³²¹, l'on constate que le président en exercice entre en scène lorsqu'il s'agit de pacifier une situation de « crise ». Celle-ci a pu être définie comme « *une situation d'anomie provoquée par le changement... Une situation est qualifiée de "crise" si elle présente des caractéristiques considérées comme anormales sur une période donnée et si, sur cette période, les outils de régulation existants s'avèrent inadéquats. Ainsi, une situation présentant des signes d'anomalie ne devient crise que si les organisations compétentes faillissent à restaurer la normalité »³²².*

Ainsi donc, lorsque survient une crise, le président en exercice peut prendre une mesure en forme déclaratoire ayant pour objet de condamner tout simplement les circonstances ayant conduit à la situation d'anomie. Il en a été ainsi, au lendemain du putsch manqué au Burkina Faso au cours du mois de septembre 2015. Le président en exercice avait, en effet, condamné le caractère illégal des coups d'État du point de vue de la CEDEAO en ces termes : « *La Conférence réitère sa ferme condamnation du coup de force perpétré par les éléments du Régiment de sécurité présidentielle (RSP) le 17 septembre 2015 contre la transition »³²³. La déclaration du président en exercice peut, par ailleurs, constituer des mesures ayant des effets économiques et politiques pour le ou les États en cause. C'est en ce sens qu'au lendemain du coup d'État perpétré au Mali le 22 mars 2012, le président ivoirien Alassane Ouattara, président en exercice de la Conférence, en condamnant les événements, avait informé qu'un « embargo*

³²⁰ CIJ, *Affaires des essais nucléaires* (Australie c./France), vol. 2, Arrêt du 20 décembre 1974, Rec. 1974, p. 267, § 43.

³²¹ Aux termes de l'article 25 du Protocole, le Mécanisme mis en œuvre par le Protocole de Lomé est mis en œuvre :

- « a) en cas d'agression ou de conflit armé intervenu dans un État membre, ou de menace d'un tel conflit ;
- b) en cas de conflit entre deux ou plusieurs États membres ;
- c) en cas de conflit interne qui :
 - i) menace de déclencher un désastre humanitaire ;
 - ii) constitue une menace grave à la paix et à la sécurité dans la sous-région ;
- d) en cas de violations graves et massives des droits de l'homme ou de remise en cause de l'État de droit ;
- e) en cas de renversement ou de tentative de renversement d'un gouvernement démocratiquement élu ;
- d) toute autre situation que détermine le Conseil de médiation et de sécurité ».

³²² Th. TARDY, « Gestion de crise, maintien et consolidation de la paix », De Boek, 2009, pp. 15-16.

³²³ Cité par A. SALL, « Les relations extérieures de la CEDEAO », *op.cit.*, p. 46.

total » avait été décidé contre cet État et son gouvernement et que « *toutes les mesures diplomatiques, économiques et politiques ne seront levées que lorsque l'ordre constitutionnel sera effectivement rétabli* »³²⁴.

Ces exemples démontrent que la déclaration libère ses effets juridiques, crée une situation de droit opposable aux acteurs d'une crise et à la CEDEAO elle-même. Le professeur Alioune Sall l'a clairement posé en considérant : « *Avec les déclarations faites par la présidence en exercice de la Communauté, nous sommes dans ce moment fatidique où l'expression d'une intention politique ou d'une préférence formulée devant une situation donnée, crée un effet juridique et fige, dans le marbre du droit, la volonté ou le désir ainsi émis* »³²⁵.

Cependant, quelques réserves mériteraient d'être apportées à cette perception du pouvoir du président en exercice de la CEDEAO d'engager la Communauté à travers des déclarations. Il serait difficilement concevable que le président en exercice puisse, par une déclaration unilatérale, engager la Communauté sans l'assentiment préalable des États membres. Même dans son domaine de prédilection que constitue la résolution des conflits, le président en exercice de la CEDEAO agit toujours de concert avec ses pairs. Originellement, la représentation internationale du président en exercice de la Conférence des chefs d'État et de gouvernement s'effectue à travers une « *diplomatie délibérative et "interindividualisée", faite de contacts personnalisés et informels, et dont, décidément, le concept assez moderne de "consultation" pourrait adéquatement rendre compte* »³²⁶.

En résumé, si les politiques économiques – y compris le pouvoir de négocier des accords économiques – reviennent en principe au président de la Commission de la CEDEAO, la forte présence du président en exercice de la Conférence sur la scène internationale laisse apparaître un sentiment de concurrence entre les deux chefs. Ce qui donne l'impression de l'existence d'un bicéphalisme informel dans l'exercice des relations extérieures de la CEDEAO ; ce qui pourrait être considéré comme une incohérence dans le dispositif de représentation extérieure de l'organisation régionale. Mais, ce n'est pas tout, l'autre faille est beaucoup plus manifeste : elle réside dans l'occultation, voire, l'omission volontaire de deux organes qui semblent déterminants dans le processus de conclusion des traités liant l'organisation communautaire.

³²⁴ www.lemonde.fr/afrique/article/2012/04/02.

³²⁵ A. SALL, « Les relations extérieures de la CEDEAO », *op.cit.*, p. 47.

³²⁶ *Ibidem.*, p. 39.

B : La relégation de certains organes dans le processus de conclusion d'accords internationaux liant la Communauté

Qu'il s'agisse du Parlement, de la Cour de justice, même du Conseil des ministres, aucun de ces trois organes n'est associé à la procédure de conclusion des traités internationaux engageant la CEDEAO. L'omission du dernier organe pourrait s'expliquer aisément dans la mesure où un autre organe intergouvernemental est déjà présent, en l'occurrence la Conférence des chefs d'État et de gouvernement. En revanche, l'exclusion des deux autres organes intégrés, dont l'un représente la légitimité démocratique et l'autre le souci de respect du droit, s'explique beaucoup moins. C'est sur la mise à l'écart de ces deux organes que constituent, en effet, le Parlement et la Cour de justice qu'il conviendrait de s'arrêter.

1 : La saisine facultative du Parlement pour avis dans les conclusions d'accords internationaux

Créé en faveur de la révision de 1993 par le Traité de la CEDEAO, le Parlement de l'organisation régionale ouest-africaine a été organisé une année plus tard par le Protocole A/P2/8/94 du 6 août 1994. Ce Protocole posait deux principes. Premièrement, le Parlement a toute latitude d'évoquer « *toute question intéressant la Communauté* », et d'émettre subséquemment des avis là-dessus. Secondement, cet avis devait obligatoirement être recueilli sur un certain nombre de questions³²⁷. Cependant, aucune référence n'est faite aux relations extérieures de la CEDEAO. Le Parlement ne donne son avis qu'en interne, dans la mesure où il s'agit de politiques communautaires, et non de coopération internationale³²⁸.

Plus tard, en 2006, sous l'effet des critiques portant sur une conception extrêmement restrictive des pouvoirs du Parlement, a été adopté le Protocole additionnel A/SP.3/06/06 du 14 juin 2006. Ce texte avait, en principe, pour objet de renforcer les prérogatives du Parlement puisque son article 4, paragraphe 2 dispose : « *les prérogatives du Parlement de la Communauté évolueront progressivement du rôle consultatif à celui de codécideur puis législatif dans les matières définies par la Conférence* ». À vrai dire, ce Protocole a une portée purement administrative puisque, pour l'essentiel, il porte sur l'organisation interne du Parlement.

³²⁷ Parmi ces domaines d'intervention, on y retrouve les télécommunications, les voies de communication, la jeunesse et les sports, la santé publique, la recherche scientifique et technologique, l'environnement, les droits de l'homme, l'intégration sociale, etc.

³²⁸ A. SALL, « Les relations extérieures de la CEDEAO », *op.cit.*, p. 53.

Le dernier texte qui évoque les compétences du Parlement de la CEDEAO constitue l'élaboration d'un projet d'Acte additionnel relatif au renforcement des prérogatives de celui-ci. Ainsi, en ce qui concerne précisément la modalité d'intervention de l'organe parlementaire dans la conclusion des traités internationaux, ce projet d'Acte indique "curieusement" que « *la saisine du Parlement n'est pas obligatoire* » pour « *les accords internationaux affectant les institutions, les finances de la Communauté ou ayant des implications contentieuses* » ni pour l'adhésion de nouveaux membres (article 10). Ce même article 10 ajoute que toute intervention parlementaire est exclue pour « *les politiques de défense, de paix et de sécurité* ».

Ces dispositions trouvées dans un document censé renforcer les compétences du Parlement étonnent à plus d'un titre.

Du point de vue de la cohérence, il serait difficilement compréhensible de donner au Parlement de nouvelles prérogatives à la tonalité internationale prononcée, et, en même temps, admettre que sa saisine puisse être occultée lorsqu'il s'agit de conclure des accords internationaux avec d'autres entités. Par ailleurs, il est aussi possible de relever un autre paradoxe entre l'exclusion de toute intervention parlementaire dans le champ des relations extérieures, et la « *Vision 2020* » définie depuis 2007 par la Conférence des chefs d'État et de gouvernement, tendant à transformer « *la CEDEAO des États en une CEDEAO des peuples* », et sachant que la représentation desdits peuples est précisément assurée, en principe du moins, par le Parlement³²⁹.

Cependant, cette option prise par la CEDEAO de reléguer le Parlement dans la procédure de conclusion d'accords internationaux ne répond pas aux tendances observées ailleurs. En général, les relations externes des institutions internationales constituent le domaine de prédilection de leurs organes parlementaires³³⁰. L'exercice des compétences extérieures des organisations internationales a, toujours, été réservé au Parlement incarnant la légitimité démocratique. Ce serait donc curieux d'écarter les membres des assemblées parlementaires dans les activités externes d'une organisation internationale. Deux institutions internationales seront, ici, citées comme exemple pour conforter les critiques portant sur la relégation du Parlement de la CEDEAO dans l'exercice des affaires extérieures : il s'agit de l'UE et l'Union Économique et Monétaire Ouest-Africaine (UEMOA).

S'agissant de l'UE, son Parlement a connu une évolution caractérisée par une croissance exponentielle de ses pouvoirs. En effet, sous l'empire du traité de Rome, l'article 228 prévoyait

³²⁹ *Ibidem.*, p. 55.

³³⁰ *Idem.*, p. 55.

que les accords internationaux liant la Communauté soient négociés par la Commission, conclus par le Conseil, mais après consultation du Parlement dans les cas prévus. Mis à part ce schéma, le Parlement européen doit donner un avis conforme pour un certain nombre d'accords : il peut s'agir d'accords ayant des implications budgétaires importantes pour la Communauté et ceux qui impliquent une modification d'un acte adopté selon la procédure visée à l'article 189. Il peut aussi s'agir d'accords comme ceux prévus à l'article 238 ; ou bien encore ceux qui créent un cadre institutionnel spécifique en mettant en place des procédures de coopération.

Dans toutes ces hypothèses-là, la conclusion d'un accord international ne peut se faire sans l'aval du Parlement, au sens de la procédure de l'« avis conforme ». De même, en matière internationale, le traité d'Amsterdam de 1997 renforce les pouvoirs du Parlement en disposant que « *la présidence consulte le Parlement européen sur les principaux aspects et les choix fondamentaux de la politique étrangère et de sécurité commune et veille à ce que les vues du Parlement soient dûment prises en considération. Le Parlement européen est tenu régulièrement informé par la présidence et la Commission de l'évolution de la politique étrangère et de sécurité de l'Union* ». En plus, le traité de Nice accorde au Parlement un droit de suivi des accords conclus par l'Union, car désormais, il est « *immédiatement et pleinement informé de toute décision prise au titre d'accords internationaux et concernant l'application provisoire ou la suspension d'accords, ou l'établissement de la position communautaire dans une instance créée par un accord* ». L'institution parlementaire a même le droit de saisir la Cour de justice pour l'interroger sur la comptabilité d'un accord envisagé avec le droit de l'Union (article 300 modifié).

La même logique de renforcement des pouvoirs du Parlement européen est également perceptible au niveau du traité instituant la Constitution européenne. Ce traité prévoit que le haut représentant de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité devait consulter « *régulièrement le Parlement européen sur les principaux aspects et les choix fondamentaux de la politique étrangère et de sécurité commune* ». L'article 21 modifié de ce texte dispose : le Haut représentant devait également veiller « *à ce que les vues du Parlement européen soient dûment prises en considération* ». L'article 188 C renchérit en considérant que le Parlement devait être tenu informé des négociations et de leurs avancements pour la conclusion de tout accord tarifaire ou commercial.

Ce n'est pas seulement le droit européen qui fournit les contre-exemples du cas de la CEDEAO d'écarter le Parlement dans l'exercice des compétences internationales. Une autre institution internationale, se situant dans cette même partie ouest-africaine, en constitue une autre illustration. Il s'agit de l'Union Économique et Monétaire Ouest-Africaine (UEMOA),

créée en 1994. Le traité révisé de 2003 instituant le Parlement de l'Union confère à celui-ci, non seulement un pouvoir de contrôle sur l'organe intégré qu'est la Commission, selon les mécanismes du régime parlementaire, mais donne clairement aux parlementaires un pouvoir, au moins partiel, de contrôle des relations extérieures de l'organisation à travers le pouvoir d'émettre des avis conformes³³¹. Ainsi, les députés communautaires peuvent être consultés sur les projets d'actes additionnels, de règlements et de directives. Selon l'article 25 du traité relatif au Parlement, « *cette consultation est obligatoire* » lorsqu'il est question, entre autres, d'adhésion de nouveaux États membres ou d'accords d'association avec des États tiers.

Au regard de cet exercice de droit comparé, il y a quelque raison de remettre en cause l'option faite par la CEDEAO d'écarter le Parlement dans l'activité internationale de la Communauté. Néanmoins, à la suite de sa session tenue en septembre-octobre 2016, le projet d'acte additionnel relatif au renforcement des pouvoirs du Parlement renfermait un nouvel article 40 portant « *Relations extérieures et diplomatie parlementaire* »³³². Cette disposition aurait pu être l'occasion pour le Parlement de prendre part à l'exercice des relations extérieures de la CEDEAO. En l'état actuel des choses, le projet de renforcement des pouvoirs du Parlement n'a, toujours pas produit le résultat escompté : cet organe représentant la légitimité démocratique, est escamoté lorsqu'il est question d'exercer des compétences internationales. En l'occurrence lorsqu'il faut conclure des accords internationaux. Mais l'institution parlementaire n'est pas la seule à subir cette marginalisation. Il y a aussi l'organe judiciaire –

³³¹ *Ibidem.*, p. 58.

³³² Article 40 : Relations extérieures et diplomatie parlementaire

1. Le Parlement entretient, dans le cadre de la diplomatie parlementaire, des relations avec les parlements des États membres, les autres Parlements régionaux, les organisations interparlementaires, les organisations internationales et les États tiers.
2. Le Parlement met en place un mécanisme approprié pour s'assurer des relations régulières avec les parlements des États membres. Dans ce cadre, le Parlement peut, en consultation avec le Conseil et la Commission, proposer des lois-types ou des lois uniformes conformes aux objectifs et aux procédures de la Communauté.
3. Le Président (du Parlement), en accord avec le Bureau, peut inviter des personnalités des États, des organisations internationales ou des organisations non gouvernementales et de la société civile à faire des déclarations ou des communications devant la Plénière ou les Commissions.
4. Lorsque la demande d'intervention vient des personnalités visées à l'alinéa 3 ci-dessus, l'approbation relève de la compétence du Bureau
5. Les déclarations ne sont pas suivies de débats
6. Les communications sont suivies de débats sur décision du Bureau. La procédure d'organisation des débats est contenue dans le règlement intérieur du Parlement.
7. Le règlement intérieur du Parlement détermine les modalités de la collaboration avec les parlements nationaux.

la Cour de justice -, qui se trouve également escamoté dans l'exercice des relations extérieures de la CEDEAO.

2 : L'escamotage de la Cour de justice dans le processus de conclusion d'accords internationaux

S'il existe une disposition faisant appel à un contrôle juridique préalable des engagements conventionnels conclus par la CEDEAO c'est bien l'article 15 du règlement intérieur de la Commission qui, en son paragraphe 3, dispose : « *la consultation de la direction des affaires juridiques est obligatoire sur tous les projets d'actes juridiques pouvant avoir une incidence juridique ou judiciaire* »³³³. Une interprétation raisonnable de ce texte pourrait conduire à inclure les accords internationaux conclus par la Communauté avec des entités tierces dans les projets d'actes susceptibles d'être examinés par la Direction des affaires juridiques de la Commission. En revanche, et curieusement, il n'existe aucune autre disposition attribuant précisément à l'organe judiciaire – la Cour de justice³³⁴ – une quelconque compétence de contrôle des accords conclus par la CEDEAO.

En toute logique, un contrôle exercé par un organe indépendant comme la Cour de justice est plus enclin à répondre aux exigences juridiques que celui exercé par un service technique de la Commission, en l'occurrence la Direction des affaires juridiques. La Cour est un organe plus étoffé qu'un département juridique. Sans prétendre nier l'importance de la lecture administrative faite par ce service juridique de la Commission, force est d'admettre que : « *le regard posé par un collège de juges sur un texte est forcément plus problématisant que celui d'un département interne* »³³⁵. Mais ce qu'il faut surtout relever, c'est que le contrôle préalable d'un texte n'a pas seulement pour vocation de purger ses contrariétés possibles avec le droit existant. Il permet, en outre, - et plus efficacement - d'anticiper sur le contentieux qu'il est susceptible de faire naître. Or, ce travail préventif ne peut être mieux accompli que par l'organe chargé exclusivement de veiller à la bonne interprétation et à la bonne application du droit communautaire, en l'occurrence la Cour de justice. Pour certains mêmes, « *Les juridictions sont perçues comme étant bien les garantes des processus dans lesquels les États membres*

³³³ Il importe, ici, de préciser que la Direction des affaires juridiques est un service interne à la Commission.

³³⁴ Il faut ici relever que le traité de la CEDEAO de 1975 avait prévu de doter la Communauté d'un « Tribunal », qui n'a jamais vu le jour. Ce n'est qu'à la faveur de la révision du traité en 1993 que la CEDEAO a été pourvue d'un organe judiciaire, la Cour de justice, établie à Abuja capitale du Nigéria.

³³⁵ A. SALL, « Les relations extérieures de la CEDEAO », *op.cit.*, p. 63.

s'engagent, il n'y a pas d'intégration économique sans une juridictionnalisation corrélative des différends susceptibles d'en surgir »³³⁶.

Une deuxième raison plaidant en faveur de l'attribution du contrôle préalable des accords conclus par la Communauté à l'organe judiciaire c'est l'indépendance de celui-ci par rapport aux institutions et organes de l'organisation régionale. En d'autres termes, la neutralité organique et statutaire de la Cour de justice³³⁷ constitue une autre raison pour lui donner compétence dans le contrôle préventif des engagements internationaux. Il est courant dans la vie d'une organisation internationale que des divergences d'interprétation des textes naissent entre ses propres organes ou institutions. Dans de tels cas de figure, il revient naturellement à l'organe judiciaire – la Cour de justice –, par le biais de son pouvoir d'interprétation des textes, de trancher ces litiges interorganiques au sein de l'institution communautaire. Il peut donc arriver, dans le cadre de la CEDEAO que la Commission dont dérive la Direction des affaires juridiques – service chargé textuellement du contrôle juridique des engagements de la Communauté –, soit en dissentiment avec un autre organe intergouvernemental comme le Conseil des ministres ou même la Conférence des chefs d'État et de gouvernement. Plus précisément, il n'est pas exclu que la Commission – organe dépositaire du *treaty making power*, c'est-à-dire le pouvoir de négocier et d'engager la CEDEAO –, et un organe intergouvernemental s'opposent même sur le principe de conclusion d'accords internationaux liant la Communauté. Dans une telle hypothèse, conférer à l'organe tiers, en l'occurrence la Cour de justice, la mission de contrôle des accords communautaires, serait beaucoup plus raisonnable que de le confier à un service qui dérive d'un organe partie au litige.

Troisièmement, les conséquences qui pourront éventuellement résulter d'une ratification imparfaite d'un accord international mériteraient de confier à l'examen de celui-ci à l'organe judiciaire de l'organisation internationale. L'article 46 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités est tout à fait édifiant : « *Le fait que le consentement d'une organisation internationale à être liée par un traité a été exprimé en violation des règles de l'organisation concernant la compétence pour conclure les traités, ne peut être invoqué par cette organisation comme viciant son consentement, à moins que cette violation n'ait été manifeste et ne concerne une règle d'importance fondamentale* ». L'hypothèse, ici, visée est celle d'accords conclus par la CEDEAO, déjà entrés en vigueur, mais dont l'entité contractante décèle postérieurement des

³³⁶ A. SALL, « Les débuts des Cours de justice de la CEDEAO et de l'UEMOA: propos sur la faiblesse du droit jurisprudentiel de l'intégration en Afrique de l'Ouest », *Nouvelles Annales Africaines*, n° 1, 2010, p. 10.

³³⁷ L'alinéa 3 de l'article 15 du traité de la CEDEAO dispose : « *Dans l'exercice de ses fonctions, la Cour de justice est indépendante des États Membres, et des Institutions de la Communauté* ».

irrégularités, du point de vue des normes de l'institution communautaire. Cette situation induirait une mise en jeu de la responsabilité de la Communauté avec toutes les conséquences que cela pourrait comporter. Ne serait-ce qu'elle impliquerait, par exemple, de mettre la CEDEAO dans une fâcheuse position de prendre toutes les dispositions nécessaires pour remédier aux irrégularités constatées.

Ces trois remarques générales ont un objectif commun : il s'agit d'alerter du danger de confier, à un organe ou service autre que la Cour de justice, la sécurisation juridique des accords internationaux que la Communauté serait amenée à conclure aussi bien avec ses États membres que des entités tierces. Selon Alioune Sall, ce sont les organes de la Communauté – et plus précisément le président de la Commission, dépositaire du *treaty making power* – qui ont intérêt à ce qu'une intervention judiciaire, antérieure ou concomitante aux négociations qu'ils mènent, soit clairement prévue dans le processus conventionnel : pour assurer leurs partenaires cocontractants autant que pour éviter de se retrouver eux-mêmes dans la fâcheuse position de violateurs des règles de leur propre ordre juridique³³⁸.

Mais les limites institutionnelles de la protection efficace des investissements étrangers dans cet espace régional ne s'arrêtent pas là, et peuvent être recherchées ailleurs. Une réflexion plus poussée, en effet, pourrait conduire à chercher ces limites au sein de la nature des deux disciplines que sont le droit communautaire et le droit international des investissements. En d'autres termes, les limites de la protection communautaire des investissements étrangers ne devraient-elles pas être recherchées au niveau des objectifs différents que poursuivent ces deux disciplines ?

Paragraphe 2 : Les objectifs respectifs du droit communautaire et du droit international des investissements

Comme tout ordre juridique, le droit communautaire et le droit international des investissements poursuivent forcément des objectifs. L'analyse de leurs objectifs respectifs nous permettra peut-être de déceler les limites de la protection des investissements étrangers par le droit communautaire.

A l'analyse, il s'est avéré que les objectifs poursuivis par ces deux disciplines juridiques sont différents (A). Mais ces différences ne doivent pas occulter, ou empêcher la possible

³³⁸ A. SALL, « Les relations extérieures de la CEDEAO », *op.cit.*, p. 67.

cohabitation du droit communautaire et du droit international des investissements même dans le domaine de la protection des investissements étrangers (B).

A : L'aperçu d'objectifs différents entre le droit communautaire et le droit international des investissements

Le professeur Charles LEBEN faisait remarquer que le droit communautaire et le droit international des investissements n'étaient pas faits pour se rencontrer...³³⁹. Plus précisément, la protection des investissements et le droit communautaire se sont longtemps ignorés : le droit des investissements a suivi la voie des conventions internationales, alors que le droit communautaire a suivi sa propre voie en créant et organisant le marché intérieur, si bien que les conventions bilatérales entre les États membres sont demeurés l'exception. D'emblée, il faut noter que le droit communautaire s'inscrit dans une logique d'intégration tandis que le droit des investissements est animé par une logique de protection³⁴⁰. D'ailleurs, on peut même dire que le second poursuit un double objectif de promotion et de protection des investissements en imposant aux États de garantir des standards de traitement aux investisseurs étrangers³⁴¹.

En effet, on sait que l'objectif du droit communautaire originaire et dérivé, est de créer un espace sans frontière intérieure où est garantie la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux, tandis que l'objectif des traités de protection des investissements bilatéraux ou multilatéraux est d'assurer un fort degré de protection aux investissements étrangers, pouvant être mis en œuvre par des procédures d'arbitrage.

De manière beaucoup plus schématique, les divergences entre le droit communautaire et le droit international des investissements peuvent être analysées, non seulement au niveau de leurs cadres interprétatifs, mais aussi au niveau de l'organisation de leurs sources.

Du point de vue interprétatif, il faut dire que le droit communautaire a ceci de remarquable qu'il repose sur un objectif fondamental qui pèse fortement sur l'interprétation des règles qui en sont tirées. Cet objectif est d'établir un marché unique. Il s'agit de donner aux entreprises le droit de s'établir et d'exercer leurs activités librement sur le territoire de tous les États membres

³³⁹ Ch. LEBEN, « Introduction », *Droit européen et l'investissement*, op.cit., p. 15.

³⁴⁰ Pour une compréhension plus large du sujet v. BUNGENBERG, J. GRIEBEL, S. HINELANG (eds), *International Investment Law and EU Law*, European Yearbook of International Economic Law, Special Issue, 2011, 200 p. ; A. DIMOPOULOS, *EU Foreign Investment Law*, OUP, 2011.

³⁴¹ Sur cette question, v. W. BEN HAMIDA, L. AZOULAI, « La protection des investissements par le droit primaire – Droit conventionnel des investissements et Droit primaire communautaire : étude comparée des régimes et des approches », in *Le droit européen et l'investissement*, C. KESSEDJIAN, Ch. Leben (dir.), Paris, Editions Panthéon Assas, 2009, p. 70.

de la Communauté et aux investisseurs l'opportunité d'y placer librement leurs capitaux. L'objectif du droit international des investissements est tout autre : il vise à encourager les investissements sur le territoire national en offrant un haut degré de protection aux investisseurs étrangers, suivant des modalités procédurales originales. Ainsi, l'objectif est axé surtout sur la protection en fixant des garanties que les États doivent accorder aux investisseurs étrangers.

Les différences entre les deux droits (droit communautaire et droit international des investissements) sont aussi constatables au niveau de l'organisation de leurs sources : A ce titre, il faut noter que le droit communautaire a encore une autre spécificité : il s'agit d'un droit organisé, centralisé, « constitutionnalisé ». Le droit communautaire a un champ d'application bien délimité, caractérisé par le territoire géographique de l'ensemble des États membres de l'organisation communautaire. Ce sont ces États souverains qui ressentent la nécessité de se regrouper politiquement et économiquement afin de propulser leurs États respectifs au développement qui créent l'organisation d'intégration régionale. Une fois l'organisation créée, ces-dits États lui délèguent une partie de leurs souverainetés pour qu'elle puisse s'affirmer juridiquement sur le plan international en ayant sa personnalité propre distincte de ses États membres. C'est dire donc que la naissance de l'organisation régionale a été ressentie, décidée et mise sur pied par les États concernés.

Ce qui n'est pas le cas du droit international des investissements. L'un des faits les plus marquant de ce droit, est qu'il ne découle pas de l'existence et du fonctionnement d'une grande organisation à vocation universelle comme c'est le cas du droit international des échanges tel qu'il est mis en place par les Accords de Marrakech (1994), créant l'Organisation Mondiale du Commerce. Le développement sans précédent que connaît le droit international des investissements depuis une trentaine d'années, s'est fait de toute autre façon. C'est par la conclusion d'un très grand nombre de TBI (2.676 traités à la fin 2008³⁴²) et de quelques traités multilatéraux (comme par exemple l'Accord de libre-échange latino-américain ou le Traité sur la charte de l'Énergie³⁴³) que l'on a vu progresser le droit international conventionnel des investissements, celui-ci acquérant une portée presque universelle tout comme le droit international des échanges, mais par d'autres voies. C'est un droit qui est le résultat de

³⁴² Chiffre donné par la CNUCED, *Recent Developments in International Investment Agreements* (2008-June 2009), UNCTAD, IIA Monitor N° 3 (2009), U.N. 2009. Pour une présentation générale, Voir UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties 1995-2006 : Trends in investment Rule Making*, U.N. 2007.

³⁴³ Sur cet important traité multilatéral, Voir Chr. TIETJE, « The applicability of the Energy Charter Treaty in ICSID Arbitration of EU Nationals vs. EU Member States », in *Essays on Transnational Economic Law*, Institute of Economic Law, Transnational Economic Law Research Center (TELC), School of Law, Martin Luther University Halle-Wittenberg, 2008 (disponible sur internet).

l'évolution des relations économiques internationales. D'ailleurs, les sources du droit international des investissements ont été classifiées de diverses façons par la doctrine : si certains ont pu considérer le droit international des investissements directement comme une branche du droit international, d'autres, comme Alain PELLET, le renvoie à une section du droit international de l'économie³⁴⁴. Cette tergiversation, ou du moins, cette tentation d'identifier les sources du droit international des investissements a poussé d'autres à le considérer comme « *un droit déséquilibré*³⁴⁵ ». En tous les cas, l'on peut dire que c'est une branche du droit international général.

Cependant, il est vrai que, d'après l'analyse qui vient d'être faite, le droit communautaire et le droit international des investissements ne sont pas animés des mêmes objectifs, en tout cas originairement. Ce qui va de soi, sinon on ne parlerait pas de droit communautaire et droit international des investissements. Seulement, ces différences ne doivent pas être perçues comme source de tensions entre eux, bien au contraire et en même temps, ce sont deux disciplines juridiques qui disposent des similitudes. Celles-ci peuvent révéler une certaine complémentarité entre eux, et par là, les inciter à cohabiter dans l'espace juridique international.

B : La possible cohabitation de deux ordres juridiques aux objectifs différents mais pas contradictoires dans la protection des investissements étrangers

Au départ, l'idée de promotion du droit international des investissements, et plus précisément de la politique de promotion et de protection des investissements internationaux, n'avait pas pour objet de révéler des tensions ou du moins des divergences entre celui-ci et le droit communautaire. Cette présomption de tensions entre ces deux corpus juridiques est, peut-

³⁴⁴ A. PELLET, « Notes sur la fragmentation du droit international : droits des investissements internationaux et droits de l'homme », Mélanges, *Unité et diversité du droit international, Unity and diversity of international law*, Ecrits en l'honneur du professeur Pierre-Marie Dupuy, Essays in honour of professor Pierre-Marie Dupuy, LEIDEN. BOSTON 2014, p. 762.

³⁴⁵ S. ROBERT-CUENDET, « Les investissements intracommunautaires entre droit communautaire et accords internationaux sur l'investissement : concilier l'inconciliable ? », *R.G.D.P.*, 2011, p. 859. Voir également sur ce point Ph. FOUCHARD, « L'arbitrage et la mondialisation de l'économie », in *Philosophie du droit et droit économique : quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard FARJAT*, Paris, Frison-Roche, 1999, p. 393 ; P. JUILLARD, Table ronde sur la question « Le système actuel est-il déséquilibré en faveur de l'investisseur privé étranger et au détriment de l'État d'accueil ? », in Ch. LEBEN (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement. Nouveaux développements*, Paris, LGDJ, 2006, p. 19 ; O. GARCIA-BOLIVAR, « The Teleology of International Investment Law – The Role of purpose in the Interpretation of international investment Agreement », *JWI&T*, 2005, p. 756.

être, due à l'inattendue de leur rencontre³⁴⁶. On sait que les dispositions des TBI relatives au libre transfert des capitaux ont été considérées, par la CJCE, comme « potentiellement » incompatibles avec les articles 57§ 2, 59 et 60§1 TCE, dans l'hypothèse où le Conseil déciderait de l'adoption de mesures de sauvegarde³⁴⁷.

Un tel problème ne s'est, peut-être, pas encore posé dans le droit communautaire africain, mais rien ne l'exclut car les principes et règles juridiques qui gouvernent les droits communautaires européen et africain sont pratiquement les mêmes. En effet, les éventuelles adoptions de mesures de sauvegarde ou de restriction des mouvements des capitaux, que l'on trouve dans le droit communautaire en général, peuvent entrer en conflit avec les clauses de libre transfert des capitaux contenues dans les traités bilatéraux d'investissements que les États membres de l'organisation régionale signent avec des investisseurs d'États-tiers³⁴⁸. Actuellement c'est la seule source de divergences constatée dans les rapports entre le droit communautaire et le droit international des investissements.

« *Le diable est dans les détails* ». Si l'on creuse dans les rapports entre toutes les disciplines juridiques, on trouvera forcément des divergences qui seraient susceptibles de créer des zones de conflit entre elles. D'ailleurs, dans la plupart des cas c'est lorsqu'il est question d'analyser leurs rapports que les sources de conflits apparaissent. Justement, celles-ci devraient, au contraire, être perçues comme des stimulants à leur cohabitation, et si possible leur harmonisation. Telle est, actuellement, la situation qui prévaut dans les rapports entre le droit communautaire et le droit international des investissements.

Et si leur rencontre même « conflictuelle », si tentée qu'elle soit, devait permettre de penser à une nouvelle branche du droit, ou plus précisément du droit international. Comme par exemple le « *droit communautaire des investissements internationaux* », selon Bruno Poulain qui le définit comme un droit regroupant « *l'ensemble des règles communautaires qui régissent les investissements intracommunautaires, l'exportation des investissements d'origine communautaire vers les États tiers et l'importation des investissements étrangers dans l'espace communautaire*³⁴⁹ ». Il convient de préciser que l'auteur n'est pas catégorique à la consécration de " cette nouvelle branche du droit ". Car il précise qu'il s'agit d'une matière juridique dont les

³⁴⁶ S. ROBERT-CUENDET, « Les investissements intracommunautaires entre droit communautaire et accords internationaux sur l'investissement : concilier l'inconciliable ? », *op.cit.*, p. 856.

³⁴⁷ CJCE, C-205/06, Commission c. Autriche, 3 mars 2009, C-249/06, Commission c. Suède, 3 mars 2009 et C-118/07, Commission c. Finlande, 19 novembre 2009.

³⁴⁸ S. MENETREY, « Droit international des investissements et droit de l'Union européenne », in *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational* (dir) Charles LEBEN, *op.cit.*, p. 629.

³⁴⁹ B. POULAIN, « Développements récents du droit communautaire des investissements internationaux », *R.G.D.I.P.*, 2009, p. 873.

contours devraient évoluer et s'affirmer dans les mois et années à venir ; l'heure n'est pas à la justification de l'autonomie et de la cohérence de ce qui serait une nouvelle branche du droit³⁵⁰.

Par ailleurs, cette rencontre de ces deux disciplines juridiques peut aussi être interprétée comme une évolution du droit international, même si certains ont pu parler de fragmentation de ce dernier. En ce sens, le docteur Bruno Poulain affirmait : *les développements contemporains du droit international ont couvert des domaines d'hyperspécialisation qui ont pour effet de créer des microcosmes juridiques qu'il est parfois difficile de faire communiquer entre eux, à supposer que cela soit nécessaire*³⁵¹. Bien avant lui, la commission du droit international analysait le phénomène de la manière suivante :

« (...) Ce qui semblait à un moment donné réglementé par le droit international général relève désormais du champ d'application des régimes spécialisés comme le « droit commercial », le « droit des droits de l'homme », le « droit de l'environnement », le « droit de la mer », le « droit européen », voire d'un savoir hors du commun et hautement spécialisé comme le « droit des investissements » ou le « droit international des réfugiés », etc., dont chacun possède ses propres principes et institutions.

*Le problème, de l'avis de juristes, tient à ce que l'élaboration d'un droit et la création d'institutions aussi spécialisées tendent plus ou moins à méconnaître l'activité législative et institutionnelle qui se déploie dans des domaines voisins et les pratiques et principes généraux de droit international. D'où des conflits entre règles ou ensembles de règles, des pratiques institutionnelles divergentes, voire même peut-être la perte d'une perspective globale du droit. »*³⁵².

L'avis qui prévaut dans cette thèse est de démontrer le contraire. C'est-à-dire, le développement de réseaux de conventions bilatérales d'investissements, le développement du droit de l'intégration et la place du régionalisme dans les accords commerciaux internationaux relatifs aux investissements sont la preuve de l'imbrication des trois ordres juridiques³⁵³. Mieux encore, les interactions entre le droit communautaire et le droit des investissements

³⁵⁰ *Idem.*, p. 873.

³⁵¹ B. POULAIN, « Quelques interrogations sur le statut des traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements au sein de l'Union européenne », *R.G.D.I.P.*, 2007 p. 803.

³⁵² Cf. Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international, Rapport du Groupe d'étude de la commission du droit international établi sous sa forme définitive par Martti Koskeniemi, A/CN.4/L.682, 13 avril 2006, p. 11 et 12. Sur une appréciation critique de ce rapport, voir, B. Conforti, « Unité et fragmentation du droit international : « Glissez, mortels, n'appuyez pas ! », *R.G.D.I.P.*, 2007-1, p. 5.

³⁵³ S.M. OUEDRAOGO, « Les problèmes juridiques relatifs à la communautarisation du droit des investissements dans l'espace OHADA », *A.F.D.I.*, 2012, pp. 515-549, p. 527.

internationaux et le droit international devraient être analysées comme une nouvelle matière à explorer. OÙ, au cas échéant, comme une évolution du droit international général, voire, un élargissement de son champ d'application normatif. De toute manière, si dans le contexte européen foisonnent les études sur le droit européen et le droit des investissements³⁵⁴, il n'en va pas de même dans celui de la CEDEAO, sans doute en raison d'une législation mal connue et de l'absence de fonds de recherche sur cette problématique. Ce constat peut nous permettre de déduire que c'est parce que le droit communautaire européen est si avancé qu'il aborde des questions susceptibles de déceler d'éventuels conflits entre lui et d'autres disciplines juridiques comme le droit des investissements internationaux.

Or, dans la CEDEAO, l'heure est de relever les défis du rapprochement des législations dans tous les domaines, y compris dans celui de la promotion et de la protection des investissements. Pour ce faire, il incombe à l'organisation régionale de proposer aux États membres une législation attractive des capitaux étrangers, qui allie préservation de leurs richesses et protection des investissements en termes de droits, d'une part, et mécanismes efficaces de règlement des différends, d'autre part³⁵⁵. Ainsi, faire droit à l'attente légitime de l'investisseur, tout en permettant aux populations de tirer profit de la gestion de leurs ressources est dès lors l'objectif principal du rapprochement du droit des investissements internationaux avec le droit communautaire ouest-africain de la CEDEAO.

Seulement, si l'organisation d'intégration régionale de la CEDEAO s'efforce, tant bien que mal, de démontrer son efficacité en matière de réglementation des investissements étrangers, force est d'admettre que des limites subsistent toujours. Et cette-fois-ci, celles-ci ne sont pas institutionnelles, mais techniques.

³⁵⁴ Pour une large analyse du droit des investissements dans le cadre européen, Voir, entre autres : C. KESSEDJIAN et Ch. LEBEN (dir), *Le droit européen et l'investissement : actes de la journée d'étude du lundi 27 avril 2009 à Paris*, Paris, Editions Panthéon Assas, 2009 ; D. CARREAU, « Les mouvements des capitaux et la construction européenne », in *L'Union européenne, Union de droit, union des droits*, Mélanges en l'honneur du Professeur Philippe Manin, pp. 371-376 ; J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, « Le pouvoir des États membres de l'Union européenne de conclure des traités bilatéraux d'investissements », in *L'Union européenne, Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, *op.cit.*, pp. 391-402 ; P. JUILLARD, « Investissements et droit communautaire, à propos des accords bilatéraux conclus entre États membres et pays tiers », Mélanges en l'honneur de Philippe Manin, *op.cit.*, pp. 445-462 ; B. POULAIN, « Quelles interrogations sur le statut des traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements au sein de l'Union européenne », *R.G.D.I.P.*, 2007, 803-827 ; « Développements récents du droit communautaire des investissements internationaux », *R.G.D.I.P.*, 2009, pp. 873-895 ; S. ROBERT-CUENDET, « Les investissements intracommunautaires entre droit communautaire et accords internationaux sur l'investissement : concilier l'inconciliable ? », *R.G.D.I.P.*, 2011, pp. 853-896 ; S. EL BOUDOUHI, « L'avenir des traités bilatéraux d'investissements conclus par les États membres de l'Union européenne avec des États tiers », *RTD eur.* Janv. Mars 2011, pp. 85-115.

³⁵⁵ S.M. OUEDRAOGO, « Les problèmes juridiques relatifs à la communautarisation du droit des investissements dans l'espace UEMOA », *A.F.D.I.*, 2012, CNRS Editions, pp.514-549, p. 518.

Section 2 : Les limites techniques de l'efficacité communautaire de la protection des investissements étrangers dans l'espace CEDEAO

Il faut faire remarquer tout d'abord que ces limites mêmes sont naturelles, en ce sens qu'elles tiennent à la nature des deux disciplines juridiques.

Le droit des investissements internationaux est un droit particulier caractérisé par son pragmatisme. C'est un droit essentiellement procédural, contrairement au droit communautaire qui vise avant tout l'harmonisation. Ce qui se comprend aisément, car l'organisation d'intégration régionale regroupe des États qui ont pour ambition d'harmoniser leurs politiques dans différents domaines pour arriver au développement. Les fondements et la philosophie du droit international des investissements en font un droit à part, atypique, incomparable³⁵⁶. C'est un droit essentiellement et purement économique qui ne compte pas sur le regroupement d'États en une organisation³⁵⁷. A l'origine, les TBI étaient en effet conçus comme des instruments de politique commerciale entre pays développés (exportateurs de capitaux) et pays en développement (importateurs de capitaux)³⁵⁸. Or, cette philosophie imprègne encore fortement les accords, ce qui explique que ces instruments soient tout entiers consacrés à la protection des intérêts des investisseurs étrangers plutôt qu'à la prise en compte des intérêts des États hôtes³⁵⁹.

Et la protection des intérêts des investisseurs étrangers ou des investissements étrangers obéit généralement à une procédure particulière, propre au droit international des investissements. Ce qui limite naturellement la compétence ou l'efficacité communautaire de la protection de ces dits investissements. Plus précisément, ce sont l'inexistence de certaines dispositions substantielles des traités de protection des investissements dans les textes communautaires (**Paragraphe 1**) et l'inefficacité des cours communautaires pour le règlement des différends relatifs aux investissements (**Paragraphe 2**) qui illustrent les limites de la compétence de l'organisation régionale de la CEDEAO à la protection des investissements étrangers.

³⁵⁶ S. ROBERT-CUENDET, « Les investissements intracommunautaires entre droit communautaire et accords internationaux sur l'investissement : concilier l'inconciliable ? *R.G.D.I.P.*, op.cit., p. 858.

³⁵⁷ Il faut juste préciser au contraire que le droit international des investissements s'est imposé dans le système juridique et économique international avant que les États aient pensé à sa réglementation internationale à travers des tentatives d'élaboration d'un accord multilatéral sur l'investissement. Voir sur ce point ??????????

³⁵⁸ K. VANDEVELDE, « The Political Economy of a Bilateral Investment Treaty », *AJIL*, 1998, p. 634.

³⁵⁹ S. ROBERT-CUENDET, « Les investissements intracommunautaires entre droit communautaire et accords internationaux sur l'investissement : concilier l'inconciliable ? *op.cit.*, p. 859.

Paragraphe 1 : L'inexistence de certaines dispositions substantielles des traités de protection des investissements dans les textes communautaires

La plupart des règles élaborées dans le droit international des investissements tournent autour du bien considéré de l'investisseur, ou plus précisément de l'investissement. Ces dispositions substantielles ont expressément pour objet de protéger l'investissement. D'ailleurs ce sont grâce à ces principes et règles que l'on appelle les dispositions substantielles du droit international des investissements que la matière s'est construite³⁶⁰.

Seulement, l'absence de certaines de ces dispositions centrales des traités de protection des investissements étrangers dans le droit communautaire remet en cause l'efficacité ou la compétence de celui-ci dans la protection des investissements étrangers dans son espace.

En effet, la réglementation de l'expropriation, conditionnée toujours par une indemnisation de l'investisseur (**A**) et le standard de traitement juste et équitable, et de celui de la pleine et entière protection et sécurité (**B**) sont absents en droit communautaire.

A : L'expropriation

Tout d'abord, il est important de noter que « *l'expropriation est une prérogative de la puissance publique. C'est le droit, pour l'État, de demander à un juge, de l'ordre judiciaire, de transférer, pour cause d'utilité publique, la propriété d'un immeuble au profit d'une personne publique ou privée, moyennant une juste et préalable indemnité. L'État, au travers d'une déclaration d'utilité publique, est toujours l'initiateur de la procédure d'expropriation, même s'il n'en est pas le bénéficiaire obligatoire* »³⁶¹.

L'expropriation, synonyme de privation de propriété, est incontestablement l'entrave la plus redoutée des investisseurs étrangers³⁶². C'est pour cela que la protection contre celle-ci est au cœur de la protection que le droit international propose aux opérateurs étrangers, puisque c'est contre ce risque que se sont développées les toutes premières règles³⁶³.

³⁶⁰ D'après Dominique CARREAU et Patrick JUILLARD, « c'est sur les trois notions de traitement, de protection et de garantie que s'est construit, à partir de 1960, l'ensemble des principes et règles que l'on appelle droit international des investissements », voir à ce propos D. CARREAU et P. JUILLARD, « Droit international économique », *Dalloz*, 5^{ème} éditions, 2013, p. 496.

³⁶¹ M. HUYGHE et I. PEREZ MAS, « Traité de l'expropriation des biens », *Editions Le Moniteur*, 2014, p. 19.

³⁶² M. OSTROVE, « La clause relative à l'expropriation : l'imbrication du concept d'attentes légitimes dans la notion d'expropriation indirecte », *R.G.D.I.P.*, 2015-1, p. 197.

³⁶³ A. DE NANTEUIL, « Droit international de l'investissement », *Pedone*, 2014, p. 338.

Seulement, l'ampleur qu'elle prend en droit interne n'est pas la même en droit international en raison non seulement du statut de la victime mais aussi et surtout de sa réglementation. En effet, en droit administratif, c'est le transfert du bien du secteur privé au secteur public qui permet de déduire à une expropriation. Ce qui n'est pas forcément le cas en droit international des investissements, où, sans qu'il y ait forcément un transfert de bien, certaines mesures prises par l'État et affectant les intérêts de l'investisseur peuvent être considérées comme des mesures d'expropriation. D'où la nécessité d'opérer la distinction entre expropriation directe et expropriation indirecte. Et c'est le deuxième cas qui fait l'objet de contentieux entre l'investisseur étranger et l'État d'accueil, en droit international des investissements.

Sa réglementation est une clause incontournable des traités bilatéraux d'investissements. Dans l'arbitrage État-investisseur étranger, ce concept y est si essentiel que l'on peut sans mal discerner ses prolongements sur le terrain de la théorie du droit international des investissements même. C'est dire qu'il n'existe pas un traité ne comportant pas une réglementation de l'expropriation. Evidemment, cela se comprend aisément pour un investisseur qui s'installe dans un pays étranger, où c'est l'exercice du pouvoir normatif de l'État qui est susceptible de porter atteinte à son bien tel que l'on puisse parler d'expropriation.

Surtout que l'apparition des investissements dans les pays en développement coïncidait avec leur accession à l'indépendance. Ainsi, l'idée de souveraineté permanente sur les ressources naturelles, qui traduisait cette exigence d'indépendance économique, avait permis, en ces temps incertains, de justifier les mesures d'expropriation et de nationalisation qui se succédaient alors³⁶⁴. Ainsi, les controverses entre pays en développement et pays développés sur la teneur des principes et règles qui régissent ces mesures retenaient donc l'attention de la communauté internationale. Avec l'évolution du droit international des investissements, il était opportun de définir les cadres d'application de l'expropriation, source de conflits entre les acteurs de la matière en pleine effervescence.

Cependant, si en droit international des investissements sa réglementation a été consacrée (même si dans le cadre de l'arbitrage international relatif aux investissements elle fait souvent l'objet de contestation par la partie adverse, c'est-à-dire l'État), elle est méconnue en droit communautaire. En tout cas, c'est un concept qui ne fait pas partie du champ normatif du droit de l'intégration régionale. Son absence dans les textes communautaires a été remarquée et soulevée par la doctrine. Ainsi, après avoir démontré que les règles comme le principe de non-

³⁶⁴ D. CARREAU et P. JUILLARD, « Droit international économique », *op.cit.*, p. 545.

discrimination et la liberté d'établissement sont des droits directement applicables et peuvent être invoqués devant les tribunaux chargés d'appliquer le droit communautaire, le professeur Charles Leben affirmait : « *Il faut noter cependant que l'on ne trouve pas dans les textes communautaires l'une des dispositions centrales des traités de protection à savoir celle concernant l'expropriation, autorisée mais toujours soumise à l'obligation d'indemnisation* »³⁶⁵.

Son absence en droit communautaire limite ou relativise la compétence de l'organisation d'intégration régionale en matière de protection des investissements étrangers dans son espace. On voit mal qu'une organisation d'intégration régionale puisse être compétente en matière de protection des investissements étrangers alors qu'elle ne dispose d'une réglementation de l'expropriation.

Une remarque s'impose néanmoins à ce stade de l'analyse s'agissant de l'étendue de la protection des investissements étrangers par le droit communautaire. Là où la protection communautaire ne peut s'appliquer, l'investisseur est donc loin d'être démuné³⁶⁶.

En effet, le fait que la réglementation de l'expropriation n'a pas été prévue dans le droit communautaire ne signifie pas que les États membres la méconnaissent, bien au contraire, le respect des conditions de l'expropriation est consacré dans le droit interne des dits États. Ainsi, si une mesure nationale contestée par un investisseur intervient dans un domaine étranger au champ d'application du droit communautaire, l'investisseur étranger peut s'en remettre à l'État hôte. Prenons pour exemple un investisseur ivoirien ou ghanéen s'établissant au Sénégal : en cas de contestation d'une décision administrative préjudiciable, le retrait d'un permis d'exploitation par exemple, celui-ci peut saisir le juge administratif et invoquer, par le biais d'un recours pour excès de pouvoir, le respect de ses droits reconnus par le bloc de constitutionnalité, voire par certains accords internationaux conclus par le Sénégal.

Seulement, c'est la confiance des investisseurs étrangers aux tribunaux nationaux qui posera problème. Les investisseurs étrangers préfèrent toujours recourir à une justice internationale indépendante de l'État d'accueil de l'investissement. Et ce sont les tribunaux arbitraux relatifs aux investissements qui sont prisés par lesdits investisseurs ; d'où l'importance de la conclusion des traités bilatéraux d'investissements.

³⁶⁵ Ch. LEBEN, « Introduction », in *Le droit européen et l'investissement*, C. KESSEDJIAN et Ch. LEBEN (dir), *op.cit.*, p. 16.

³⁶⁶S. ROBERT-CUENDET, « Les investissements intracommunautaires entre droit communautaire et accords internationaux sur l'investissement : concilier l'inconciliable ? *op.cit.*, p. 862.

Jusque-là, le droit communautaire de la CEDEAO n'a pas toujours démontré qu'il détient les compétences requises pour assurer une protection véritable des investissements étrangers dans son espace. L'espérance de voir la Communauté compétente en matière d'investissement s'éloigne encore lorsque l'on constate l'absence des standards comme le traitement juste et équitable et le standard de la pleine et entière protection et sécurité dans sa réglementation. Ces standards qui composent, à côté de la réglementation de l'expropriation, l'arsenal juridique protecteur des investissements étrangers.

B : Des standards de protection inconnus du régime communautaire

La possibilité pour le droit communautaire de se reconnaître compétent pour la réglementation des investissements étrangers, devient de plus en plus préoccupante lorsque l'on aborde les normes de traitement exigées par le droit international des investissements et méconnues par le droit communautaire.

Il faut noter que parmi les garanties les plus invoquées par les investisseurs étrangers³⁶⁷, on peut citer :

- Le traitement juste et équitable : un courant de pensée, qui a trouvé son écho en Jurisprudence, tient que le traitement juste et équitable est un standard autonome, c'est-à-dire propre au droit des investissements³⁶⁸. Et selon la conception majoritairement retenue, le traitement juste et équitable oblige chaque État « à agir d'une manière cohérente, sans aucune ambiguïté et dans le respect de la transparence et des attentes légitimes des investisseurs »³⁶⁹.

C'est un standard très important en droit des investissements. On le rattache traditionnellement à celui du traitement minimum des étrangers et il est présent dans la quasi-totalité des traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements³⁷⁰. Son utilité apparaît surtout lors des différends entre l'investisseur étranger et l'État d'accueil de l'investissement. Autrement dit, lorsqu'il s'agit pour les arbitres de déterminer si telle ou telle mesure de l'État porte atteinte au traitement juste et équitable de l'investisseur. Il s'agit pour

³⁶⁷ En ce qui concerne ces garanties, voir W. Ben Hamida, « L'arbitrage transnational unilatéral, Réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique, Thèse Université de Paris II, 2003, p. 213-247.

³⁶⁸ D. CARREAU et P. JUILLARD, *op.cit.*, p. 502.

³⁶⁹ Técnicas Medioambientales TECMED S.A v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, sentence du 29 mai 2003.

³⁷⁰ J. GAZALA, « La protection des attentes légitimes de l'investisseur dans l'arbitrage transnational », *R.I.D.E.*, 2009, pp. 5-31, p. 6.

l'investisseur étranger qui se sent lésé par la mesure étatique de prouver en quoi celle-ci constitue un manquement au traitement juste et équitable que l'État devait lui attribuer. Mais, au final, il appartiendra aux arbitres d'interpréter la mesure étatique pour conclure s'il s'agit ou non d'un manquement au traitement juste et équitable.

- La pleine et entière protection et sécurité : ce standard renvoie au degré de protection dont l'investisseur devrait bénéficier. Les traités bilatéraux d'investissements obligent chaque État à accorder à l'investissement la sécurité et la protection. La majorité de ces traités impose une protection et une sécurité très souvent qualifiées de « constantes », « complètes », « entières » ou « pleines »³⁷¹. Comme pour le traitement juste et équitable, le standard de la pleine et entière protection et sécurité requiert une technicité pour interpréter les mesures étatiques susceptibles de porter préjudice aux investisseurs étrangers. D'abord, il appartiendra à l'investisseur de démontrer en quoi l'État a manqué à la pleine et entière protection et sécurité de ses biens ou de lui-même. Ensuite, il s'agira pour les arbitres, d'interpréter la mesure étatique afin d'en conclure si ledit-État a manqué ou non au standard de la pleine et entière protection et sécurité.

Ces standards qui constituent les principales règles du droit international des investissements sont inconnus en droit communautaire. D'ailleurs, même s'il y'avait des règles communes entre le droit communautaire et le droit international des investissements, rien ne permet d'assurer qu'elles soient interprétées de la même manière par le juge communautaire et par les tribunaux arbitraux. Même dans le droit international des investissements, deux dispositions identiques dans deux traités ne donnent pas forcément lieu à la même interprétation par les arbitres. Selon la jurisprudence internationale, lesdites dispositions peuvent recevoir des interprétations différentes au regard des objectifs, de l'esprit et du contexte de chaque traité³⁷². Ce qui revient à dire que le contentieux du droit international des investissements est un contentieux essentiellement interprétatif.

Donc, il est pratiquement plus facile, pour l'investisseur étranger de fonder sa réclamation sur les règles relatives aux investissements que d'invoquer le droit communautaire dont la protection nécessite la prise en considération de paramètres complexes. Ce qui amène à dire

³⁷¹ L. AZOULAI et W. BEN HAMIDA, « La protection des investissements par le droit primaire – Droit conventionnel des investissements et Droit primaire communautaire : Etudes comparée des régimes et des approches », in *Le droit européen et l'investissement*, C. KESSEDJIAN et Ch. LEBEN (dir), *op.cit.*, pp. 69-88, p. 83.

³⁷² « *The application of international law rules on interpretation of treatie to identical or similar provisions of different treaties may not yield the same results, having regard to, inter alia, differences in the respectives contexts, objects and purposes, subsequent practice of parties and travaux préparatoires* », *The Mox Plant case (Ireland v UK), Request for provivional Measures*, ITLOS, Case N° 10, 3 Décembre 2001, para 51.

que le droit communautaire de la CEDEAO n'est pas pour le moment à mesure d'assurer techniquement la protection effective et efficace des investissements étrangers. Il semble même que ses États membres sont mieux outillés pour assurer cette protection, car ces derniers sont, au moins, amenés à conclure des TBI avec des investisseurs d'États-tiers. Et cette compétence de pouvoir conclure ces traités n'est pas encore attribuée au droit de l'intégration régionale de la CEDEAO. Il en est même au sein de l'Union européenne même si un projet en ce sens fait l'objet d'un débat en cours³⁷³.

Force est donc de constater que l'inexistence de ces dispositions substantielles des traités de protection des investissements étrangers dans les textes communautaires constitue un frein véritable à la volonté de la CEDEAO d'assurer la protection efficace de ces-dits investissements dans l'espace régional. Mais encore, cette faiblesse est plus remarquable au regard de l'inefficacité des cours communautaires pour le règlement des différends relatifs aux investissements.

Paragraphe 2 : L'inefficacité des cours communautaires pour le règlement des différends relatifs aux investissements internationaux

Le droit international des investissements est si technique que son mode de règlement des différends est spécial. Ce qui fait la spécificité de ce droit encore ce sont les différentes parties qu'il réunit. Ces parties que sont l'État d'accueil de l'investissement, l'investisseur étranger et l'État d'origine de l'investisseur n'ont pas le même statut juridique en droit international. Ou du moins le statut juridique de l'une des parties c'est-à-dire l'investisseur étranger³⁷⁴, est contestable, ou bien n'est pas encore établi en droit international. C'est d'ailleurs, l'une des explications de l'échec des tentatives d'élaboration d'un instrument multilatéral règlementant l'investissement international. D'où, par ricochet, le succès du bilatéralisme à travers la prolifération des TBI.

Ce qu'il faut surtout préciser c'est que le droit international des investissements est un droit exclusivement contentieux. Un droit qui a pour objet de régler les rapports entre deux acteurs qui n'ont pas, non seulement, le même statut juridique mais qui poursuivent des objectifs différents³⁷⁵. C'est comme si, l'existence et l'application du droit international des

³⁷³ E. GAILLARD, « Conclusion », in *Le droit européen et l'investissement*, *op.cit.*, pp. 149-160, p. 151.

³⁷⁴ Il est nécessaire de préciser ici que l'on entend également par investisseur étranger les Multinationales. C'est le statut de ces dernières qui n'est pas encore établi en droit international.

³⁷⁵ En effet, l'investisseur étranger est un acteur économique qui, poursuivant un but personnel, investit son bien où son capital dans l'unique intention d'en tirer profit. L'État d'accueil de l'investissement, par contre, est animé

investissements dépendent d'un éventuel conflit entre l'investisseur étranger et l'État d'accueil de l'investissement. En d'autres termes, c'est le règlement des litiges entre ces deux acteurs du droit international des investissements qui donne vie à cette matière dans le système juridique international.

Ce qui n'est pas le cas des organisations d'intégration régionale. En effet, ces dernières n'ont pas pour objet de trancher des contentieux liant les États membres. Contrairement au droit des investissements internationaux, les acteurs (ou parties) des organisations d'intégration régionale poursuivent un but commun. Ils conjuguent leurs efforts afin de permettre à l'organisation communautaire de réaliser une union économique et monétaire matérialisée par un marché commun. L'effectivité de cette intégration régionale aura pour effet d'apporter un apport considérable dans le développement économique des États qui la composent. Donc, ici, le contentieux n'est pas l'essence de l'organisation d'intégration régionale.

Cependant, dans toute organisation internationale, et surtout économique, même si les parties poursuivent un but commun, il peut y arriver que des différends naissent entre elles. La CEDEAO n'échappe à cette éventualité. C'est pourquoi il a été créé au sein de cette Organisation d'intégration régionale une Cour de justice. Celle-ci a pour mission fondamentale de veiller au respect par les États membres des normes produites par l'Organisation, et éventuellement de statuer sur les différends pouvant surgir, d'une part entre États membres, et d'autre part entre un ou plusieurs États membres et les institutions de la Communauté à l'occasion de l'interprétation ou de l'application des dispositions du Traité. Et ce n'est qu'en 2009 que l'on a attribué à la Cour de justice de la CEDEAO une compétence portant sur le contentieux relatif aux violations des droits de l'Homme.

Seulement, il est important de mentionner que l'arbitrage, qui constitue le mode privilégié de règlement des différends relatifs aux investissements, n'a pas encore connu son âge d'Or dans les Cours communautaires ouest-africaines. En ce qui concerne la CEDEAO, non seulement son tribunal arbitral est quasi-inactif, mais encore, sa Cour de justice n'est pas spécialisée en matière de règlement des différends relatifs aux investissements internationaux **(A)**. Pour ce qui est de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA, elle n'est véritablement pas adaptée au mécanisme d'arbitrage des différends portant sur les investissements internationaux **(B)**.

de la poursuite de l'intérêt général. C'est-à-dire, son objectif c'est d'attirer les investissements étrangers qui permettront non seulement la création d'emplois pour ses citoyens, mais également un apport technologique nécessaire à son développement économique. D'une manière générale, la principale préoccupation de l'État d'accueil de l'investissement c'est de permettre à ses citoyens d'avoir une vie descente.

A : La non-spécialisation de la Cour de justice de la CEDEAO pour le règlement des différends relatifs aux investissements internationaux

La Cour de Justice de la CEDEAO (CJCEDEAO) est une juridiction communautaire classique. Elle est chargée de trancher les litiges relatifs à l'application et à l'interprétation des textes de l'Organisation régionale. En d'autres termes, son domaine de compétence se limite dans l'espace régional et elle ne se prononce que sur les rapports, d'abord entre les institutions de la Communauté, ensuite entre celles-ci et les États membres, et enfin sur les questions portant sur la violation des droits de l'Homme que peuvent être victimes les citoyens des différents États membres.

Ce qui veut donc dire que c'est une juridiction qui n'a pas été conçue pour les régler les différends relatifs aux investissements internationaux. Deux remarques, d'ordre formel et matériel, peuvent étayer cette affirmation :

Sur le plan formel, l'appellation des autorités chargées de résoudre les contentieux dans les deux ordres juridiques, que sont le droit international des investissements et le droit communautaire, diffère. En effet, les litiges en droit international des investissements sont résolus par des autorités dénommées « arbitres » alors qu'en droit communautaire, elles sont appelées « juges », même si statutairement, ils peuvent être des enseignants. D'autre part, leur mode désignation ne sont pas également les mêmes dans les deux droits. Dans le premier, conformément au règlement d'arbitrage CIRDI et la Convention de Washington, le tribunal arbitral est constitué d'un arbitre unique ou d'un nombre impair d'arbitres nommés par les parties. A défaut d'accord des parties sur le nombre d'arbitres et leur mode de nomination, le Tribunal sera composé de trois arbitres, dont deux sont nommés par chacune des parties et le troisième, le président du tribunal, est nommé par accord entre les parties³⁷⁶. Il faut juste mentionner à ce niveau que, conformément à l'article 39 de la Convention de Washington, les arbitres composant la majorité du tribunal ne peuvent pas être ressortissants de l'État contractant partie au différend ni de l'État contractant dont le ressortissant est partie au différend. A moins que, d'un commun accord, les parties désignent l'arbitre unique ou chacun des membres du Tribunal³⁷⁷. En droit communautaire, et plus particulièrement dans celui de la CEDEAO la situation se présente autrement. Ainsi, la nomination des juges de l'intégration est

³⁷⁶ Article 37 de la Convention de Washington portant sur la constitution du Tribunal arbitral ; articles 1-3, règlement d'arbitrage CIRDI.

³⁷⁷ Sur ce point voir Loretta MALINTOPPI, « Procédure arbitrale devant les tribunaux CIRDI et hors CIRDI, in *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Charles Leben (dir), *op.cit.*, pp 641-679, p. 651.

confiée principalement à l'Institution régionale. Plus précisément, ce sont les autorités politiques notamment, le Conseil des Ministres, la Conférence des chefs d'États et de Gouvernement et le Président en exercice de la Conférence qui nomment les sept juges de la Communauté³⁷⁸.

Sur le plan matériel, l'incompétence de la CJCEDEAO à connaître des différends relatifs aux investissements internationaux est également démontrable. Le premier élément qui révèle la limitation des compétences du juge communautaire au contentieux des investissements internationaux est le destinataire des décisions rendues par celui-ci. Par principe, et par évidence, les décisions que rend le juge communautaire ont pour destinataires, les Institutions de l'Organisation régionale, les États membres et les ressortissants des citoyens de ces dits États. Or, justement, l'essentiel des investissements effectués dans la CEDEAO est l'œuvre de ressortissants d'États tiers, c'est-à-dire d'États non membres à la Communauté. Ce qui signifie donc que les mesures prises par l'Organisation d'intégration régionale et les décisions rendues par la Cour de ladite Organisation n'ont pas pour objet d'être destinées aux investisseurs étrangers ressortissants d'États non membres à la CEDEAO. En d'autres termes, le champ de compétence de la CJCEDEAO ne s'étend pas, non seulement aux États tiers, mais encore aux ressortissants des dits États. Par ailleurs, un deuxième élément matériel prouve encore l'incompétence de la Cour communautaire en matière de règlement des différends relatifs aux investissements internationaux. Il s'agit, en effet, de l'objet du contentieux qui occupe cette matière. Ce qu'il faut préciser c'est que l'objet du contentieux en droit international des investissements n'est pas le domaine de prédilection du juge communautaire. Celui-ci est, on l'a dit plus haut, préoccupé de l'application et de la bonne interprétation des textes communautaires par les États. C'est un juge de l'intégration. En cas de litige entre les institutions de la Communauté, ou entre celles-ci et les États membres, il interprète des textes préexistants contenus dans le Traité pour dire le droit. C'est le Traité qui délimite les domaines de compétence de la Cour communautaire. Or, le contentieux du droit international des

³⁷⁸Ce qu'il faut signaler à ce niveau, c'est que depuis 2006 les États ne nomment plus les membres de la Cour de justice de la CEDEAO. Concrètement la procédure est la suivante : quand il y a ouverture de poste pour un État, celui-ci est dans l'obligation de faire des communiqués, de lancer des appels à candidature. Après que les différentes candidatures des ressortissants des États sont réceptionnées par l'Institution régionale, leur traitement se fait au niveau de la Commission de la CEDEAO. Et enfin, ce sont les autorités politiques, notamment le Conseil des ministres, la Conférence des chefs d'État et Gouvernement et le Président en exercice de ladite Conférence, qui nomment les membres de la Cour, après que les candidats présélectionnés ont été entendus par un jury et qui procède par un classement. Voir l'émission de la Radiodiffusion Télévision Sénégalaise « *Le point RTS avec Alioune SALL, Président de la Cour de justice de la CEDEAO* » du mercredi 30 mars 2016, disponible sur le site officiel de la CEDEAO www.ecowas.int/?lang=fr.

investissements porte, en réalité, sur des intérêts divergents d'acteurs qui ne poursuivent pas au fond le même but, et qui n'ont également pas le même statut juridique, quand bien même le succès de l'investissement international est tout ce qu'ils souhaitent. Ce contentieux est si complexe qu'il obéit à un mode de règlementation particulière. Contrairement dans les systèmes judiciaires communautaire, national ou le mode de règlement des litiges est fixe, voir constant, en droit international des investissements il en est autrement. En effet, dans ce dernier, les parties ont la latitude de décider le mode de règlement des litiges. Les investisseurs peuvent opter pour n'importe quel mécanisme de résolution des conflits en matière d'investissements au moyen des clauses compromissoires qui peuvent être contenues dans un traité d'investissement bilatéral ou multilatéral, dans un contrat d'investissement conclu entre un investisseur et un État hôte, ou dans une disposition d'une loi nationale³⁷⁹. En général, le droit applicable dans le contentieux de l'investissement international est l'arbitrage. Certes, cet arbitrage n'est pas, en soi, étranger au droit communautaire de la CEDEAO³⁸⁰, mais il n'en constitue pas sa spécialisation.

Pour toutes ses raisons exposées, il est possible d'affirmer que la Cour de justice communautaire de la CEDEAO ne dispose pas de compétences d'attribution pour connaître les différends relatifs aux investissements internationaux. Mais, si sa non-spécialisation en la matière constitue la principale raison, il faut, tout de même, reconnaître qu'il existe, dans l'espace africain, une Organisation régionale spécialisée en matière de contentieux des affaires : c'est la Cour Communautaire de Justice et d'Arbitrage (CCJA) de l'Organisation pour l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique (OHADA). Il faut noter que la lecture du Traité instituant l'OHADA signé en 1993 à l'Île Maurice et révisé en 2008 au Canada laisse présager que l'investissement occupe une place importante dans cet espace juridique africain. Seulement, dans la pratique, il est regrettable de constater que les investisseurs étrangers ont une préférence aux tribunaux CIRDI que ceux de la CCJA de l'OHADA.

³⁷⁹ L. MALINTOPPI, « Procédure arbitrale devant les tribunaux CIRDI et hors CIRDI », in *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Charles Leben (dir), *op.cit.*, pp.641-677, p. 642.

³⁸⁰ Dans le traité révisé de la Communauté des États de l'Afrique de l'Ouest, adopté à Cotonou le 24 juillet 1993, son article 15 est relatif à la Cour de justice et son article 16 au Tribunal arbitral de la Communauté.

B : L'inadaptation de l'arbitrage CCJA de l'OHADA à l'arbitrage des différends relatifs aux investissements internationaux

Parmi les différents objectifs finaux que s'est fixé le Traité instituant l'OHADA, figurent en premières places l'amélioration du climat des affaires et l'encouragement des investissements sur le territoire des États parties audit Traité³⁸¹. Le professeur Abdoullah Cissé écrivait que par le biais de l'OHADA, « *Les États signataires ont manifesté leur volonté de contribuer en Afrique noire francophone à l'instauration d'un espace économique unifié et apte à répondre aux attentes exigeantes des investisseurs* »³⁸². Concrètement, le droit des affaires issu de ce Traité connu sous le vocable « droit de l'OHADA » s'est attelé à régler, par le truchement des Actes uniformes, l'organisation, le fonctionnement et la résolution des litiges de diverses activités économiques au sein des États membres de cet espace juridique. C'est ainsi qu'il a été institué dans l'OHADA une juridiction suprême chargée de régler le contentieux des affaires dans cet espace, y compris celui des investissements : la CCJA. Il importe juste de signaler que de nombreux motifs politiques justifient l'intérêt des dirigeants africains pour l'arbitrage³⁸³. En effet, la faillite des institutions judiciaires africaines a inéluctablement entraîné l'insécurité juridique et judiciaire. Ce qui a amené les investisseurs aussi bien nationaux qu'étrangers à perdre toute confiance en la justice étatique africaine.

Avec la création de cette Cour d'arbitrage, les États africains, d'une manière générale, et les promoteurs inspirateurs du Traité OHADA, en particulier, ont entendu mettre en place un instrument de politique juridique d'incitation susceptible de sécuriser les investissements dans l'espace OHADA. Cet intérêt vif et urgent du législateur communautaire a amené un magistrat français, qui avait été associé aux travaux de conception de l'OHADA, à affirmer que « *Tout se passe comme si les auteurs du Traité OHADA entendaient demander à l'arbitrage d'assurer une sorte d'intérim du juridictionnel et du judiciaire jusqu'à une réforme efficace de celui-ci... Les auteurs du Traité ont considéré que les délais nécessaires à la réforme des institutions judiciaires étaient excessifs et qu'il fallait immédiatement prévoir un dispositif arbitral en état de fonctionner de manière autonome. C'est de cette crainte que serait né l'arbitrage*

³⁸¹ C. GAMALEU KAMENI, « Réflexions sur la réglementation de l'investissement privé étranger dans l'espace OHADA », *J.D.I.*, Clunet, Octobre-Novembre-Décembre 2014, pp. 1219-1237, p. 1220.

³⁸² A. CISSE, « L'harmonisation du droit des affaires en Afrique: l'expérience de l'OHADA à l'épreuve de sa première décennie », *R.I.D.E.*, 2004, p. 198.

³⁸³ J. MEGAN, « Le régime des investissements privés étrangers dans l'espace OHADA : le cas du Cameroun », *Thèse de droit*, Lyon 3, 2009, p. 423.

OHADA »³⁸⁴. En somme, l'arbitrage semble dans l'espace OHADA avoir été institutionnalisé, entre autres motifs, pour être un substitut alternatif aux carences des juridictions institutionnelles étatiques, lesquelles sont en panne et dont les réformes risquent de durer longtemps³⁸⁵.

Cependant, malgré tous les louanges qui lui ont été adressés, force est de constater que l'arbitrage de la CCJA souffre d'insuffisances. Son imperfection est si déplorable que les investisseurs étrangers préfèrent, en cas de contentieux avec les États membres de l'OHADA, recourir aux tribunaux CIRDI que le système arbitral de l'Organisation régionale. La raison principale de cette inadaptation de l'arbitrage CCJA au système d'arbitrage international des investissements étrangers résulte de deux failles, qui sont en même temps des défis à relever par l'OHADA. Il s'agit d'une part de l'absence d'un Acte uniforme portant organisation générale des investissements (1) et, d'autre part, de l'absence d'harmonisation des normes d'investissements en zones CEDEAO et UEMOA (2).

1 : L'absence d'un Acte uniforme portant organisation générale des investissements dans l'OHADA

Avec la création de la CCJA, les États membres de l'OHADA ont voulu lui conférer une compétence en matière d'arbitrage d'investissements. Seulement, à ce jour, il faut noter qu'il n'existe pas un Acte uniforme portant sur le droit des investissements. Or, moderniser l'environnement juridique des affaires afin d'offrir aux investisseurs étrangers la garantie de la sécurité juridique sans l'élaboration d'un Acte uniforme règlementant les investissements dans l'espace, paraît une véritable gageure. Dans l'état actuel des relations économiques et des projets de développement, l'investissement y occupe une place centrale à telle enseigne que sa réglementation nécessite un statut spécial dans tout État et Organisation d'intégration régionale.

C'est pour cela que cette absence d'Acte uniforme portant organisation générale des investissements dans l'OHADA constitue en même temps un défi à relever par celle-ci. D'ailleurs, d'après certains auteurs³⁸⁶, il est préférable de procéder à l'adoption d'un nouvel

³⁸⁴ R. BOURDIN, « L'OHADA, information à ce jour, document CCI n°420/405 du 30 mars 2000, in, J. MEGAN, « Le régime des investissements privés étrangers dans l'espace OHADA : le cas du Cameroun », *op.cit.*, p. 424.

³⁸⁵ R. SOCKENG, « Les Institutions Judiciaires au Cameroun », Coll. Lebord, groupe St François, 3^{ème} éd., 2003, p. 12.

³⁸⁶ S. MENETREY, « La place de l'investissement dans le droit de l'OHADA : point de vue européen », in *Questions de droit économique : les défis des États africains*, E. Balate et S. Menétrey (dir), éd. Larcier, 2011, p. 393.

Acte uniforme que de procéder par exemple à la réforme du Traité instituant l'OHADA. Compte tenu de la souveraineté propre à chaque État membre de cet espace communautaire, l'Acte uniforme en matière d'investissement devra régir les aspects généraux de l'investissement privé étranger. De ce fait, les règles de cet Acte devront définir les opérations et les opérateurs, d'une part, et les aspects environnementaux de l'investissement privé, d'autre part.

D'abord, s'agissant des opérations, il faut souligner que l'Acte uniforme devra définir le terme « investissement ». La définition du terme investissement permettra de cerner l'opération d'investissement et les types d'investissements nécessaires dans l'espace OHADA. Bien que l'article 3 de l'Acte uniforme portant droit commercial général énumère les opérations³⁸⁷ ayant le caractère d'actes de commerce, toute personne physique ou morale établie ou désireuse de s'installer dans cet espace devra connaître les dispositifs et des modes d'investissements réalisables. L'indétermination des secteurs d'activités concernés par l'investissement pourrait rendre difficile la tâche des investisseurs désirant s'installer dans l'espace OHADA. C'est en ce sens que Sébastien MANCIAUX faisait remarquer « *qu'au regard des textes de l'OHADA, l'investisseur doit aller chercher ailleurs les règles pour connaître les secteurs d'investissement autorisés et ceux interdits*³⁸⁸ ». C'est pourquoi le législateur de l'OHADA devra déterminer explicitement les secteurs d'activités ou domaines d'activités concernés par l'opération d'investissement.

Ensuite, pour ce qui est des acteurs ou opérateurs de l'investissement, l'Acte uniforme devra leur assurer une réelle sécurité. Cela commence d'abord par la mise en place dans chaque État membre d'un organe auquel tout investisseur pourra s'adresser pour, non seulement, obtenir un agrément, mais encore, déposer une requête dans l'éventualité d'un contentieux avec l'État d'accueil. Ce qui signifie que cet organe aura une double casquette : il sera chargé, de traiter les procédures d'octroi des agréments, et de recevoir les plaintes des investisseurs.

³⁸⁷ Achat de biens, meubles ou immeubles, en vue de leur vente ;

- Les opérations de banque, de bourse, de change, de courtage, d'assurance, et de transit ;
- Les contrats entre commerçants pour les besoins de leur commerce ;
- L'exploitation industrielle de mines, carrières et de tout gisement de ressources naturelles ;
- Les opérations de location de meubles ;
- Les opérations de manufacture, de transport et de télécommunication ;
- Les opérations des intermédiaires de commerce, telles que commission, courtage, agences, ainsi que les opérations d'intermédiaire pour l'achat, la souscription, la vente ou la location d'immeubles, de fonds de commerce, d'actions ou de parts de société commerciale ou immobilière ;
- Les actes effectués par les sociétés commerciales.

³⁸⁸ S. MANCIAUX, « Que disent les textes de l'OHADA en matière d'investissement ? : Rev. *ERSUMA*, n°1, juin 2012, p. 3.

D'autre part, à côté des opérations et des acteurs de l'investissement, l'Acte uniforme devra également déterminer les aspects environnementaux de l'investissement dans l'espace OHADA. Il faut dire que la question de la réglementation de l'environnement dans cet espace a déjà fait réagir certains auteurs. Ainsi sur la question du développement durable et de l'environnement, Y. A. Tairou³⁸⁹ a proposé : soit la création d'un Acte uniforme portant gestion durable des activités économiques ou responsabilité sociale des entreprises, soit l'intégration des exigences environnementales dans les Actes uniformes existants. Mais, il serait beaucoup plus simple et pratique d'inclure la question de l'environnement dans cet éventuel Acte uniforme en matière d'investissement. Ce qui permettra d'exiger aux entreprises, à travers l'exploitation des matières premières³⁹⁰ et les autres activités sources de pollution, de se conformer aux règles découlant de l'Acte uniforme. Ceci corrobore la volonté des organismes internationaux qui conditionnent le respect des normes environnementales pour qu'un investisseur puisse bénéficier d'un prêt³⁹¹.

Il ressort de ce qui précède que l'élaboration d'un Acte uniforme réglementant l'investissement est un passage incontournable pour le succès de la mise en place d'un droit économique des affaires dans l'espace OHADA. Mais encore, pour que cette dernière réalise son ambition d'être l'institution suprême dans le continent en matière de réglementation de l'investissement, il lui échoit de relever un autre défi : c'est-à-dire d'harmoniser les différentes législations disparates en matière d'investissements entre la CEDEAO et l'UEMOA.

2 : L'absence d'harmonisation des normes d'investissements en zones CEDEAO et UEMOA

Il faut d'emblée reconnaître que la zone CEDEAO et la zone UEMOA dit Union économique et Monétaire Ouest Africaine sont caractérisées par une politique d'intégration visant à faciliter les activités économiques réalisées dans chaque zone. C'est dans cette perspective que ces deux Organisations d'intégration régionale se sont dotées des législations

³⁸⁹ Y.A. TAIROU, « La prise en compte des préoccupations environnementales par le droit de l'entreprise dans l'espace OHADA, Thèse de doctorant en droit, Université de Nice Sophia Antipolis, 2010.

³⁹⁰ Pour ce qui est de l'exploitation des matières premières, cf. Ch. Leben, « Les investissements miniers internationaux dans les pays en développement : réflexion sur la décennie écoulée (1976-1986), *JDI*, 1986, pp. 895-957. ; toujours le même auteur, « Les modes de coopération entre pays en développement et entreprises multinationales dans le secteur de la production des matières premières », *JDI*, 1980, pp. 539-604.

³⁹¹ M.ABDELWAHAB, « Les mécanismes internationaux du financement de la protection de l'environnement », www.cidce.org/pdf/live%20rapport%20g%C3%A9n%C3%A9raux/bekhechi.pdf in S. Menétrey, « L'expression juridique d'un principe d'accompagnement social et environnemental de l'économie, l'exemple du contentieux international lié à l'investissement » in Questions de droit économique : les défis des États africains, E. Balate et S. Menétrey (dir), éd. Larcier, 2011, p. 34 et 35.

applicables en matière d'investissement. Si la législation de l'UEMOA en matière d'investissements est antérieure à celle de la CEDEAO, il faut néanmoins reconnaître que cette dernière ait la conduite de la politique régionale des investissements. Seulement, si l'on prend en compte l'appartenance des États membres de ces deux sous-régions à l'OHADA, et que cette dernière dispose d'un tribunal arbitral beaucoup plus actif en matière d'investissements, il serait judicieux, dans la perspective de rendre effective la réglementation de l'investissement dans l'espace OHADA, d'harmoniser les différentes législations existantes entre la CEDEAO et l'UEMOA.

Dans l'UEMOA, il faut noter que les prémisses de la réglementation de l'investissement ont été posées dans les traités UMOA du 14 novembre 1962 et CEAO³⁹² de 1973. Dans le traité UMOA, le rapprochement du droit des investissements concernait principalement la liberté des capitaux. Les États membres se sont engagés, sous peine d'exclusion, à respecter la libre circulation des signes monétaires et la liberté des transferts entre États membres de l'UMOA³⁹³. Dans le droit UEMOA en vigueur, les fondements de la réglementation de l'investissement sont nombreux. Plus précisément, les dispositions relatives à la mise en place d'un droit commun des investissements sont énumérées par les articles 60, 76, 84, 87, 91, 92, 93 et 101. Pour ce qui est de la CEDEAO, il faut dire que depuis l'adoption du protocole A/P4/1/03 sur l'énergie du 31 janvier 2003, qui avait marqué sa volonté de coordonner les politiques régionales dans les secteurs nécessitant les investissements, elle a un objectif global en matière d'investissement qui consiste en la mise en place d'un cadre régional cohérent, mieux adapté à la dynamique de la mondialisation.

En ce qui concerne l'harmonisation des législations communautaires de la CEDEAO et de l'UEMOA par l'OHADA en matière d'investissements, il faut mentionner que deux domaines attirent l'attention. Il s'agit du domaine fiscal et du domaine douanier. En effet, les politiques de promotion des investissements par les États, sont, d'une manière générale, orientées dans ces deux secteurs clés des économies des États.

Il faut admettre que la fiscalité est un domaine de souveraineté. Chaque État³⁹⁴ est souverain de la détermination de sa politique fiscale. Ceci se démontre généralement par

³⁹² En ce qui concerne la CEAO, il faut noter que la volonté de créer un espace commun des investissements à travers la mise en place du dispositif réglementaire commun a trouvé un début d'application avec la convention fiscale des pays de la CEAO signé le 29 octobre 1984. Cette convention a été en vigueur jusqu'à son abrogation par le règlement n°08/CM/UEMOA du 26 septembre 2008 portant adoption des règles visant à éviter la double imposition au sein de l'UEMOA et des règles d'assistance en matière fiscale.

³⁹³ Article 3 traité UMOA du 12 mai 1973.

³⁹⁴ D. GUTMANN, « La norme fiscale, regards croisés du fisc et du contribuable », in *Regards sur le droit*, F. Terré (dir), *Dalloz*, 2010, p. 91.

l'existence au sein de chaque État d'un Code général des impôts. Cependant, du fait de l'intégration sous régionale³⁹⁵, de nombreuses normes communautaires peuvent intervenir pour encadrer les législations nationales fiscales. Cela se manifeste aussi bien dans l'UEMOA que dans la CEDEAO. Mais si les taux d'imposition applicables aux entreprises étrangères ne sont pas identiques dans les deux sous-régions, l'investisseur étranger, préférera, bien entendu s'installer là où le taux sera moins élevé. Et cet état de fait peut aggraver le déséquilibre économique entre les différents États des deux organisations d'intégration régionale. Or, la majorité des États membres de ces sous-régions sont parties au Traité de l'OHADA. Il serait beaucoup plus opportun d'harmoniser au sein de cette dernière les différentes législations fiscales dans cet espace. C'est en ce sens qu'un auteur ait pu dire : « *Le rapprochement graduel des législations sur la base de quelques principes fondamentaux reste la meilleure de solution* »³⁹⁶. Et un autre auteur de mentionner en 2008 qu'« *il n'y a pas de droit des affaires harmonisé sans droit fiscal harmonisé ne serait-ce que sur le plan des principes, de la technique et des procédures* »³⁹⁷, avant de rajouter que le salut de l'Afrique passe aussi par une fiscalité harmonisée.

De même en matière douanière, les deux organisations régionales en disposent chacune une réglementation. Ainsi, conscients de l'importance des droits de douanes sur l'importation et l'exportation des biens et services dans leurs sous-régions respectives, les législateurs communautaires CEDEAO et UEMOA réglementent les tarifs extérieurs communs (TEC). D'après l'article 16 du Traité de l'UEMOA : « *En vue de l'institution d'un marché commun prévu à l'article 4 paragraphes 67 du présent Traité, l'Union poursuit la réalisation progressive des objectifs suivants :*

- a) *L'élimination, sur les échanges entre les pays membres, des droits de douane, des restrictions quantitatives à l'entrée et à la sortie, des taxes d'effet équivalent et toutes autres mesures d'effet équivalent susceptibles d'affecter lesdites transactions, sous réserve du respect des règles d'origine de l'Union qui seront précisées par voie de protocole additionnel ;*
- b) *L'établissement d'un tarif extérieur commun (TEC)... ».*

³⁹⁵ J. W. YAMEOGO, « L'État, l'UEMOA et la souveraineté fiscale : la cession partielle de souveraineté », Mémoire d'administrateurs de services financiers, *Ecole nationale des régies financières, Burkina Faso*, 2008, n°2 et 8.

³⁹⁶ R. GEIGER, « Perspectives de réformes du droit économique en Afrique : quel cadre d'action ? », in *Questions de droit économique : les défis des États africains*, sous la direction de E. Balate et S. Menétrey, *op.cit.*, p. 222.

³⁹⁷ Vice-président de l'Association des fiscalistes africains, P. Alaka Alaka, dans un entretien : www.ici-cemac.com/news.php?nid=10225.

Pour la CEDEAO, il faut rappeler que le Tarif extérieur commun a été adopté le 12 janvier 2006 par la 22^{ème} session ordinaire de la conférence des chefs d'État et de gouvernement. Par la suite, c'est le 15 décembre à Abuja (Nigéria), lors de la 46^{ème} session ordinaire que les chefs d'États et de gouvernement ont lancé la mise en œuvre du TEC qui est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2015. Seulement, a déclaré Louali Chaïbou³⁹⁸, lors de la 18^{ème} réunion du Comité conjoint CEDEAO/UEMOA de gestion du TIC, que sur les 15 États membres, 9 seulement appliquent le TEC/CEDEAO. Ce qui est d'après lui déplorable compte tenu du fait que l'Organisation régionale a 38 ans d'existence et qu'il y a un an que le TEC a été mis en application.

Donc, aussi bien la CEDEAO comme l'UEMOA disposent chacune une réglementation douanière dans son espace. Cependant, une question se pose : si un investisseur ressortissant d'un État membre de la CEDEAO et non membre de l'UEMOA souhaiterait s'installer dans cette dernière Organisation régionale, doit-il s'acquitter des droits de douanes fixés dans la zone UEMOA ? La réponse est bien évidemment affirmative puisqu'il s'agit d'un ressortissant d'État non membre de cet espace régional. Et, pourtant, cet investisseur, étranger à la zone UEMOA, est citoyen d'un État membre de l'OHADA, organisation regroupant aussi bien les États membres de l'UEMOA que ceux de la CEDEAO.

Cette difficulté démontre encore une fois, l'urgence pour l'OHADA d'harmoniser les législations respectives en matière d'investissements de ces deux Organisations régionales. D'ailleurs, certains ont pu suggérer que ces deux espaces régionaux devraient considérer uniquement comme étranger, l'investissement qui n'est pas réalisé par une personne ressortissante d'un pays membre de l'OHADA³⁹⁹. Un autre auteur a même préconisé une harmonisation totale en décrivant : « *le législateur communautaire a opté pour une harmonisation sélective, laissant délibérément de côté les domaines du droit pénal, mais aussi de la Conservation foncière ou encore du droit fiscal et douanier* »⁴⁰⁰.

³⁹⁸ Louali CHAÏBOU est le commissaire de la Commission de la CEDEAO chargé du Commerce, des Douanes et de la Libre circulation.

³⁹⁹ C. G. KAMENI, *op.cit.*, p. 1237.

⁴⁰⁰ G. B. SAAR, « La sécurisation juridique de l'investissement dans l'OHADA », Thèse de doctorat en droit, Université Paul Cézanne, Aix-Marseille III, mars 2005, n° 1291, in Christian Gamaleu Kameni, *op.cit.*, p. 1237.

Conclusion du Chapitre 1 du Titre 2

Au total, les limites de la protection communautaire des investissements étrangers dans l'espace CEDEAO peuvent être d'ordre institutionnel et d'ordre technique.

Les limites institutionnelles se rapportent, d'une part, à certaines incohérences constatées au niveau du dispositif d'exercice des relations extérieures de la CEDEAO, et d'autre part, aux objectifs différents que poursuivent respectivement le droit communautaire et le droit international des investissements.

En ce qui concerne le dispositif institutionnel de représentation internationale de la CEDEAO, il a été indiqué qu'il comporte des incohérences qui, à bien des égards, constituent des limites dans l'efficacité de la protection communautaire des investissements étrangers. Ces incohérences sont de deux ordres : d'une part, il ressort des règles qui encadrent l'exercice des relations extérieures de la CEDEAO que son pouvoir de représentation se caractérise par un bicéphalisme exercé par le président en exercice de la Conférence des chefs d'État et de gouvernement et par le président de la Commission. Cependant, si ce dernier dispose officiellement du *treaty making power*, c'est-à-dire du pouvoir d'engager la Communauté ; il est pourtant, dans la pratique, concurrencé par le premier. Cette concurrence est telle que certains ont pu considérer, même de manière apparente que : « *le président de la Commission reste en principe subordonné au président en exercice de la Conférence* »⁴⁰¹. Or, curieusement, il n'existe nulle part dans les textes une quelconque compétence du président de la Conférence des chefs d'État et de gouvernement de conclure des traités au nom de la CEDEAO. D'autre part, au niveau de la procédure de conclusion des traités internationaux, deux organes essentiels de l'institution communautaire sont marginalisés : il s'agit du Parlement et de la Cour de justice. Le premier, représentant la légitimité démocratique, pourrait, au moins se voir attribuer le pouvoir d'émettre des avis consultatifs à défaut d'avis conformes, et le second, la latitude de contrôler la conformité des accords conclus par la CEDEAO, à la fois au droit communautaire et au droit international général.

Il a, en outre, été mentionné que d'autres limites institutionnelles peuvent apparaître lorsque l'on analyse les objectifs différents que poursuivent le droit communautaire et le droit international des investissements. En effet, le droit communautaire est animé par une logique d'intégration alors que le second s'inscrit dans une logique de protection. Mais, il a aussi été relevé que cette différence d'objectifs ne doit pas être perçue comme une source de conflits

⁴⁰¹ A. SALL, « Les relations extérieures de la CEDEAO », *op.cit.*, p. 90.

entre ces deux disciplines. Elles peuvent cohabiter, voire se compléter mutuellement d'autant plus qu'elles s'exercent, toutes les deux, dans les sphères du droit international général.

À côté de ces limites institutionnelles, existent des limites techniques de la protection communautaire des investissements étrangers dans l'espace CEDEAO. L'étude de la technicité du droit international des investissements a révélé que certaines dispositions substantielles des traités de protection des investissements sont absentes dans le droit communautaire. Il en est ainsi de la clause de l'expropriation, ou du standard du traitement juste et équitable. Ces deux dispositions occupent, la plupart du temps, le contentieux en droit des investissements. D'autre part, la non-spécialisation de la Cour de justice de la CEDEAO en matière de règlement des différends relatifs aux investissements, combinée avec l'inadaptation de l'arbitrage OHADA dans ce même mode de règlement des différends ont conduit au constat de l'inefficacité des cours communautaires en la matière.

Au final, ces deux catégories de limites démontrent que la compétence de la CEDEAO en ce qui concerne la réglementation des investissements internationaux n'est pas encore acquise par l'Organisation régionale. Cependant, ces limites peuvent être perçues comme des défis que l'Organisation communautaire pourrait relever afin qu'elle parvienne à assurer une protection effective et efficace des investissements internationaux dans son espace. Pour cela, il faudrait qu'elle s'attelle sur certaines priorités.

Chapitre 2 : Les priorités pour une protection effective et efficace des investissements étrangers dans la CEDEAO

L'inefficacité de l'Organisation communautaire de la CEDEAO dans la protection des investissements étrangers paraît une évidence. Car, « *aussi loin que l'on remonte dans l'histoire, on ne trouve un droit international de l'investissement qui soit organisé et codifié*⁴⁰² ». L'échec des tentatives multilatérales d'élaboration d'instruments internationaux règlementant l'investissement le démontre à suffisance. Donc, les limites de la CEDEAO dans la réglementation de l'investissement international sont tout simplement des limites naturelles caractérisant la particularité du droit international des investissements. Ce sont justement ces limites préexistantes que l'Organisation régionale doit surmonter pour s'attribuer une compétence effective en matière d'investissements internationaux, en assurant, par ce biais, une protection efficace des biens des investisseurs étrangers (c'est-à-dire des investisseurs ressortissants d'États-tiers de l'organisation communautaire).

Pour cela, l'effectivité de l'harmonisation des législations des États membres en matière d'investissements (**Section 1**) et l'implication directe de l'Afrique, d'une manière générale, dans la politique de promotion et de protection des investissements étrangers (**Section 2**) semblent les principales priorités qui se dessinent.

Section 1 : L'effectivité de l'harmonisation communautaire des législations des États membres en matière d'investissements

En vérité, les Traités, d'une manière générale, ne font preuve d'une grande rigueur terminologique sur la notion d'harmonisation. Celle-ci a bien un sens. Une auteure⁴⁰³ en a fait une comparaison avec d'autres notions proches. Ainsi, elle estime que plusieurs méthodes sont envisageables pour procéder à une harmonisation des législations : il y a l'unification, c'est-à-dire l'instauration de règles identiques appartenant à un droit commun unique ; l'uniformisation, c'est-à-dire l'instauration de règles identiques incorporées à des nationaux distincts ; et l'harmonisation à proprement parler, c'est-à-dire le rapprochement de règles autour de principes communs, ces règles pouvant rester différentes. C'est le cas du droit européen où

⁴⁰² M. SALEM, « Le développement de la protection conventionnelle des investissements étrangers », *J.D.I.*, 1986, 2^{ème} édition, 592.

⁴⁰³ F. DIENG, « L'harmonisation en question », in Colloque sur « Les droits communautaires africains », Nouvelles Annales Africaines du *C.R.E.D.I.L.A.* de la faculté de droit de l'Université Cheikh Anta DIOP de Dakar, 2007, n°1, pp. 79-85, p. 82.

des principes directeurs sont dégagés par des directives, les États élaborant leurs propres règles en tenant compte desdites directives.

Comment doit-être le modèle de la CEDEAO ? En d'autres termes, l'Organisation d'intégration régionale doit-elle adopter l'uniformisation ou l'harmonisation des législations de ses États membres pour rendre effective sa politique de promotion et de protection des investissements étrangers dans son espace ? Mais avant de répondre à cette question, il est nécessaire de rappeler que la CEDEAO regroupe des États qui n'appliquent pas le même droit. Des pays comme le Nigéria ont hérité du droit anglo-saxon, alors que d'autres sont des pays de tradition juridique française. Appliquer, ainsi, l'uniformisation supposerait que l'on applique un seul droit dans l'espace régional, ce qui peut poser problème pour choisir le droit dénominateur commun qui servira de référence. En plus, il ne s'agit pas pour la CEDEAO de créer un droit applicable à l'investissement, ce droit existe déjà. Il s'agit plutôt pour l'Organisation régionale de l'harmoniser et de se voir transférer la compétence respective de ses États membres en matière de réglementation de l'investissement international (**Paragraphe 1**). Dans cette perspective, force est de reconnaître que le rôle serait incontournable (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : La nécessaire attribution à la CEDEAO d'une compétence communautaire en matière d'investissements internationaux

Pour une réelle promotion des investissements internationaux au niveau des États membres de la CEDEAO, il serait préférable que la réglementation provienne d'un seul organe ou d'une seule institution. Des réglementations diverses éparpillées entre les différents États, soit ne favorisent pas une bonne politique de l'investissement au niveau régional, soit elles peuvent contribuer au déséquilibre économique entre les États membres. Dans ce dernier cas, le manque d'harmonisation des législations en matière d'investissements instaurera un forum shopping qui pourrait être profitable aux États qui offrent les meilleures conditions d'investissements. C'est pourquoi, il serait opportun pour la Communauté toute entière d'attribuer à l'institution régionale une compétence en matière de réglementation des investissements internationaux.

Mais quelle peut être l'étendue de la compétence de la CEDEAO en matière d'investissements ?

Il est déjà sûr qu'en ce qui concerne les investissements intracommunautaires, c'est-à-dire ceux réalisés entre États membres, l'Organisation d'intégration régionale en dispose une

compétence qu'elle tire des conditions de réalisation du marché commun. En d'autres termes, la CEDEAO dispose d'une compétence expresse, directe en matière d'investissements intracommunautaires. Ce qui n'est réellement pas le cas en ce qui concerne les investissements extracommunautaires, plus connus sous le nom d'investissements étrangers.

Pour ces derniers, en effet, il importe de reconnaître que les compétences de la Communauté pour leur réglementation ne sont toutefois pas expressément identifiables dans le droit primaire. Aucune disposition n'attribue expressément à la CEDEAO la compétence de conclure avec des États tiers des accords de promotion et de protection des investissements étrangers. Dans le chapitre XX du Traité consacré aux relations entre la Communauté et les pays tiers et les organisations internationales, il y est seulement mentionné que « *La communauté peut conclure des accords de coopération avec des pays tiers* »⁴⁰⁴. Or, les accords de coopération n'ont pas la même teneur que les accords de protection des investissements.⁴⁰⁵ Même le traité semble plus reconnaître compétence aux États membres en matière de réglementation des investissements qu'à l'organisation régionale. En effet, dans le chapitre XXI du Traité portant sur la relation des États membres avec les États tiers, les organisations régionales et les organisations internationales, l'article 84 dispose : « *Les États membres peuvent conclure des accords à caractère économique, technique ou culturel avec un ou plusieurs États membres, avec des États tiers, des organisations régionales ou toute autre organisation internationale à condition que ces accords ne soient pas incompatibles avec les dispositions du présent Traité...* »⁴⁰⁶. Même si le Traité ne l'a pas expressément mentionné, les accords à caractère économique renvoient aussi aux TBI. Par conséquent, la Communauté reconnaît le pouvoir de ses États membres de conclure avec des pays tiers des accords de promotion et de protection des investissements. Il leur laisse aussi la latitude d'harmoniser au

⁴⁰⁴ Alinéa 1 de l'article 83 portant Accords de coopération du Traité révisé de la CEDEAO de 1993.

⁴⁰⁵ Dans les accords de coopération, les parties visent en général un même but et leurs obligations sont symétriques. Et dans la plupart des cas ce sont des obligations de nature financière. Par contre dans les accords de promotion et de protection des investissements, surtout ceux conclus dans les pays en développement, il faut tout d'abord remarquer que les buts poursuivis par les parties ne sont pas les mêmes. L'investisseur étranger poursuit un intérêt privé, un but purement lucratif, il cherche exclusivement le gain. Tandis que l'État d'accueil de l'investissement est animé par la satisfaction de l'intérêt général : il a besoin de la technologie et du savoir nécessaires à son décollage économique. Toujours dans les accords de protection des investissements, les obligations des parties n'ont pas la même teneur, et sont par conséquent asymétriques. L'État d'accueil de l'investissement a pour obligation d'assurer une réelle protection du bien de l'investisseur, et de ne pas procéder à son expropriation à moins qu'elle soit accompagnée d'une prompte et juste indemnisation. L'investisseur, en revanche, se doit de respecter les lois du pays d'accueil, y compris les clauses contenues dans le Traité qui le lie avec ce dit État d'accueil. Bref, l'investisseur a un devoir de soumission vis-à-vis des lois nationales de l'État d'accueil, et ce dernier un devoir

⁴⁰⁶ Article 84 du traité précité.

sein de la Communauté leurs positions dans les négociations internationales. Ainsi l'article 85 du Traité dispose : « *En vue de promouvoir et de sauvegarder les intérêts de la région, les États membres s'engagent à formuler et à adopter des positions communes au sein de la communauté sur les questions relatives aux négociations internationales avec les parties tierces* »⁴⁰⁷.

A travers ces deux dispositions, l'on peut présumer que l'Organisation régionale laisse aux États membres l'exclusivité de la réglementation des accords à caractère économique, y compris les APPI avec les États tiers. Ce qui ne favorise véritablement pas une éventuelle compétence de la CEDEAO en matière d'investissements étrangers. Au contraire, la communauté se doit de s'imposer et de se réclamer compétente pour mettre en place une politique globale des investissements en harmonisant l'ensemble des législations de ses États en matière d'investissements internationaux.

Cette appropriation d'une compétence réelle en matière d'investissements par l'institution régionale commence par la production d'un code communautaire des investissements (A) et éventuellement prévoir une clause de saisine préalable de la cour de justice de la CEDEAO dans les TBI signés par ses États membres avec des États-tiers (B).

A : L'élaboration d'un code communautaire des investissements

Depuis le 31 janvier 2003, avec l'adoption du protocole A/P4/1/03 sur l'énergie, marquant sa volonté de coordonner les politiques régionales dans les secteurs nécessitant des investissements, la CEDEAO a un objectif global en matière d'investissement qui consiste en la mise en place d'un cadre régional cohérent mieux adapté à la dynamique de la mondialisation⁴⁰⁸. Ainsi, à partir de 2007, elle a adopté une série de règles qui couvrent actuellement les domaines des technologies de l'information et de la communication, de la concurrence et des mines.

Il s'agit, en l'occurrence de l'*Acte additionnel A/SA1/01/01* relatif à l'harmonisation des politiques et du cadre réglementaire du secteur des technologies de l'information et de la communication (TIC) du 19 janvier 2007, de l'*Acte additionnel A/SA.1/06/08* du 19 décembre 2008 portant adoption des règles communautaires de la concurrence et de leurs modalités d'application au sein de la CEDEAO, ainsi que la directive *C/DIR3/05/09* du 27 mai 2009 portant l'harmonisation des principes directeurs et des politiques dans le secteur minier. Tous

⁴⁰⁷ Article 85 du Traité précité

⁴⁰⁸ S. M. OUEDRAOGO, *op.cit.*, p. 531.

ces secteurs sont très convoités par les investisseurs étrangers. Et en dépit de leur harmonisation, les États membres signent en même temps des TBI avec des investisseurs étrangers, ressortissants d'États tiers à l'Organisation régionale. Ce qui fait que la plupart des États de la CEDEAO dispose en même temps des lois cadres qui réglementent certains textes régissant le domaine des Tics.

Ainsi l'Ordonnance du Bénin vise à créer un environnement favorable à l'entrée des investisseurs privés dans le secteur des télécommunications, à définir les règles de concurrence applicables dans le secteur, à séparer les secteurs des postes et des télécommunications de l'Office des Postes et des Télécommunications, à garantir la transparence du processus de régulation du secteur des télécommunications, à ouvrir le capital de l'opérateur historique des télécommunications et à favoriser l'accès universel aux services des télécommunications.

En ce qui concerne le Burkina Faso, la loi vise à promouvoir le développement des télécommunications au Burkina Faso, à promouvoir et favoriser le rôle des télécommunications comme instrument fondamental du développement économique, à favoriser l'émergence d'un secteur concurrentiel des télécommunications, à développer et améliorer le service public des télécommunications, et à assurer un service universel.

Pour le Mali, l'Ordonnance définit dans ses principes généraux que l'État doit veiller à la création d'un environnement concurrentiel, au maintien de la mission de service public en facilitant l'accès aux services des télécommunications, à la séparation de fonction de régulation et celle d'établissement et/ou d'exploitation des réseaux, et à la détermination des conditions d'attribution des numéros et de gestion des fréquences.

Par ailleurs, mis à part ces différentes lois et Ordonnances portant sur des domaines attirant des investissements, la plupart de ces pays ont élaboré des codes d'investissements qui leur sont propres. Ces codes des investissements ont, généralement un double objet : premièrement, assurer aux investisseurs leur sécurité et surtout celle de leurs biens, secondement, leur garantir la rentabilité de leurs investissements. Ce qui signifie donc que sécurité et rentabilité sont les deux objectifs de tout code des investissements...⁴⁰⁹.

Il faut juste préciser que la rentabilité est l'objectif le plus traité par les codes des investissements. Généralement, ce sont des mesures qui accordent aux investisseurs tout un arsenal d'avantages directs et indirects pour mieux les encourager à expatrier leurs capitaux.

Dès lors, pour compléter ou pour perfectionner cette politique de promotion et de protection des investissements étrangers de ses États membres, il semble nécessaire que la

⁴⁰⁹ B. NIANE, *op.cit.*, p. 10.

CEDEAO mette en place un code communautaire des investissements. Ce code communautaire reprendra, en les perfectionnant et en les adaptant aux principes communautaires, les réglementations respectives de ses États membres en matière d'investissements. Il s'agirait pour les États de la CEDEAO de prendre comme référence et repère la réglementation de l'investissement établie par l'Institution régionale. Par ailleurs, ce code communautaire aurait l'avantage d'instaurer un équilibre entre les intérêts des investisseurs et ceux des États membres. Car, évidemment, il aura un double objet : accorder des avantages aux investisseurs étrangers et en même temps leur imposer des obligations.

Il faut juste préciser que pour une réussite de la politique de l'investissement étranger dans son espace, la CEDEAO doit d'abord réglementer les investissements intracommunautaires. C'est par le succès de ces derniers qu'elle peut démontrer sa compétence à pouvoir réglementer les investissements étrangers, c'est-à-dire les investissements ressortissants d'États tiers. Donc, ce code des investissements de l'Organisation régionale doit, en premier lieu, viser les investissements intra-communautaires.

Seulement, on ne peut pas réglementer les investissements sans prévoir un organe chargé de trancher les litiges nés de ces dits investissements. Sur ce plan, le droit de la CEDEAO reste laconique à l'adéquation de son tribunal arbitral aux contentieux des investissements. Néanmoins, à côté de la finalisation du code communautaire des investissements, une autre mesure phare pourrait contribuer à une possible attribution de la CEDEAO d'une compétence en matière d'investissements internationaux : il s'agit de prévoir une clause de saisine préalable de sa cour de justice dans les TBI signés par ses États membres, avant tout pourvoi devant un tribunal arbitral par l'investisseur étranger.

B : Pour une insertion d'une clause de saisine préalable de la juridiction communautaire dans les TBI signés par les États de la CEDEAO

La résolution des contentieux est l'épine dorsale du droit des investissements car, c'est à ce stade que l'on peut mesurer le degré d'efficacité de la protection des droits reconnus aux investisseurs. Ainsi, aborder la réglementation des investissements étrangers par une organisation d'intégration régionale comme la CEDEAO (surtout dans le cadre du contentieux) impose d'analyser les relations entre trois ordres de juridictions qui sont susceptibles de trancher les litiges nés entre les acteurs de l'investissement.

A l'analyse, force est de constater qu'il n'existe pas de voie de communication entre d'une part, les juridictions nationales et communautaires et d'autre part, les tribunaux arbitraux

internationaux relatifs aux investissements. En ce qui concerne les relations entre les juridictions nationales des États membres et la juridiction communautaire, le problème ne se pose pas, en principe. Car, en effet, dans le droit communautaire, il existe déjà des moyens de collaboration entre les États membres de la CEDEAO et la juridiction communautaire. Il s'agit, des commissions rogatoires, des questions préjudicielles, et les voies d'exécution.

Le problème est ailleurs, c'est d'une manière générale, la relation entre les tribunaux arbitraux internationaux et les juridictions nationales ou communautaires⁴¹⁰. Dans l'état actuel de l'évolution du droit international des investissements, il n'existe pas des mécanismes de coopération entre les juridictions nationales ou communautaires avec les tribunaux internationaux relatifs aux investissements. Cela se comprend aisément, car les tribunaux arbitraux statuant sur le fondement des traités d'investissement se considèrent comme une juridiction internationale agissant dans l'ordre international dont la fonction est de contrôler le respect des règles internationales prévues dans les traités d'investissements⁴¹¹. Ces tribunaux arbitraux ont strictement pour objet de régler les litiges relatifs aux investissements. Ce qui n'est pas le cas des juridictions internes et communautaires. Les premières ont pour fonction de veiller à la bonne application de la loi d'une manière générale sur toute l'étendue du territoire de l'État pour un bon fonctionnement de la société. Les deuxièmes, c'est-à-dire les juridictions communautaires veillent à la bonne interprétation et à la bonne application du Traité instituant l'Organisation régionale. Plus précisément, le rôle des cours de justice des organisations régionales est de vérifier si les États respectent les obligations internationales auxquelles ils ont souscrit à travers des conventions qu'ils signent et ratifient.

Mais cette absence de dialogue n'équivaut pas forcément à une impossibilité de synchronisation entre ses ordres juridiques. L'on doit justement considérer le droit des investissements comme l'élément déclencheur de la rencontre entre ses ordres juridiques. Le droit des investissements n'est pas né avec ses propres spécialistes. A la base, la plupart des

⁴¹⁰ Ce qu'il faut souligner c'est qu'en droit international, le rapport entre juridictions arbitrales internationales et juridictions nationales a été perçu différemment selon la théorie dualiste et moniste. Pour la première, les juridictions nationales et les juridictions internationales agissent dans deux sphères différentes : l'ordre interne et l'ordre international. Les juridictions nationales sont des acteurs internes qui appliquent le droit interne et ne peuvent pas être considérées comme faisant partie du système international de règlement des différends. En revanche, pour les tenants de la théorie moniste, les juridictions nationales et les juridictions internationales assurent la même fonction : résoudre les différends et garantir le respect de la norme juridique. Le juge national fait partie du système judiciaire international au moins lorsqu'il applique le droit international. Pour plus de détails sur ce débat v. Walid BEN HAMIDA, « *L'arbitrage État-investisseur face à un désordre procédural : la concurrence des procédures et les conflits de juridictions* », *A.F.D.I.*, LI-2005, pp.564-602, p. 571.

⁴¹¹ Décision du comité *ad hoc* dans l'affaire *Vivendi c/Argentine*, JDI, 2003, p. 195 ; décision *Salini c/Maroc*, JDI, 2002, p. 196 et décision *CMS c/Argentine*, JDI, 2004, p. 249.

arbitres qui statuent sur les contentieux relatifs aux investissements sont avant tout, soit des spécialistes de droit interne ou communautaire, soit des spécialistes de droit international. Autrement dit, ils ont une connaissance de base aussi bien en droit interne qu'en droit communautaire. En même temps, les juridictions internes et communautaires n'ignorent pas le système juridique international. Elles peuvent appliquer le droit international. L'on constate en ce sens une tendance générale de la prise en considération de la norme internationale par les juges internes⁴¹². En ce sens, le Professeur Arnaud de NANTEUIL a pu dire : « *La plupart des systèmes juridiques nationaux comportent des règles permettant l'engagement de la responsabilité de la puissance publique... en cas d'atteinte portée aux droits des personnes privées. Or, ces personnes privées peuvent parfaitement être étrangères, et se trouver sur le territoire de l'État afin d'y mener une opération d'investissement. Si, dès lors, une mesure étatique vient remettre en cause leurs droits au point de réduire, voire de détruire, l'intérêt économique de l'opération il leur serait loisible, avant de se lancer dans une procédure internationale qui peut s'avérer longue et coûteuse, de tenter leur chance auprès des juges nationaux, en application des règles internes de responsabilité publique*⁴¹³. Rien n'empêche les juridictions nationales ou communautaires d'appliquer les règles internationales contenues dans les traités d'investissements. Ainsi, selon certains auteurs, les TBI posent, au même titre que les traités d'amitié de commerce et de navigation, des obligations précises et sont directement invocables devant les juridictions internes⁴¹⁴. Une norme reste une norme et le rôle d'un juge ou d'un arbitre, quel que soit l'ordre juridique auquel il appartient, est de veiller à la bonne application de la norme, et en cas de non-respect de celle-ci, d'engager la responsabilité de son ou ses auteurs.

Tout ceci pour démontrer que la synchronisation ou le dialogue entre les tribunaux arbitraux relatifs aux investissements et les juridictions nationales ou communautaires ne relève pas de l'impossible. L'on doit justement considérer le droit des investissements comme l'élément facilitateur de la rencontre entre les juridictions arbitrales relatives aux investissements et les juridictions nationales et/ou communautaires.

⁴¹² Sur cette tendance de l'application du droit international par les juges internes, voir L. PARADELL TRIUS, *international Law in National Legal Systems : Constitutional Obstacles and Opportunities*, European Public Law Series, vol. XXVI, Esperia Publications Ltd, London, 2002, pp. 29-31.

⁴¹³ A. DE NANTEUIL, « Droit international de l'investissement », Editions *Pédone*, 2014, p. 67.

⁴¹⁴ W. SACHS, « The New U.S. Bilateral Investment Treaties », *Int. Tax and Bus. Law*, 1984, p. 197. Voir aussi R. E. DALTON, « National Treaty Law and Practice : United States », in *National Treaty Law and Practice (Australia, Chile, Colombia, Japan, Netherlands, U.S.)*, M. LEIGH, M. BLAKESLEE et L-B. EDERINGTON, éd. Washington DC, ASIL, *Studies in Transnational Legal Policy*, 1999, n°30, p. 13, consultable sur <http://www.asil.org/dalton.pdf>

Dans le cadre strictement communautaire, comme celui de la CEDEAO, les premiers pas de cette rencontre doivent venir de l'organisation régionale, car c'est dans son espace que sont accueillis les investissements étrangers. C'est pourquoi l'on emploie les expressions « État d'accueil de l'investissement » ou « État hôte de l'investissement ». Dans le cadre de la politique communautaire en matière d'investissements étrangers, l'on pourrait parler de « Communauté hôte de l'investissement ». Ainsi, pour régler les litiges relatifs aux investissements étrangers, la CEDEAO doit relever un principal défi qui consiste à l'insertion des règlements judiciaires et nationaux dans un dispositif communautaire de protection juridictionnelle des investissements. C'est en insérant, dans son droit communautaire des investissements, une clause de règlement judiciaire, qu'elle peut assurer d'une manière générale la protection des intérêts de ses États membres et de ceux des investisseurs étrangers⁴¹⁵.

Il ne s'agira pas pour la CEDEAO d'imposer aux investisseurs étrangers son système judiciaire ou son tribunal arbitral pour le règlement de leurs différends avec les États d'accueil de l'investissement. Mais, elle pourra recommander à ses États membres d'inclure dans leurs TBI qu'ils signent avec les investisseurs étrangers, la clause de la saisine préalable de la juridiction communautaire en cas de litiges portant sur les investissements. Cette clause de règlement préalable du contentieux par le droit communautaire aurait l'avantage de permettre aux États membres de tirer un véritable profit de la synergie d'une action régionale dont la finalité est de créer une puissance de négociation en face des investisseurs. Si, compte tenu de son poids économique, la CEDEAO n'est pas en mesure d'imposer la clause du choix irrévocable de sa juridiction, elle peut au moins prévoir, un modèle de procédure préalable, soit devant les juridictions nationales de ses États membres, soit devant la juridiction communautaire. Les États ACP par exemple ont pu obtenir pour les marchés publics réalisés sous financement FED, une certaine forme d'épuisement des voies de recours internes⁴¹⁶. De même, le Traité de l'ALENA et l'attitude de la Communauté européenne à l'égard du traité sur la charte de l'énergie peuvent servir de piste de réflexion à cette tentative d'instaurer un recours

⁴¹⁵ S. M. OUEDRAOGO, *op.cit.*, p. 544.

⁴¹⁶ Le règlement d'arbitrage FED est attaché à une certaine forme d'épuisement des voies de recours internes avant tout accès de l'adjudication à l'arbitrage. Voir l'article : « les voies de recours administratives sont réputées épuisées si l'instance administrative n'a pas rendu de décision définitive dans le délai de cent vingt jours à compter de la date à laquelle elle a reçu la demande initiale de règlement ». Décision n°3/90 du Conseil des ministres ACP-UE du 29 mars 1990 portant adoption de la réglementation générale, des cahiers des charges et du règlement de procédure de conciliation et d'arbitrage, relatifs aux marchés de travaux, de fournitures et de services financés par le Fonds européen de développement (FED), et concernant leur application (annexe V). Sur ce point voir B. POULAIN, « Développements récents du droit communautaire des investissements internationaux », *RGDIP*, 2009, pp. 887-889.

préalable à l'arbitrage dans le droit des investissements internationaux. Dans le traité de l'ALENA, par exemple, il existe une clause relative aux rapports entre procédure interne et arbitrage international qui prévoit que, pour des procédures engagées contre l'État, la saisine d'un tribunal arbitral telle que prévue à l'article 116 de l'accord est subordonnée au renoncement exprès de l'investisseur à son droit d'engager une procédure devant un tribunal judiciaire ou administratif. Il est cependant prévu une exception pour les différends avec le Mexique ; il y est précisé qu'une affaire commencée devant les tribunaux mexicains ne peut plus être poursuivie devant un tribunal arbitral. L'UE, pour sa part, a émis une réserve par rapport à l'article 26 du traité sur la charte de l'énergie. Alors que la disposition prévoit que les parties contractantes consentent inconditionnellement à la soumission d'un différend à la conciliation ou à l'arbitrage international, les États de la Communauté européenne ont déclaré qu'ils n'ont pas donné leur accord inconditionnel à la soumission d'un différend à une procédure d'arbitrage ou de conciliation internationale⁴¹⁷.

Par ailleurs, il faut juste mentionner que l'adéquation de l'arbitrage international avec le droit communautaire suppose que soient résolues certaines difficultés relatives notamment au dialogue entre les organes arbitraux et les juridictions communautaires et surtout à la reconnaissance ou à l'exécution de la sentence arbitrale. D'autant plus que certains auteurs ont pu relever quelques difficultés d'exécution des sentences arbitrales dans les pays en développement⁴¹⁸.

En somme, une bonne protection des investissements étrangers dans l'espace de la CEDEAO, et surtout l'élargissement des compétences de l'institution communautaire en matière d'investissements étrangers, passent nécessairement par le dialogue entre ces deux organes que sont les tribunaux arbitraux internationaux relatifs aux investissements et la Cour de justice de la Communauté. Et d'une manière très générale, l'élément moteur ou le cordon ombilical de ce dialogue n'est que le droit. Celui-ci d'ailleurs joue un rôle incontournable dans l'effective harmonisation communautaire des législations des États membres en matière d'investissements, qui constitue aussi un autre préalable à une possible compétence de la CEDEAO en matière d'investissements internationaux.

⁴¹⁷ Sur ce point, voire la version française de la déclaration de la Communauté européenne issue du rapport de l'Assemblée nationale française n° 1544, produit au nom de la commission des affaires étrangères, sur le projet de loi, adoptée par le Sénat, autorisant la ratification du traité sur la charte de l'énergie. Pour de larges développements à ce propos, voir aussi B. POULAIN, « Développements récents du droit communautaire des investissements internationaux », *RGDIP*, 2009, p. 890.

⁴¹⁸ *Ibidem.*, p. 889.

Paragraphe 2 : L'incontournable rôle du droit pour une effectivité de l'harmonisation communautaire des législations des États membres en matière d'investissements

Pour régler le droit des investissements étrangers dans l'espace CEDEAO, il faut aussi du droit. Ce droit n'aura pas le même objet ou bien la même finalité que le premier. Le droit des investissements de la Communauté aura pour mission de régler les rapports entre les investisseurs et les États d'accueil de l'investissement dans l'espace communautaire, ou entre investisseurs et l'Organisation régionale, pourvu que les États membres délèguent expressément leur pouvoir de négocier et de conclure des TBI avec des ressortissants d'États tiers à l'institution communautaire. L'autre droit, c'est-à-dire le deuxième, aura pour objectif de réaliser l'harmonisation des législations des différents États membres en matière d'investissements pour permettre à l'institution régionale de pouvoir mettre en place une réglementation commune de l'investissement dans son espace. Ce deuxième droit est considéré comme un préalable à la réglementation du droit des investissements internationaux dans l'espace communautaire. Il peut être perçu comme l'enveloppe qui réceptionne et adapte le droit des investissements internationaux au droit communautaire.

Concrètement, le rôle préalable de ce droit, à toute tentative de synchroniser le droit international des investissements et le droit communautaire, s'articule autour de deux axes principaux : premièrement, rendre effective l'instauration de l'État de droit dans les États membres de la CEDEAO (**A**), et secondement assurer la primauté du droit communautaire sur les droits nationaux desdits États de l'institution régionale (**B**).

A : L'effectivité de l'instauration de l'État de droit dans les États membres

Traditionnellement, l'État de droit peut se définir comme la soumission de l'État au droit⁴¹⁹. Comme disait un auteur, « *c'est un État qui assure le règne de la loi*⁴²⁰. Plus précisément, les deux traits marquants de la conception traditionnelle de l'État de droit seraient donc la soumission progressive de l'État au droit, et la connexion entre l'idéologie de l'État de droit et celle des droits de l'homme⁴²¹. Normalement, sans appartenir à une quelconque

⁴¹⁹ E. KRINGS, « Considération sur l'État de droit, la séparation du pouvoir et le pouvoir judiciaire », *Journal des Tribunaux*, 1989, p. 521.

⁴²⁰ G. VANDER MEERSCH, « Les garanties de l'indépendance du juge en droit belge », *Rapport au IVème congrès de l'Académie internationale de droit comparé*, Paris, 1954, p. 155.

⁴²¹ T. VAN MINH, « Réflexions sur l'État de droit dans le tiers monde », in, *L'État moderne, Horizon 2000 : aspects internes et externes Mélanges*, Pierre-François GONIDEC, *L.G.D.J.*, Paris, 1985, pp. 275-305, p. 278.

organisation, ou institution, tout État doit faire de l'État de droit une condition de son existence vis-à-vis de ses pairs. Il doit être même une condition de son acceptation ou de sa reconnaissance comme État sur la scène internationale. Dire qu'un tel État est un État de droit devrait être même un truisme, une lapalissade.

Seulement, une telle perception de l'État de droit a toujours été considérée par beaucoup d'auteurs comme méconnue en Afrique. Certains disaient « *la notion même de limitation de l'État par le droit, qui est à la base de l'État de droit, apparaissait étrangère à la conception du pouvoir dans le Tiers Monde* »⁴²². D'autres renchérisaient : « *La Constitution n'est pas conçue comme un instrument destiné à limiter le pouvoir, mais à le fortifier* »⁴²³. Le professeur Michel ALLIOT a également fait remarquer que : « *Le règne du droit n'est considéré comme un idéal que dans le monde occidental* »⁴²⁴.

Cette vision occidentale de la considération et de l'application du droit en Afrique n'épargne pas l'espace Ouest-africain, y compris la CEDEAO. D'une manière très générale, la démocratie et les droits de l'Homme n'étaient pas les préoccupations premières des États africains dès leur accession à l'indépendance. Les conflits étatiques, interétatiques, et les guerres civiles, y compris les coups d'États sont des éléments qui sont venus alimenter cette perception de la méconnaissance du droit, d'une manière générale par les États africains. La plupart des États membres de la CEDEAO ont eu à connaître ces troubles, soit avec d'autres États, soit dans leur propre territoire. Dès fois, c'est l'État en tant qu'institution garante des droits et libertés de ses citoyens, qui est l'auteur de ces exactions aux droits de l'Homme.

Dès lors, face à l'évolution des relations économiques internationales, et le poids des investissements étrangers dans les programmes de développement des pays africains comme ceux de la CEDEAO, l'instauration de l'État de droit dans ces pays semble incontournable pour attirer les agents économiques internationaux. Pour ce faire, il ne revient pas en premier lieu à la CEDEAO de s'atteler à cette tâche, mais aux États.

Attirer les investissements ne doit pas être la raison du maintien ou de l'instauration de l'État de droit par les États dans leur territoire. Cela doit être une évidence, une chose qu'ils ont déjà acquise. L'Afrique ne doit pas percevoir l'État comme un appareil de contrainte, un instrument de gouvernement aux mains d'une poignée d'alphabétisés ou scolarisés, une élite

⁴²² *Ibidem.*, p. 275.

⁴²³ P. F. GONIDEC, « Politiques comparée du Tiers Monde », Editions Montchrestien, *Les Cours de droit*, 1975, p. 356.

⁴²⁴ M. ALLIOT, « Un droit nouveau est-il en train de naître en Afrique ? », in *Dynamiques et finalités des droits africains*, G. CONAC (dir), *Economica*, 1980, p. 469.

civilo-militaire. C'est en se présentant et en agissant comme le défenseur de l'intérêt général, et en s'assignant comme objectif premier le bien commun, que l'État pourra se défendre, et avoir l'allégeance des individus et des ethnies, et justifier l'obéissance des citoyens⁴²⁵. En ce sens, G. BURDEAU écrivait : « *L'homme a inventé l'État pour ne pas obéir à l'homme* ». Si l'État de droit doit se manifester dans tous les domaines d'activité de l'État, il faut, tout de même, reconnaître que la justice en est l'élément central. Comme disait un auteur⁴²⁶, « *A notre avis, l'avenir de l'Afrique dépend du respect des droits de l'Homme et de l'instauration progressive du règne du droit* ». La loi doit être la même pour tous, elle doit être le fondement de l'action gouvernementale. Les gouvernants doivent privilégier l'intérêt général, et devraient être des modèles de vie pour les populations qu'ils entendent diriger. Ils sont des agents en mission. Ils doivent faire preuve de vertu, et être attentifs à la justice sociale.

La CEDEAO, de son côté, a un rôle à jouer dans l'instauration de l'État de droit dans ses États membres. Elle doit en faire même une conditionnalité pour tout État désirant intégrer l'Organisation. Ainsi, dans une section VII intitulée de l'État de droit, des droits de la personne et de la bonne gouvernance, le Protocole A/SP2/12/01 de l'institution régionale dispose en son article 33 : « *Les États membres reconnaissent que l'État de droit implique non seulement une bonne législation conforme aux prescriptions des Droits de l'homme, mais également, une bonne justice, une administration publique et une bonne et saine gestion de l'appareil d'État. Ils estiment de même qu'un système garantissant le bon fonctionnement de l'État, de son administration publique et de la justice contribue à la consolidation de l'État de droit* »⁴²⁷. L'on sait qu'en Afrique, l'élection constitue la principale source des conflits. Donc sa réglementation et celle de son contentieux semblent incontournables pour l'instauration de l'État de droit dans tous les États membres. Consciente de cela, l'Organisation d'intégration régionale de la CEDEAO, dans le protocole précité dispose en son article 2 : « *Aucune réforme substantielle de la loi électorale ne doit intervenir dans les six (6) mois précédant les élections, sans le consentement d'une large majorité des acteurs politiques* »⁴²⁸.

Ce qu'il faut noter cependant c'est que toutes mesures prises par la CEDEAO pour leur application dans l'ensemble des États membres seraient sans effet si elles ne sont pas accompagnées de dispositif de sanctions. En ce sens, il faut mentionner qu'en cas de violation

⁴²⁵ M. AHANHANZON-GLEGLÉ, « Pour l'État de droit en Afrique », in Mélanges Pierre-François GONIDEC, *op.cit.*, 189.

⁴²⁶ *Ibidem.*, p.190.

⁴²⁷ Protocole A/SP1/12/01 sur la démocratie et la bonne gouvernance additionnel au Protocole relatif au mécanisme de prévention, de gestion, de règlement des conflits, de maintien de la paix et de la sécurité.

⁴²⁸ Article 2 du protocole précité.

massive des droits de la personne dans un État membre et en cas de rupture de la démocratie, la Conférence des chefs d'État et de Gouvernement de la CEDEAO peut prononcer des sanctions à l'endroit de l'État concerné. Ces sanctions peuvent constituer en :

- ✓ Un refus de soutenir les candidatures présentées par l'État membre concerné à des postes électifs dans les organisations internationales ;
- ✓ Un refus de tenir toute réunion de la CEDEAO dans l'État membre concerné ;
- ✓ Une suspension de l'État membre concerné dans toutes les instances de la CEDEAO ; pendant la suspension, l'État sanctionné continue tout de même d'être tenu au paiement des cotisations de la période de suspension.

En somme, nous venons de remarquer que le droit constitue l'unique moyen d'instaurer l'État de droit dans les États de la CEDEAO ; État de droit auquel son absence impacterait sur la politique de promotion et de protection des investissements des dits États de l'Organisation régionale. Cet instrument qui est le droit est également incontournable pour permettre à la Communauté régionale d'avoir une compétence explicite en matière de réglementation des investissements étrangers dans son espace. Et pour ce faire, il faudrait qu'il (le droit) rende effective la primauté du communautaire sur les droits nationaux des différents États membres.

B : L'effectivité de la primauté du droit communautaire sur les droits nationaux des États membres

La volonté de la CEDEAO de pouvoir règlementer les investissements étrangers ne serait qu'une coquille vide si elle ne parvient pas à rendre effective la primauté de son droit par rapport aux droits nationaux des différents États membres qu'elle regroupe. La primauté du droit communautaire signifie que l'ensemble du droit communautaire prime sur l'ensemble des droits nationaux des États membres. Elle a été consacrée par la CJCE dans son arrêt *Costa c/ Enel*⁴²⁹ du 15 juillet 1964, avant d'être réaffirmée par la suite. La cour dispose à travers cet arrêt que : « à la différence des traités internationaux ordinaires, le traité de la CEE a institué un ordre juridique propre, intégré au système juridique des États membres lors de l'entrée en vigueur du traité et qui s'impose à leurs juridictions ». Plus loin, en concluant, la Cour développe une formule qui sert de synthèse et de fondement au principe de primauté en ces termes : « issu d'une source autonome, le droit du traité ne pourrait donc, en raison de sa nature spécifique et originale, se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit, sans perdre son

⁴²⁹ CJCE, 15 juill. 1964, Aff. 6/64, *Costa c/ Enel*.

caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même ».

Mais avant d'en arriver aux implications du principe de primauté et son effectivité dans le droit communautaire de la CEDEAO, il conviendrait de démontrer qu'il (le principe de primauté) ne constitue pas une spécificité du droit communautaire⁴³⁰. En effet, la question de la primauté a déjà fait l'objet de nombreuses réflexions en droit international alimentant la fameuse querelle du monisme et du dualisme comme facteurs explicatifs des rapports de système entre le droit international et le droit interne⁴³¹. D'après les tenants du dualisme, les systèmes juridiques "interne" et "international" sont indépendants, séparés et égaux. Par conséquent, il n'y a aucune supériorité de principe du droit international sur le droit interne. Les éventuels conflits de normes entre ces deux systèmes se résolvent alors par application de principes très généraux du droit, tels celui de la prévalence de la norme la plus récente ou celui de la mise en jeu de la responsabilité de l'État qui s'affranchit d'une norme internationale à laquelle il a volontairement souscrit. Les partisans de la doctrine moniste plaident, en revanche, pour l'unité des systèmes juridiques. Plus précisément, ils supposent que le droit interne et le droit international constituent un seul et même ensemble dans lequel les deux types de systèmes juridiques seront subordonnés l'un à l'autre. D'où l'impératif d'une hiérarchisation entre ses diverses composantes. Il faut juste ajouter que la doctrine moniste est divisée en deux variantes : on distingue le monisme avec primauté du droit interne, dans lequel le droit international se réduit à un simple droit externe de l'État et le monisme avec primauté du droit international qui défend l'idée selon laquelle le droit interne dérive du droit international qui lui est supérieur. Pour les auteurs de cette seconde variante, les rapports entre droit interne et droit international s'apparentent à ceux existant dans une structure de type fédéral, dans laquelle, le droit fédéral prime sur le droit des États fédérés, à l'image de l'article 31 de la Constitution de la République fédérale d'Allemagne : « Le droit fédéral prime le droit de *Land* ».

Ainsi, la problématique des rapports entre le droit de la CEDEAO et le droit de ses États membres se situe dans le prolongement de la précédente ; c'est-à-dire celle existant dans les rapports entre droit international et droit interne⁴³². C'est le lieu de préciser que la détermination

⁴³⁰ A. BERRAMDANE, « La hiérarchie des droits : droits internes et droits européen et international, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2002.

⁴³¹ J. COMBACAU et S. SUR, « Droit international public », Montchrestien, coll. « Précis Domat », 5^{ème} éd. 2001, p. 178 et s.

⁴³² A ce propos, il importe de relever que les analogies entre droit international et droit communautaire dans leurs rapports avec les droits internes des États membres ont des limites. Trois éléments permettent de le démontrer. Premièrement, la vocation supranationale de la CEDEAO qui suppose que le droit communautaire l'emporte sur le droit interne de ses États membres. Deuxièmement, et d'une manière générale, les éventuels conflits qui peuvent

de la nature de l'ordre juridique communautaire est essentielle pour analyser l'effectivité de la primauté du droit de la CEDEAO sur les droits nationaux de ses États membres. Il faut rappeler que l'effectivité de cette primauté s'avère même incontournable pour une compétence de l'organisation régionale en matière de réglementation de l'investissement international. On peut entendre par ordre juridique « *un ensemble de règles de droit constituant un système, c'est-à-dire présentant un certain degré d'organisation et de cohérence* »⁴³³. Appliqué à la CEDEAO, l'ordre juridique de la Communauté se caractérise par l'étendue et l'importance du pouvoir normatif conféré aux institutions de l'Organisation régionale, aux sources de son droit, ainsi que l'autorité dont bénéficie la règle. En vérité, cette autorité repose largement sur le pouvoir et l'effectivité de la sanction du droit de la CEDEAO auxquels contribuent la Commission et la Cour de justice de la Communauté. Mais c'est cette dernière, c'est-à-dire la Cour de justice, qui demeure l'instrument privilégié pour l'instauration de l'ordre juridique communautaire et par ricochet, la primauté du droit communautaire sur les droits des États membres. En d'autres termes, l'ordre juridique communautaire pose le problème des rapports entre la Cour de justice de la Communauté et les juridictions nationales des États membres. Cette Cour communautaire a « *pour rôle prépondérant d'assurer le respect du droit et des principes d'équité dans l'interprétation et l'application du Traité révisé ainsi que des protocoles et conventions y afférentes* ». ⁴³⁴

Ce sont les rapports entre cette Cour de justice et les juridictions nationales des États membres qui détermineront si la primauté du droit de la CEDEAO, condition essentielle pour une compétence de l'Organisation régionale en matière d'investissements internationaux, est effective ou pas. D'une manière générale, lorsque l'on parle de rapport entre des ordres de juridiction, on pense plutôt à une collaboration (coopération juridique) juridique, c'est-à-dire de l'entraide judiciaire entre eux ; mais dans le cadre d'une intégration régionale, les relations entre la juridiction communautaire et les juridictions des États membres ne doivent pas seulement se limiter en une relation de coopération. Pour un fonctionnement harmonieux de

naître entre le droit primaire de la Communauté et le droit interne des États membres sont plus nombreuses que celles entre le droit interne et le droit international. Dans sa version classique, le droit international est un droit de la guerre et de la paix et celui du règlement des conflits internationaux. Donc, les conflits avec le droit interne s'avèrent rares quand bien même on note leur multiplication due à l'élargissement de l'application du droit international dans d'autres domaines : comme par exemple, les échanges économiques, les droits fondamentaux etc. Le droit communautaire, pour sa part, a pour vocation de régir des rapports ou des situations identiques à celles du droit interne. D'ailleurs, les notions d'effet direct et d'invocabilité viennent traduire la nécessaire application des normes communautaires dans l'ordre juridique des États membres. Et enfin, le droit de la CEDEAO ne peut exister qu'à la seule condition qu'il prime sur les droits nationaux.

⁴³³ C. BLUMANN et L. DUBOIS, « Droit institutionnel de l'Union européenne », *LexisNexis*, 2010, p. 515.

⁴³⁴ Voir préambule du protocole relatif à la Cour de justice de la CEDEAO.

l'organisation régionale, en effet, la prévalence de la Cour communautaire semble déterminante. Le Traité de la CEDEAO semble adhérer à la nécessaire prééminence de la juridiction régionale. Il est d'abord précisé à l'article 15 paragraphe 3 du nouveau Traité révisé que : « *Dans l'exercice de ses fonctions, la Cour de justice est indépendante des États membres et des institutions de la Communauté* ». Mieux encore, au paragraphe 4 du même article le Traité dispose : « *Les arrêts de la Cour ont force obligatoire à l'égard des États membres, des institutions de la Communauté et des personnes physiques et morales* ». La portée du caractère obligatoire des décisions de la Cour a été précisée par le Protocole de 1991 relatif à la Cour de justice. En effet, c'est en son article 19 paragraphe 2 que : « *... Sous réserve des dispositions du présent protocole relatives à la révision, les décisions de la Cour sont immédiatement exécutoires et ne sont susceptibles d'appel* ». Ledit protocole ajoute en son article 22 paragraphe 3 « *Les États membres et les institutions de la communauté doivent prendre toutes les mesures nécessaires afin d'assurer l'exécution des décisions de la Cour* ». C'est ainsi qu'un auteur a pu dire : Dès l'instant que l'obligation de mettre en œuvre les décisions de la Cour de justice s'impose dans l'ordre juridique interne, à tous les organes de l'État membre, il y a, sans aucun doute, consécration au niveau de la CEDEAO, du monisme juridique avec primauté du droit communautaire⁴³⁵.

Il apparaît clairement de ce qui précède qu'avec d'une part, l'effectivité de l'instauration de l'État de droit dans les États membres, et d'autre part, l'effectivité de la primauté du droit communautaire sur les droits nationaux des États membres, le droit peut être amené à jouer un rôle déterminant dans la politique de promotion et de protection des investissements étrangers dans l'espace CEDEAO.

Ce qui est sûr avant tout, c'est que l'harmonisation communautaire des législations des États membres constitue, sans nul doute, une priorité pour une protection effective et efficace des investissements étrangers dans l'espace concerné. Mais, elle n'est pas seule ; l'implication de l'Afrique dans cette politique de promotion et de protection des investissements en est également une autre.

⁴³⁵ A. DIEYE, « La Cour de justice de la communauté CEDEAO et les juridictions nationales des États membres : quelles relations ? », *Novelles annales africaines*, n°1-2007, revue de la faculté des sciences juridiques et politiques de l'Université Cheikh Anta DIOP de Dakar, (Sénégal), pp. 187-197, p. 194.

Section 2 : L'implication de l'Union africaine dans la politique de promotion et de protection des investissements étrangers dans l'espace CEDEAO

Dans l'évolution des relations économiques internationales, le regroupement continental semble un élément déterminant dans le développement économique des États. En Europe, on parle de l'Union européenne, aux Amériques, l'on a les États unis d'Amérique, en Afrique également il y'a l'Union africaine. Si le développement constitue l'objectif de ces regroupements continentaux, l'on peut dire que l'Afrique occupe la dernière place. Cette position, regrettable d'ailleurs, du continent africain dans ce classement a pour cause, bien évidemment, son retard dans son décollage économique.

Conscients de la lenteur de la réalisation effective de l'Union africaine, et étant persuadés que le regroupement étatique est un élément incontournable pour leur développement respectif, les États africains se sont tournés vers le régionalisme. Il s'ensuit que si le regroupement régional est l'une des conséquences de l'ineffectivité de la construction de l'Union africaine ; il peut, en même temps, constituer un stimulant à la réalisation de celle-ci. C'est dans ce sens qu'un auteur français affirmait : « *le regroupement régional est parfois le produit de l'échec du regroupement continental ou de son refus ; mais parfois aussi il a constitué l'embryon d'un regroupement plus large* »⁴³⁶.

C'est ainsi que des Communautés économiques régionales ont été créées dans toute l'Afrique en ayant un objectif commun : le développement économique de leurs États. Pour arriver à cette fin, des stratégies ont été élaborées au sein de chaque Communauté régionale, et parmi celles-ci, « la politique d'investissement » occupe une place prépondérante, la CEDEAO en dispose une.

La CEDEAO, qui constitue l'une de ces Communautés économiques régionales, dispose également dans ses stratégies de développement, d'une politique de l'investissement. Cette Organisation d'intégration régionale, comme toutes les autres qui existent en Afrique, peut-elle seule, arriver à mettre en place une véritable politique de promotion et de protection des investissements étrangers dans son espace, sans une collaboration avec d'autres États ou Organisation au plan continental ? En d'autres termes, ne devrait-il pas exister, à côté des politiques d'investissements respectives des différentes organisations communautaires en Afrique, une politique africaine de l'investissement ?

⁴³⁶ F. BORELLA, « Les regroupements des États en Afrique indépendante », *A.F.D.I.*, 1967, Volume 7, pp. 787-807, p. 789.

Ce qui est sûr c'est que cette réglementation africaine de l'investissement passera tout d'abord par une réelle intégration économique sud/sud (**Paragraphe 1**). Ensuite, il sera question de l'utilité de l'Union africaine dans la réalisation de cette intégration économique sud/sud, élément déterminant pour permettre au continent de disposer d'une compétence réelle en matière d'investissement (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : L'intégration économique Sud/sud, une priorité pour l'Afrique

L'Afrique, d'une manière générale, dispose d'énormes potentialités pour construire à elle seule son développement. Les ressources naturelles, qui sont à la base de toute technologie nécessaire pour le développement, se trouvent la plupart dans le continent africain. Il semble paradoxal qu'aujourd'hui, ce continent détenant tant de ressources convoitées par tous ses pairs, se trouvent dans des situations d'interdépendance avec ces derniers. Et pourtant sans ces richesses naturelles, aucun projet de développement ne saurait se réaliser. Quelle est la raison fondamentale qui fait que le continent africain ne parvient pas à exploiter ses potentielles naturelles pour accéder à l'émergence ?

Face à une telle question, le manque de moyen financier a toujours été brandi comme élément de réponse. C'est la raison pour laquelle, le Continent fait appel aux investisseurs étrangers, détenant les moyens financiers et la technologie nécessaires pour exploiter à bien ses richesses naturelles. Il est vrai que le manque de moyen financier constitue, pour les pays africains, un obstacle à l'exploitation de leurs ressources naturelles, mais il n'est pas le seul. Une autre réponse est à chercher dans le mode de gestion de ces dites ressources.

Ainsi, deux sortes de problèmes peuvent se poser dans la gestion de ces ressources naturelles au niveau du Continent africain : si ce sont les États qui se chargent seuls de l'exploitation, l'on est souvent amené à constater une mauvaise répartition des richesses au niveau national. Et si l'exploitation est confiée aux investisseurs, ces derniers sont toujours accusés de se livrer au pillage économique, en complicité avec les gouvernants et au détriment des populations. Dans un cas comme dans l'autre, la conséquence est que l'exploitation des richesses nationales ne favorise pas les conditions de vie des populations. Pourtant, l'objet de cette exploitation était de permettre à ces dernières d'avoir une vie meilleure. C'est face à ce problème de gestion individuelle de leurs ressources naturelles que les États africains ont tenté le regroupement régional divisant le Continent en plusieurs régions. En dépit, de leur prolifération, force est de constater que les regroupements régionaux n'ont toujours pas produit le résultat escompté. Comme le souligne le professeur Narcisse Mouelle Kombi, les expériences

du continent africain en matière d'intégration économique « *ne se sont toujours pas illustrées par un grand coefficient de réussite* »⁴³⁷. Dans pratiquement toutes les Organisations d'intégration régionale, l'exploitation des ressources naturelles n'a pas permis une amélioration des vies des populations. Au contraire, il semblerait même que ces ressources naturelles sont maudites en ce sens que tous les États détenant des matières premières, connaissent une instabilité politique.

Dès lors, puisque les politiques d'attraction des investissements internationaux constituent de nos jours, la pierre angulaire de tout projet de développement dans tous les États africains, et que les pays détenteurs des ressources naturelles constituent les principales cibles des investisseurs étrangers, il est d'autant plus important qu'au-delà de l'intégration régionale, l'Afrique d'une manière générale ait une réglementation harmonisée des investissements, ou encore adopte un droit africain des investissements, réceptacle du droit international des investissements internationaux. Cela commence tout d'abord par une gestion concertée de ses ressources naturelles (A) et la création d'une Cour africaine chargée de régler les différends relatifs aux investissements internationaux (B).

A : Une gestion concertée des ressources naturelles au niveau continental

Selon Sylvie Faucheux et J-F Noël, « *Les principales classes de ressources sont les terres agricoles et foncières et leurs multiples produits et services ; les zones naturelles préservées dans le but esthétique, scientifique ou de loisir, les pêcheries en eau douce ou salée, les ressources minérales, énergétiques et non énergétiques, les ressources d'énergie, solaire, éolienne et géothermiques, les ressources de l'eau...* »⁴³⁸. Cette définition montre clairement que les ressources naturelles sont extrêmement variées. En ce qui nous concerne, il ne s'agira pas ici de faire une classification de celles-ci, mais plutôt de se pencher directement sur la question de la gestion continentale des ressources naturelles au niveau africain.

Cette bonne gestion devrait commencer par une prise de conscience que, matériellement, l'Afrique dispose les moyens fondamentaux pour assurer son développement économique. Ensuite, les États devraient mener des politiques de valorisation de ces ressources naturelles.

⁴³⁷ N.M. KOMBI, « L'intégration régionale en Afrique centrale, entre inter étatisme et supranationalisme », in Hakim Ben Hammouda, Bruno Bekolo-Ebe et Touna Mama (dir), *L'intégration régionale en Afrique, Bilan et perspectives*, Paris, Karthala, 2003, p.205.

⁴³⁸ S. FAUCHEUX et J-F. NOËL, « Economie des ressources naturelles et de l'environnement », Paris, Armand Colin, 1995, p.87.

Pour cela, l'implication des populations semble incontournable, car elles sont, dans la logique des choses, les premières bénéficiaires de l'exploitation de ces ressources. Non seulement elles doivent être prises en compte dans le cadre de la gestion, mais encore, elles doivent y être initiées. Et leur implication constituerait une marque de transparence et d'éthique pour l'action étatique.

Puisqu'il existe une multiplicité d'Organisations d'intégration régionale en Afrique, la gestion concertée des ressources naturelles devraient commencer au niveau de ces Organisations communautaires. En effet, si les différentes Organisations communautaires ont, la plupart, élaboré des réglementations communautaires en matière de gestion des ressources naturelles, le relais devrait être pris au niveau africain. En d'autres termes, les différentes Organisations d'intégration régionales devraient, en matière de ressources naturelles, harmoniser leurs politiques, voire leur réglementation, pour que l'on ait dans toute l'Afrique une vision commune de sauvegarde et de protection des ressources naturelles. Ce qui signifie que les Communautés régionales serviront de leviers pour l'harmonisation continentale des réglementations régionales en matière de ressources naturelles.

Cette vision commune de la gestion des ressources naturelles au niveau continental aura forcément des effets dans le droit des investissements. En effet, elle permettrait aux États d'accueil de l'investissement de se référer à un modèle standard de réglementation des ressources naturelles dans les éventuels TBI qu'ils signent avec les investisseurs étrangers. Et en même temps, cette référence au standard continental en matière de gestion des ressources rendra crédible les États africains d'accueil des investissements vis-à-vis des investisseurs étrangers. Ainsi, dans le cadre de la promotion des investissements, elle permettra aux investisseurs d'être déjà informés d'une réglementation continentale préexistante dans la gestion des ressources naturelles.

Mais, en vérité, cette vision commune de la gestion des ressources naturelles au niveau continental ne peut se réaliser d'abord que dans le cadre des Organisations d'intégration régionale. Celles-ci démontrent à travers leurs Communautés respectives que la gestion des ressources naturelles ne relève plus de la compétence des États mais des organisations auxquelles ils appartiennent. Il s'agira d'admettre que désormais la découverte d'une ressource naturelle en Afrique n'est plus seulement l'affaire d'un seul pays mais d'une Communauté régionale, et par extension du continent tout entier. L'on constate en Afrique, d'une manière générale, que dans la plupart des pays disposant des ressources naturelles, celles-ci sont exploitées au détriment des populations, des fois même au profit d'États étrangers. C'est le cas

de l'exploitation de l'Uranium du Niger. Pendant 40 ans, à travers l'entreprise AREVA⁴³⁹, la France exploite l'Uranium du Niger et est le principal investisseur dans ce pays. Au moment où des millions de bulbes sont éclairées en France par les mines d'Uranium du Niger, la majorité de la population de ce pays n'a pas accès à l'électricité. Il en est de même au Nigéria, où la multinationale française, présente dans ce pays depuis 1962, y extrait 10% de sa production globale du pétrole. Les relations conflictuelles entre Total et les populations locales nigérianes démontrent combien l'activité de la multinationale porte préjudice aux communautés de ce pays.

C'est pourquoi il est d'autant plus opportun que la CEDEAO, Organisation à laquelle sont membres par exemple le Niger et le Nigéria, adopte une politique communautaire et équitable de gestion de ces ressources énergétiques. D'autant plus que les gouvernements de ces pays sont accusés, souvent, de complicité avec ces multinationales dans l'exploitation des ressources énergétiques. Comme l'avait souligné le Directeur du Corner House, Nick Hildyard : *« Des études environnementales sont nécessaires dans tous les territoires où a lieu l'exploitation pétrolière. Les multinationales du pétrole, leurs États d'origine et le gouvernement nigérian portent une lourde responsabilité dans la dévastation sociale et environnementale dans le Delta du Niger »*⁴⁴⁰. Dès l'instant qu'il s'avère que ces pays en développement sont de connivence avec les entreprises étrangères dans l'exploitation du pétrole au détriment des populations locales, le constat de leur incompétence à gérer de manière équitable leurs propres ressources naturelles s'impose. Et c'est là où l'Organisation d'intégration régionale devrait démontrer l'intérêt de son existence. Tant que dans cette sous-région Ouest-africaine, la gestion du pétrole ne cesse pas d'être l'affaire des États, mais plutôt de la Communauté régionale, la pauvreté et l'instabilité politique demeureront. Une multinationale avec un chiffre d'affaires dépassant largement le PIB d'un État, peut facilement orienter ses négociations avec ledit État, en sa faveur dans le cadre de leurs relations économiques. C'est cette situation qui transparaît dans les rapports entre les pays en développement comme ceux de la CEDEAO et les multinationales étrangères. C'est pourquoi il urge que les Organisations d'intégration régionale s'approprient de cette gestion des ressources naturelles, et d'autre part de penser à l'instauration d'un Gouvernement africain de gestion de ces dites ressources.

⁴³⁹ AREVA (Adoption Ressource Exchange de la Virginie) est une multinationale spécialisée dans le domaine de l'énergie.

⁴⁴⁰ Voir le site : www.amisdelaterre.org/ENI-Shell-Total-le-scandale.html pour plus d'amples informations sur l'activité des multinationales du pétrole au Nigéria.

Seulement, la gestion communautaire ou africaine des ressources naturelles ne serait pas suffisante pour permettre à l'Afrique d'avoir une compétence exclusive en matière d'investissements. Pour cela, il faudrait penser à l'instauration d'une Cour africaine de règlement des différends relatifs aux investissements.

B : La nécessité de la création d'une Cour africaine de règlement des différends relatifs aux investissements

L'aspect le plus important du droit des investissements est son contentieux. En d'autres termes, son mode de résolution des différends. C'est pourquoi, comme dans toutes disciplines juridiques, un droit des investissements ne saurait exister sans la mise en place d'un organe chargé de veiller au respect des normes établies par ce droit, et éventuellement de sanctionner leur manquement.

Malgré le fait que l'Afrique soit considérée, par certains, comme un continent « à risque » en matière d'investissements étrangers, force est de constater que, depuis les années 90, les pays du continent ont constitué une ruée des investisseurs étrangers, en signant de nombreux TBI. Cette percée des investissements est due, tout d'abord par la richesse naturelle du continent, mais encore par son espace et sa main d'œuvre locale moins coûteuse.

Seulement, la multiplicité de ces TBI n'ont pas encore produit le résultat escompté en Afrique. D'ailleurs, d'aucuns supposent qu'ils sont plutôt censés protéger les investisseurs étrangers que les États d'accueil de l'investissement, et plus particulièrement les États en développement. Mais encore, toujours d'après cette partie de la doctrine, ces TBI réduisent les investissements intra-communautaires africains et créent un déséquilibre en défaveur des investisseurs locaux.

Face à cette perception de remise en cause de l'efficacité des TBI dans les pays en développement, et vu l'importance de l'investissement dans les projets de développement des dits pays, il semble impératif pour l'Afrique de disposer d'Une Cour africaine chargée de résoudre les litiges relatifs aux investissements. L'instauration de cette Cour permettrait de concrétiser cette ambition de doter le continent d'une compétence en matière d'investissements. Dans l'immédiat, l'objectif de la Cour ne serait pas de se prétendre comme l'unique organe chargé de résoudre les différends entre investisseurs étrangers (hors africains) et les États africains. Dans la mesure où, bien sûr, les raisons de la méfiance des investisseurs étrangers aux juridictions nationales des pays d'accueil sont les mêmes qui seront susceptibles de se produire à l'instauration de cette Cour continentale.

Concrètement, cette Cour africaine chargée de résoudre les différends relatifs aux investissements aura principalement pour objet de trancher les litiges nés des investissements intra-africains. En quelque sorte, elle constituera le parachèvement de l'intégration économique sud/sud. Car, en effet, on ne peut pas parler d'intégration économique sans qu'il y ait des échanges intra-africains, et s'il y'a des échanges, des conflits peuvent éventuellement naître entre États ou entre investisseurs intra-africains et États d'accueil d'investissements. Cette Cour africaine sera chargée de trancher les litiges nés de ces échanges. Ce sont les échanges économiques qui créent les étincelles qui permettent de saisir le juge.

Cependant, la création de cette Cour africaine de règlement des différends relatifs aux investissements devrait innover dans le cadre du contentieux. Une innovation allant dans le sens de légitimer et de rendre crédible la Cour. Dans le mode classique de l'arbitrage des différends relatifs aux investissements, le tribunal est en général composé de trois (3) juges : deux (2) nommés arbitrairement par les parties au différend, et le troisième qui sera le président du tribunal est nommé par les deux précédents arbitres. Et, il faut noter que c'est un tribunal arbitral ad hoc, c'est-à-dire, constitué pour un différend donné et un temps donné. En d'autres termes, dans le mode de règlement des différends portant sur les investissements, la constitution du tribunal est faite après la naissance d'un litige entre l'État et l'investisseur ; le tribunal est constitué uniquement pour un cas d'espèce. D'ailleurs, la temporalité de tribunal et sa constitution sont l'une des raisons pour lesquelles, les parties trouvent de la facilité à contester les sentences rendues. A la longue, c'est la crédibilité de l'arbitrage, d'une manière générale, qui serait en jeu.

Pour rompre ou rendre plus perfectible ce mode de règlement des différends, et en même temps, permettre à l'Afrique de s'adapter, ou mieux de prendre part à l'évolution du droit des investissements internationaux, des réformes s'imposent. Deux nous paraissent importantes ; la première est d'ordre institutionnel et la seconde, procédurale.

Sur le plan institutionnel, si l'investissement international est au cœur de tout projet de développement en Afrique, et que son contentieux fait légion dans le continent, l'instauration d'une Cour africaine, permanente et non ad hoc, de règlement des différends relatifs aux investissements, traduirait l'importance que l'Afrique accorde à ce moteur de développement. En ce sens, le Traité de libre-échange UE/Canada a devancé l'Afrique sur la question de l'instauration d'un Tribunal arbitral permanent en lieu et place des tribunaux ad hoc concernant le règlement des différends relatifs aux investissements. En effet, dans le cadre de l'Accord CETA (*Comprehensive Economic and Trade Agreement*), il faut noter que du côté européen, beaucoup de gouvernements avaient exigé la révision du chapitre portant sur

« l'investissement », sous peine de ne pas ratifier le CETA. C'est ainsi que, contrairement au mécanisme classique de l'arbitrage CIRDI dans lequel la constitution des tribunaux arbitraux est tributaire de la naissance des litiges, le traité CETA entre l'UE et le Canada prévoit l'instauration d'une Cour permanente d'arbitrage.

Sur le plan procédural, comme dans le Traité CETA, l'instauration de cette Cour africaine de règlement des investissements devrait prévoir une procédure d'appel. En d'autres termes, l'innovation procédurale consistera à mettre en place au sein de la Cour, une cour d'appel, permettant les parties au litige, en cas de besoin, de contester les sentences rendues par ladite Cour.

En somme, l'approche euro-canadienne de l'investissement et de son mode de règlement des différends doit servir de référence pour toutes politiques communautaires ou continentales du droit des investissements en Afrique. L'on observe dans le cadre euro-canadien, un effort d'assurer aussi bien la protection des investisseurs que la préservation du pouvoir de réglementation des États. En effet, si l'instauration d'une Cour permanente d'arbitrage et d'une Cour d'appel vont dans le sens du renforcement de la protection des investisseurs, en parallèle, la redéfinition de certaines notions en droit des investissements servira de préserver le pouvoir réglementaire des politiques publiques des États. Dans l'Accord Économique et Commercial Général (AECG) entre l'UE et le Canada, il y est clairement stipulé que : « *Les gouvernements peuvent modifier leurs lois d'une manière qui affecte négativement les investissements ou interfère avec les attentes des investisseurs* »⁴⁴¹. En outre, la flexibilité définitionnelle de la notion d'expropriation indirecte que redoutait tant les États d'accueil de l'investissement a été révisée dans le CETA. Ainsi, l'Accord précise que les mesures légitimes d'intérêt public tels que l'environnement, la sécurité et la santé ne constituent pas une expropriation indirecte, à moins qu'elles soient des mesures manifestement excessives eu égard à leur objectif. Même la notion « d'attentes légitimes » a été redéfinie dans l'Accord ; il y est mentionné qu'elle correspond « *aux situations dans lesquelles une promesse ou une représentation spécifique a été faite par l'État* »⁴⁴².

Telle est la situation dans laquelle se dessine l'avenir du droit des investissements internationaux entre l'Europe et le Canada. L'Afrique devrait s'inspirer de cette nouvelle approche de la matière entre ces deux continents, afin de s'adapter à son évolution. Seulement, il semble important de signaler que l'Europe et le Canada ont déjà réussi un challenge qui est

⁴⁴¹ Article 8 paragraphe 9 de l'AECG entre l'Union européenne et le Canada.

⁴⁴² Article 8 paragraphe 10 de l'Accord précité.

d'abord l'intégration continentale. Ce qui n'est pas le cas des pays africains qui n'ont pas encore complètement mis en place une Organisation d'intégration continentale ayant un véritable mécanisme décisionnel influant directement sur le fonctionnement des États membres. Ce qui signifie que si l'Afrique doit se doter d'un droit des investissements dans son espace, la réussite de son intégration continentale en est la base.

Il conviendrait d'exposer l'utilité de l'Union africaine dans la mise en place du droit continental des investissements, mais avant tout il sera utile de voir son apport dans l'intégration économique Sud/sud.

Paragraphe 2 : L'utilité de l'Union africaine dans la réalisation de l'intégration économique sud/sud

De prime abord, il faut noter que l'Afrique est le premier continent à créer, en 1991, une communauté économique regroupant l'ensemble des États, alors qu'il est le dernier à émerger sur la scène internationale, puisque la majeure partie des pays africains étaient encore des territoires coloniaux au début des années 60⁴⁴³. Par un étonnant paradoxe, ce sont les jeunes États d'un continent nouveau qui osent un pari que les nations les plus anciennes des autres continents n'ont pas osé⁴⁴⁴.

Tout regroupement politique et économique d'États se formalise par la création d'une institution représentant l'ensemble des États concernés. C'est dans cette perspective que l'OUA (l'Organisation de l'Unité Africaine) fut créée par la Charte du 25 mai 1963 à Addis-Abeba (Ethiopie), regroupant les États africains du continent, Madagascar et les Iles voisines de l'Afrique (Ile Maurice, Cap-Vert, Comores, Sao Tome et Principe)⁴⁴⁵. Seulement, depuis le 1^{er} juillet 2002, celle-ci a été remplacée par l'UA (L'Union Africaine)⁴⁴⁶. L'UA est née d'une

⁴⁴³ A. MAHIOU, « La communauté économique africaine », *AFDI*, 1993, pp. 798-819, p. 798.

⁴⁴⁴ Ahmed Mahiou soutient que l'Europe s'est engagée dans une voie moins ambitieuse en se limitant, avec l'accord du 14 février 1992 entre la CEE et l'AELE, à la création d'un espace économique européen sous la forme d'une grande zone de libre-échange entre 19 pays et pour une population de 300 millions d'habitants, *in document précité*.

⁴⁴⁵ AHANHANZO Glele, Maurice (1986). *Introduction à l'OUA et aux Organisations régionales africaines*, Paris, LGDJ, p. 15 et suivantes. GONIDEC, Pierre-François (1996), *Relations internationales africaines*, Paris, LGDJ, pp. 173-174. N'DRE Paul Yao (1996), *Droit des organisations internationales*, Abidjan, Editions PUCI, p. 198. DE BENOIST, Joseph Roger (1979), *La balkanisation de l'Afrique de l'Ouest Francophone* (AOF), Abidjan-Dakar, Nouvelles Editions Africaines, p.283. JOUVE Edmond (1984), *L'Organisation de l'Unité Africaine*, Paris, PUF, p. 284. TALL Seydou Nourou (2015), *Droit des organisations internationales africaines : Théorie générale droit communautaire comparé droit de l'homme, paix et sécurité*, L'Harmattan, pp. 125-135.

⁴⁴⁶ Voir l'Acte Constitutif de l'Union africaine adopté par la 36^{ème} session ordinaire des Chefs d'État et de Gouvernement de l'OUA à Lomé (Togo), 11 juillet 2000, entré en vigueur le 26 mai 2001.

volonté des Chefs d'État africains de dépasser le cadre étroit de l'OUA pour arrimer leur Organisation au contexte sociopolitique du continent africain confronté aux défis de la paix, de la sécurité, de l'intégration, mais encore de la mondialisation économique.

C'est cette dernière dont il sera question dans les développements qui vont suivre. Il s'agira en effet de voir son rôle, ou mieux encore, son utilité dans l'intégration économique sud/sud, d'une manière générale, et en particulier, dans les politiques d'investissements menées au sein du continent africain. L'on peut déjà faire remarquer que l'Union africaine peut constituer un cadre de réalisation de l'intégration économique sud/sud **(A)**. Mais en même temps, si l'on fait le bilan de son activité depuis sa création, l'on peut avoir tendance à affirmer qu'elle constitue un élément facultatif à cette intégration économique sud/sud **(B)**.

A : L'Union africaine, un cadre de réalisation de l'intégration économique sud/sud

Il est vrai que c'est l'engagement des États qui constitue l'élément déterminant pour la réussite de l'intégration économique sud/sud. Ce sont les États qui acceptent de céder une partie de leur souveraineté pour se plier devant une réglementation conventionnelle. Ce sont aussi les États qui établissent dans leur droit interne des règles dont les acteurs économiques (investisseurs) seront obligés de se conformer pour mener leurs activités en toute légalité dans leur territoire. Ces acteurs économiques et les États sont, d'une manière générale, les principaux acteurs de tout développement économique.

Seulement, une intégration économique réussie suppose qu'il y ait une réglementation commune, une seule norme à laquelle se plient l'ensemble des acteurs économiques. Il s'agit d'harmoniser les différentes réglementations des États en la matière pour en faire un droit unique, un droit commun. Cette réglementation uniforme doit, justement, être institutionnalisée. Elle constituera le cadre dans lequel va se réaliser le marché commun, caractéristique de l'intégration économique. L'Union africaine constitue, de ce point de vue, l'incarnation de ce cadre dans lequel devrait se réaliser l'intégration économique sud/sud. Avec le phénomène de la mondialisation⁴⁴⁷ de l'économie, le regroupement continental s'avère être pour les États un

⁴⁴⁷ Il faut noter ici que la Mondialisation est un mot qu'on entend dans tous les contextes et sur tous les terrains : politiques, commerciaux, économiques, financiers, informationnels, culturels. En ce sens, un auteur comme Ph. MOREAU la définit comme : « Une révolution qui bouleverse tous les aspects historiques multiformes qui remodèlent très profondément tout l'ordre mondial, et qui sont toujours en cours » ; Ph. MOREAU, « *L'ordre mondial* », Paris, A. Colin, 3^{ème} éd., 2003. Un autre la considère comme : « L'intensification des interdépendances planétaires dans un nombre croissant de domaines de la vie sociale » ; F. OST, « *Mondialisation, globalisation, uniformisation : s'arracher, encore et toujours, à l'état de la nature* », in *Le droit saisi par la mondialisation*, sous

élément substantiel pour la protection de leurs intérêts. C'est pourquoi l'on constate une multiplicité de regroupements continentaux, et ces derniers ont pour objet de représenter leurs États sur la scène internationale. Aujourd'hui, c'est par ce biais, c'est-à-dire, le regroupement continental que les États européens, à travers l'UE, tentent de nouer des accords commerciaux avec le Canada (CETA) et les États-Unis d'Amérique (TAFTA qui signifie Trans-Atlantic Free Trade Agreement). Donc, on a l'impression que l'avenir des relations commerciales et des accords d'investissements, sera porté par des organisations continentales. En d'autres termes, à la place des accords étatiques, on commence à assister à des accords continentaux de commerce et d'investissements. En ce sens, un auteur a pu dire : « *La multiplication des blocs commerciaux régionaux est donc devenue une des caractéristiques principales des relations internationales au cours de ces dernière décennies* »⁴⁴⁸.

L'Afrique, doit entrer dans cette nouvelle dynamique à laquelle s'orientent les relations économiques internationales, d'autant plus qu'elle constitue la terre de prédilection des investisseurs, compte tenu de ses richesses naturelles. Mais avant cela, un préalable s'impose. L'intégration continentale doit être réussie, et pour cela, il faut une institution forte, détenant le pouvoir d'intervenir dans la vie des États membres, lorsque ces derniers dans leur fonctionnement, portent atteinte aux principes posés par l'institution continentale. En ce sens, il faut noter que dans le but de construire à terme une intégration de plus en plus étroite des peuples et des États africains, l'UA est gouvernée par des principes. D'ailleurs, ce sont des principes traditionnels pour toute organisation tournée vers la paix et la coopération. Pour l'essentiel, ces principes sont les suivants : le règlement pacifique des conflits, l'interdiction de recourir ou de menacer de recourir à l'usage de la force, la non-ingérence d'un État dans les affaires intérieures d'un autre État, la coexistence pacifique et surtout le droit de l'Union d'intervenir dans un État membre (sur décision de la Conférence) en cas de génocide, de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité⁴⁴⁹.

Le tournant que prend le droit des investissements internationaux doit stimuler l'envie pour l'UA de s'impliquer dans cette matière qui constitue, dans les pays en développement et

la direction de Ch. MORAND, *Bruylant*, 2001, pp. 5-36. Un autre auteur encore la définit comme : « Le stade de développement planétaire sans barrières où tout est proche, accessible, où tout communique et où, par conséquent, les solidarités et les interdépendances s'accroissent » ; P. LOROT, « *Dictionnaire de la mondialisation* », *Editions Ellipses*, 2001, p. 309.

⁴⁴⁸ J. MARGIE-LYS, « Arbitrage et protection des investissements internationaux, Volume I : l'apport des traités régionaux et multilatéraux à l'évolution du droit de l'arbitrage et du droit international des investissements », *Editions Universitaires Européennes*, 2011, p. 30

⁴⁴⁹ S.N. TALL, « Droit des organisations internationales africaines : théorie générale droit communautaire comparé droit de l'homme, paix et sécurité », *L'Harmattan*, 2015, p. 129.

même ceux développés, un moteur de développement. Cette implication de l'UA dans les politiques de promotion et de protection des investissements ne nécessitera pas pour l'Organisation continentale africaine de créer, en tout cas dans l'immédiat, son propre droit des investissements. Plus précisément, il ne s'agira pas forcément de voir l'Union détenir une compétence exclusive en matière d'investissements, même si c'est l'idéal. Il s'agira, plutôt, pour l'UA, de se servir d'un de ces principes les plus fondamentaux pour se frayer une place dans la construction et la promotion du droit des investissements. Et ce principe est tout simplement la promotion et la garantie des droits de l'Homme. Pour mieux illustrer cette affirmation une démonstration s'impose : si l'on sait les relations étroites qui existent entre le droit des investissements internationaux et les droits de l'Homme, et que l'on garde à l'esprit l'importance qu'attache l'UA à la promotion et la garantie des droits de l'Homme, l'on constatera, en toute évidence, que l'Organisation continentale pourrait être amenée à jouer un rôle majeur dans les politiques de promotion et de protection des investissements.

En effet, il a été démontré plus haut que si le droit de propriété constitue un droit de l'Homme, le droit de l'investisseur sur son bien constitue, aussi, un droit de l'Homme. D'autre part, dès son acte constitutif, l'UA prend position sur la question des droits de l'Homme en déclarant sa résolution à « *promouvoir et à protéger les droits de l'Homme et des peuples* »⁴⁵⁰ et en s'engageant à fonctionner suivant les principes du « *respect des droits de l'Homme* »⁴⁵¹ et « *du respect du caractère sacro-saint de la vie humaine* »⁴⁵². Il faut juste signaler que cet attachement de l'UA aux droits de l'homme constitue une évolution par rapport à sa devancière⁴⁵³. Cette volonté de l'UA africaine de « *rompre avec le passé* »⁴⁵⁴, s'est conjuguée, au niveau, par la mise en place de nouvelles institutions chargées de protection des droits de l'Homme⁴⁵⁵. Il en est ainsi de la Cour Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples (CADHP), créée dans le cadre de l'OUA et entrée en vigueur en 2004 sous l'égide de l'UA.

Par voie de conséquence et par principe, en ayant à sa disposition une juridiction censée veiller au respect des droits de l'Homme par les États et éventuellement sanctionner leur

⁴⁵⁰ Article 3/h de l'Acte constitutif de l'UA.

⁴⁵¹ Article 4/m de l'Acte constitutif de l'UA.

⁴⁵² Article 4/o de l'Acte constitutif de l'UA.

⁴⁵³ En effet, comparé à la charte de l'OUA qui passait sous silence la question des droits de l'homme et qui affichait une neutralité absolue à l'égard des affaires intérieures des États, l'Acte constitutif de l'UA se distingue par sa consistance en matière de droits de l'homme.

⁴⁵⁴ Cette expression est de M. Halidou Ouédraogo, chef d'État de l'union interafricaine des droits de l'homme, cité par M. FLESHMAN, www.un.fr/frensh/ecosocdev/geninfo/afrec/vol118n02/182humanan_rightsfr.htm.

⁴⁵⁵ C. BEN HAMIDA et K. MEJRI, « L'Union africaine : d'une association d'États à une communauté de valeurs ? », in *Les droits de l'homme ; une nouvelle cohérence pour le droit international ?* Coll. Des 17, 18 et 19 avril 2008, Rafâa Ben Achour et Slim Laghmani (dir), *op.cit.*, pp. 229-248, p. 238.

manquement par ces derniers ; l'UA pourrait connaître des différends portant sur la violation des droits de l'Homme dans le droit des investissements. Seulement, il est important de préciser que sa compétence sera limitée au niveau continental. En d'autres termes, si la CADHP devait être amenée à se prononcer sur la violation des droits de l'Homme dans le cadre des activités d'investissements, ses décisions ne pourraient viser, mis à part les États membres, que les investisseurs intra-africains, et non les investisseurs hors-africains. Certes, si sa compétence ne se limite qu'aux présumés victimes de nationalité des pays membres de l'Union africaine, elle ne favorisera pas, en tout cas directement, une véritable promotion des investissements des ressortissants d'États-tiers à l'UA. Mais, en revanche, rien n'empêche les investisseurs africains de la saisir, lorsque dans le cadre de leurs opérations d'investissements, ils présument que l'État d'accueil a porté atteinte à leur propriété, c'est-à-dire leur investissement. Il faut juste mentionner que cette possibilité de saisine de la Cour par les individus et ONG reste soumise à une certaine condition⁴⁵⁶. Un projet de Protocole adopté en 2014 pourrait transformer cette future structure en « *Cour africaine de justice, des droits de l'homme et des peuples* » avec des compétences en droit pénal international.

La portée limitative de la possible compétence de la Cour africaine de justice aux différends relatifs aux investissements intra-africains, si elle ne fait pas échos hors du continent, constitue, tout de même, une véritable contribution à la construction d'un « droit africain des investissements ». Justement, la construction de ce droit africain des investissements est un passage obligé pour l'implication de l'UA dans l'évolution de la réglementation du droit international des investissements. Ainsi, l'élargissement des compétences de la Cour africaine aux différends relatifs aux investissements intra-africains, au-delà du fait qu'il contribue à « *la fabrication* » du droit africain des investissements, fera renaître l'Organisation continentale. Et en même temps, il permettrait de faire bénéficier à l'Afrique, d'une manière générale, et à ses États, en particulier, une certaine crédibilité vis-à-vis des investisseurs étrangers. Ce serait cette incarnation du droit africain des investissements par l'UA qui fera entrer l'Afrique dans cette nouvelle ère du droit international des investissements, en contribuant à son évolution sur le plan international.

⁴⁵⁶ En effet, tandis que les États parties bénéficient d'un droit de saisine directe de la Cour, l'article 5 paragraphe 3 subordonne la compétence de la Cour de connaître des requêtes individuelles ou d'ONG à la déclaration d'acceptation de la compétence de la Cour faite, préalablement, par l'État mis en cause. L'article 34.6 du protocole relatif à la CADHP fait interdiction à la Cour de recevoir des communications ou de connaître d'une affaire intéressant un État partie si elle n'a pas formellement reçu cette déclaration.

Mais en même temps, il faut reconnaître que l'autorité de l'UA vis-à-vis de ses États membres n'est pas encore complètement acquise, du fait véritablement d'un manque d'engagement véritable des parties. Si l'UA ne parvient pas à asseoir son autorité et affirmer la primauté de son droit sur les droits nationaux de ses États membres, sa contribution à l'édifice de la construction du droit africain des investissements serait une véritable gageure. Le pragmatisme pour les États de la CEDEAO et africains d'une manière générale, serait de démontrer que l'UA constitue un élément facultatif à l'intégration économique sud/sud, mais encore aux politiques de promotion et de protection des investissements étrangers.

B : L'Union africaine, un élément facultatif à l'intégration économique sud/sud

Pour réaliser une intégration économique sud/sud et réussir leurs politiques de promotion et de protection des investissements étrangers, les États de la CEDEAO peuvent se passer de l'UA. En d'autres termes, l'Organisation continentale ne constitue pas un élément incontournable pour l'instauration d'une zone de libres échanges, caractéristique de l'existence d'un marché commun africain.

Deux raisons peuvent être avancées pour justifier cette affirmation selon laquelle, l'UA est un élément facultatif, et de la réussite de l'intégration économique sud/sud et de la construction d'un droit africain des investissements.

La première raison est caractéristique de la nature de l'Organisation continentale même. La succession de l'UA à l'OUA n'a pas apporté de changement majeur dans leur idéologie. Les préoccupations politiques semblent plus peser dans l'Organisation que l'aspect économique, même s'il a été institué au sein de l'UA, une Communauté Économique Africaine⁴⁵⁷(CEA). La création de cette CEA est intervenue, d'ailleurs, suite à ce constat de carence des préoccupations économiques dans l'UA. Pilotée par l'UA, dont les activités pour l'essentiel sont orientées vers les conflits politiques et militaires, la CEA ne saurait émerger et mener une véritable politique économique continentale. En dehors du cercle des spécialistes de l'intégration africaine et de quelques politiques avisés, très peu de personnes (à l'intérieur de l'Afrique comma ailleurs) connaissent l'existence même de ce projet africain d'intégration économique. C'est ainsi que certains auteurs ont considéré : « *A l'étape actuelle de l'histoire de l'Afrique, dominée par les conflits politiques et militaires de toute sorte, la CEA devrait être un organe indépendant à*

⁴⁵⁷ Le 3 juin 1991 avait été signé à Abuja le Traité de la Communauté Économique Africaine (CEA) regroupant 51 des 52 États de l'OUA. Ce Traité entra en vigueur le 12 mai 1994. C'est ainsi qu'il a été réaffirmé et endossé par l'Union Africaine (UA), qui a succédé à l'OUA le 26 mai 2001.

l'intérieur de l'Union Africaine, ou même en dehors, avec son propre secrétariat et au sein duquel se discutent les problèmes économiques et commerciaux du continent »⁴⁵⁸.

La seconde raison, démontrant la possible mise en place de l'intégration économique sud/sud et d'un droit africain des investissements sans nécessairement l'implication de l'UA, est d'ordre structurel. En effet, les États africains d'une manière générale n'ont pas attendu l'Organisation continentale pour s'engager vers une intégration économique. Le Traité instituant la CEA est entré en vigueur en 1994, à un moment où plusieurs communautés économiques régionales (CER) avaient déjà été créées par des traités spécifiques⁴⁵⁹. Ces CER, du point de vue des politiques d'intégration économique, sont beaucoup en avance par rapport à l'UA. Elles ont, la plupart respectivement pour objectif de réaliser une Union économique et monétaire afin de mettre en place un marché commun. Certaines d'entre elles même sont dans un état d'avancement remarquable. L'on peut citer, à ce titre, deux en Afrique de l'Ouest et deux en Afrique centrale. Dans la région Ouest africaine, coexistent la CEDEAO et l'UEMOA qui ont respectivement adopté des schémas de désarmement douanier. La construction de l'Union douanière suppose une zone de libre-échange ou désarmement douanier dans les échanges intracommunautaires et l'établissement d'un tarif extérieur commun dans les échanges extracommunautaires⁴⁶⁰.

Ainsi, dans le cadre de la CEDEAO, certains produits ont été soumis à un régime d'échanges préférentiel (produits du cru⁴⁶¹ et de l'artisanat traditionnel⁴⁶²), alors que d'autres sont régis dans une zone de libre échange (produits industriels). Plus précisément, en ce qui concerne les produits du cru et de l'artisanat traditionnel, l'article 36 paragraphe 2 du Traité dispose : « *Les produits du cru et de l'artisanat traditionnel originaires des États membres de la Communauté ne sont soumis à aucun droit à l'importation et à aucune restriction quantitative au sein de la région. L'importation de ces produits à l'intérieur de la Communauté ne fait pas l'objet d'une compensation pour perte de recettes* ». Toujours dans le cadre de l'établissement de l'Union douanière, l'article 37 du Traité révisé dispose : « *Les États membres*

⁴⁵⁸ M. M. MBENGUE et O. ILLY, « La communauté économique africaine », in *L'Union Africaine : cadre juridique et institutionnel*, Abdulqawi A. YUSUF et Fatash OUGUERGOUZ (dir.), *Pédone*, 2013, pp. 169-181, p. 180.

⁴⁵⁹ S. KARANGIZI, « Les communautés économiques régionales », in *L'Union Africain : cadre juridique et institutionnel*, Abdulqawi A. YUSUF et Fatash OUGUERGOUZ (dir), *op.cit.*, pp. 207-222, p. 207.

⁴⁶⁰ S. N. TALL, « Droit des organisation internationales africaines », *op.cit.*, p. 257.

⁴⁶¹ Les produits du cru sont ceux du règne animal, végétal ou minéral n'ayant subi aucune transformation à caractère industriel.

⁴⁶² Les produits de l'artisanat traditionnel sont des articles faits à la main, avec ou sans l'aide d'outils, d'instruments ou de dispositifs actionnés directement par l'artisan.

conviennent de l'établissement progressif d'un TEC en ce qui concerne tous produits importés dans les États membres et en provenance de pays tiers, conformément au calendrier proposé par le Département de la Commission Commerce, Douanes, Fiscalité, Statistiques, Monnaie et Paiements. Les États membres s'engagent à supprimer, conformément à ce programmes les différences qui existent entre leurs tarifs douaniers extérieurs. Les États membres s'engagent à appliquer la nomenclature douanière et statistique comme adoptée par le Conseil ».

Au niveau de l'UEMOA également, le désarmement douanier est prévu à l'article 76 a) du Traité, qui dispose entre autres en vue de la mise en place d'un marché commun, l'Union doit atteindre l'objectif de *« l'élimination, sur les échanges entre les pays membres, des droits de douanes, des restrictions quantitatives à l'entrée et à la sortie, des taxes d'effet équivalent et de toutes autres mesures d'effet équivalent susceptibles d'affecter lesdites transactions, sous réserve du respect des règles d'origine de l'Union qui seront précisées par voie de protocole additionnel... »*⁴⁶³.

Tout compte fait, les Communautés économiques africaines ont démontré de par leurs politiques, et pour certaines de par leur ambition en tout cas, qu'elles peuvent construire un marché commun dans leurs espaces régionaux respectifs. Ce qu'il faudrait cependant, c'est d'harmoniser ou mieux uniformiser ces différents marchés communautaires afin de créer un marché africain dont les règles primeraient sur l'ensemble des espaces régionaux. C'est ce que préconisent certains auteurs qui considèrent que les Organisations régionales sont le point de départ du processus de coopération puis d'intégration et il convient donc d'encourager leur multiplication et leur consolidation, en privilégiant les aspects économiques ou techniques et en tenant compte des solidarités et spécificités de chaque ensemble⁴⁶⁴.

Si toutes ces Communautés économiques régionales fonctionnent en harmonie, l'intégration économique sud/sud pourrait se réaliser sans nécessairement l'implication de l'UA. Cette intégration économique sud/sud ratifierait le terrain pour l'instauration d'un droit africain des investissements piloté et porté par l'UA au niveau de la scène internationale.

⁴⁶³ Article 76 paragraphe a) du Traité de l'UEMOA révisé du 29 janvier 2003.

⁴⁶⁴ Cette thèse s'oppose à une autre selon laquelle les Organisations régionales ne sont que la reproduction des divisions de l'Afrique, particulièrement celles de la période coloniale et post-coloniale qui a balkanisé le continent ; il faut non seulement s'abstenir de créer de tels regroupements, mais remettre en cause et dissoudre les organisations existantes qui constituent des obstacles à l'unité continentale.

Conclusion du Chapitre 2 du Titre 2

Pour repousser ses limites dans la protection communautaire des investissements étrangers, la CEDEAO devrait s'atteler sur certaines priorités. Ces priorités portent sur l'harmonisation communautaire des législations des États membres en matière d'investissement, d'une part, et d'autre part, une implication de l'Union africaine dans les politiques de promotion et de protection des investissements étrangers des organisations régionales.

Cette harmonisation communautaire des législations des États membres en matière d'investissement nécessite un préalable qui semble incontournable : il s'agit de l'attribution à la CEDEAO d'une compétence spécifique en matière d'investissement. Il existe, dans cette perspective, un projet d'élaboration d'un code communautaire des investissements dans l'espace régional, en cours. Mais une mesure qui pourrait être déterminante à ce propos, et qui, d'ailleurs, a été suggérée dans cette étude c'est d'inclure dans les TBI signés par les États membres de la communauté une clause de saisine préalable de la Cour de justice de la CEDEAO avant tout pourvoi devant un tribunal arbitral international par l'investisseur étranger. Ceci permettrait à la Cour communautaire de s'acclimater avec le système de règlement des différends relatifs aux investissements internationaux. L'outil de réalisation de cette harmonisation des législations des États membres n'est autre que le droit. Celui-ci devrait être mis en œuvre pour, non seulement, permettre l'instauration de l'État de droit dans les États de la région, mais encore, rendre effective la primauté du droit communautaire sur les droits nationaux des États membres. Ce rôle du droit semble incontournable pour toute tentative d'harmonisation des législations des États de la CEDEAO, mais encore, elle est nécessaire dans une éventuelle attribution à celle-ci d'une compétence en matière d'investissements.

Par ailleurs, une autre priorité pouvant pallier les limites de la CEDEAO dans la protection des opérateurs économiques pourrait être l'implication de l'UA dans les politiques d'investissements développées dans le continent. À ce propos, deux mesures ayant un lien avec les investissements pourraient être pilotées par l'UA : d'une part, une gestion concertée des ressources naturelles au niveau continental, et d'autre part, la création d'une Cour africaine de règlement des différends relatifs aux investissements intracommunautaires. Cette implication de l'organisation continentale dans les politiques d'investissements communautaires, ne peut cependant, se réaliser que dans une réelle intégration économique Sud/Sud. L'analyse du processus d'intégration économique Sud/Sud a révélé, par ailleurs, que si l'UA constitue un cadre de réalisation d'une intégration continentale, elle en est, en même temps, un élément

facultatif. Plus explicitement, l'effectivité des intégrations régionales conduirait à une intégration économique Sud/Sud, sans forcément l'implication de l'UA. En termes plus clairs, l'institution continentale demeure un élément facultatif à la réalisation du marché continental.

Conclusion du Titre 2 de la première partie

Il était ici question de mesurer le degré d'efficacité de la protection communautaire des investissements étrangers dans l'espace CEDEAO. L'analyse a révélé que, bien qu'existante, la protection que procure le droit de l'organisation régionale ouest-africaine aux investissements étrangers n'est pas des plus attendues. Autrement dit, la sécurisation des investissements internationaux par le droit communautaire de la CEDEAO souffre de limites. Limites qui sont, d'une part, d'ordre institutionnel, et d'autre part, d'ordre technique.

Il a été dit que les limites institutionnelles peuvent être situées au niveau du système de représentation internationale de la communauté qui révèle quelques incohérences dans l'exercice des relations extérieures de l'institution régionale. Mais encore, elles résultent également, - ces limites institutionnelles -, des objectifs différends que poursuivent respectivement le droit communautaire et le droit international des investissements. Pour ce qui est des limites techniques, elles proviennent de l'inexistence de certaines dispositions substantielles des TBI et TMI dans les textes communautaires ; mais aussi, de l'inefficacité des cours communautaires en matière de règlements des différends relatifs aux investissements.

Toutefois, ces limites peuvent être repoussées si, et seulement si, l'organisation régionale s'attèle à certaines priorités. Deux de celles-ci ont été relevées : il s'agit d'abord d'une harmonisation communautaire des législations des États membres de la CEDEAO en matière d'investissements, et ensuite, d'une réelle implication de l'Union africaine dans la politique de promotion et de protection des investissements étrangers dans le continent.

Conclusion de la Première partie

La première partie de cette thèse a consisté à démontrer les capacités de la CEDEAO à apporter une protection des investissements étrangers dans son espace.

La première remarque de départ qui s'est heurtée à la réflexion c'est le constat selon lequel, la réglementation de l'investissement étranger ne constitue, en principe, pas une compétence expressément dévolue à l'institution communautaire ouest-africaine. La vocation essentielle de la CEDEAO c'est, en effet, d'instituer une union économique et monétaire dans son espace qui regroupe l'ensemble des États membres. Il n'a jamais été consacré à l'organisation régionale une quelconque compétence en matière d'investissements internationaux, en l'occurrence les investissements réalisés par des ressortissants d'États tiers.

Néanmoins, il a été décelé, à l'analyse, que les instruments par lesquels la communauté réalise son intégration économique et monétaire peuvent, indirectement, constituer une protection des investissements de ressortissants d'États non membres à la CEDEAO. Deux catégories de ces instruments ont été mises en exergue, à ce titre :

Il y a les instruments internes à l'organisation régionale qui sont constitués, d'une part, par les règles d'édification du marché commun et, d'autre part, par les politiques d'incitation économiques et juridiques et des États membres et de la CEDEAO elle-même.

Il y a, par ailleurs, les instruments externes à l'institution communautaire qui, contrairement aux instruments internes, ne sont pas secrétés par la CEDEAO. Ce sont en effet des dispositifs normatifs non produits par l'organisation régionale, mais qui exercent une certaine influence sur celle-ci. Il s'agit, en quelque sorte, d'engagements auxquels la CEDEAO a souscrit. Deux de ces instruments externes ont été également mobilisés pour démontrer qu'ils peuvent servir d'appui dans la protection communautaire des investissements étrangers dans cet espace ouest-africain. La première catégorie a une portée universelle, il s'agit en l'occurrence des instruments relatifs à la protection des droits de l'Homme. La seconde, relève des relations de coopération extérieure de la CEDEAO, c'est la coopération UE/ACP qui a été visée.

Cependant, à l'analyse du degré d'efficacité de la CEDEAO dans la sécurisation des biens opérateurs économiques étrangers, force a été de constater qu'elle souffre de certaines limites ; limites qui peuvent être d'ordre institutionnel et d'ordre technique. Néanmoins, il a été relevé que ces insuffisances de la CEDEAO en matière de protection des investissements de ressortissants d'États tiers, pourraient être repoussées, voire atténuées, si l'organisation régionale s'attèle sur certaines priorités. Tout d'abord, il importe, en effet, pour celle-ci de

procéder à une harmonisation communautaire des législations de ses États membres en matière d'investissements. Mais, il a surtout été suggéré d'inclure dans les TBI signés par les États de la communauté une clause de saisine préalable de la cour de justice dans tout contentieux relatif aux investissements. D'autre part, l'implication de l'Union africaine dans les politiques de promotion et de protection des investissements réalisés dans le continent pourrait constituer un appui déterminant aussi bien pour toutes les communautés régionales africaines que les États du continent dans leurs politiques d'investissements.

Mais, à ce stade de l'analyse, une évidence s'impose : compte tenu, d'une part, de la nature des règles du droit communautaire, et d'autre part, des spécificités du droit conventionnel des investissements, les limites de la protection communautaires des investissements ne peuvent être que pondérées, et non éradiquées. Le droit communautaire a été conçu, en effet, dans une optique de libéralisation, tandis que le droit des investissements s'inscrit dans une logique de protection. Dans ces conditions, il importait de recourir à un droit plus protecteur que le droit communautaire. C'est le droit international général qui s'est révélé, en beaucoup d'aspects, détenir les mécanismes les mieux adaptés dans la sécurisation des biens des opérateurs économiques en territoire étranger. Outre, la primauté du droit international général sur les droits nationaux des États membres, l'essentiel des dispositions des TBI, donc du droit conventionnel de l'investissement provient du droit international. Il s'en suit dès lors que la protection communautaire, mais limitée du droit régional de la CEDEAO pourrait être complétée par les règles du droit international général. C'est dans cette perspective qu'il sera exposé dans la seconde partie de ce travail : le concours du droit international général dans la protection communautaire des investissements étrangers dans l'espace CEDEAO.

PARTIE 2 : LE CONCOURS DU DROIT INTERNATIONAL GENERAL DANS LA PROTECTION COMMUNAUTAIRE DES INVESTISSEMENTS ETRANGERS DE L'ESPACE CEDEAO

S'il est vrai que l'essentiel des dispositions conventionnelles du droit des investissements provient du droit international et que l'ordre juridique de celui-ci prime sur l'ordre juridique des États de la Communauté, il peut donc raisonnablement être soutenu que le droit international général pourrait constituer un apport conséquent dans la protection communautaire des investissements étrangers dans l'espace CEDEAO. De plus, la protection que présente cette dernière s'est révélée limitée, voire insuffisante, si tant que la sécurisation complémentaire du droit international, sur les opérations économiques étrangères réalisées dans cet espace communautaire, ne peut paraître que de bonne venue.

Faudrait-il juste rappeler que les investissements étrangers se réalisent par des contrats, dénommés contrats d'État, que des personnes privées étrangères signent avec des États autres que leurs États d'origines. Comme tout contrat, ces contrats d'investissements conclus dans l'espace régional ouest-africain, sont nécessairement encadrés par un droit. Quel que soit le degré de protection que la CEDEAO et ses États membres peuvent accorder aux investisseurs étrangers, force est d'admettre que ces derniers préféreront toujours recourir à un droit autre que ceux des États membres et de l'organisation régionale. Inversement, aussi bien les États membres de la CEDEAO et la communauté économique régionale n'accepteront également de se référer aux législations des États d'origine des investisseurs étrangers dans ces contrats d'investissements.

Face à cette méfiance réciproque pour leurs législations respectives, les parties (investisseurs étrangers et États d'accueil/CEDEAO) seront obligées de se tourner vers un droit "neutre" devant régir leurs contrats d'investissements. Autrement dit, dans cette perspective, ce serait un droit autre que le droit de l'État d'origine des investisseurs et de celui des États de la CEDEAO ou même de l'organisation communautaire qui s'appliquerait aux contrats d'investissements dans l'espace communautaire. Ce droit, dans tous les cas, doit primer sur les droits des parties au contrat d'investissements, c'est-à-dire un droit s'imposant au droit de l'État d'accueil et de celui de l'État d'origine de l'investisseur. Il s'est avéré que les contrats d'investissements constituent des contrats d'État ; par voie de conséquence, c'est le droit international qui s'y applique. En plus, le fait de considérer que le droit international des investissements constitue une protection subsidiaire, voire complémentaire de celle de base

existant dans la CEDEAO, démontre à suffisance que le droit censé régir les rapports entre investisseurs étrangers et États d'accueil ne peut être que le droit international.

Dès lors, la question qui se pose est celle de savoir quels sont les mécanismes par lesquels le droit international général apporte une protection subsidiaire (supplémentaire) des investissements étrangers par rapport à celle existant dans la CEDEAO ? D'une manière générale, quelles sont les règles du droit international s'appliquant dans le droit des investissements internationaux ?

L'on peut relever qu'il existe des instruments juridiques internationaux (**Titre 1**) et des mécanismes procéduraux (**Titre 2**), par lesquels le droit international général contribue au renforcement de la protection des investissements étrangers dans l'espace CEDEAO.

Titre 1 : Les instruments internationaux de protection des investissements étrangers

Le développement manifeste des activités d'investissements au niveau mondial au cours du XXème siècle a été tel qu'il nécessitait de penser au renforcement de la protection des investisseurs étrangers dans les pays d'accueil. Il fallait élaborer des instruments qui ne se limitent pas à la seule référence du droit interne de l'État d'accueil de l'investissement. En d'autres termes, l'objectif était de soustraire aux investisseurs étrangers la seule application du droit de l'État souverain et hôte.

Ainsi, au niveau international deux phénomènes ont été pensés afin d'apporter une protection efficace des investissements étrangers. Le premier constitue une latitude offerte à l'investisseur de bénéficier d'une Convention liant son État d'origine à son État d'accueil, et ayant pour objet une protection réciproque des investisseurs ressortissants des deux États sur le territoire de chacune des parties : il s'agit des actes juridiques internationaux et conventionnels de protection des investissements étrangers (**Chapitre 1**). Le second phénomène toujours dans le même objectif de protection de l'investisseur, est l'œuvre du droit international économique. L'on peut même dire qu'ils constituent le contenu du premier phénomène. En droit des investissements, ils ont pour nom les standards de traitements des investissements étrangers (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 : Les actes juridiques internationaux et conventionnels de protection des investissements étrangers

Un acte juridique est un acte volontaire, spécialement accompli en vue de produire des effets de droit. D'une manière générale, dans la plupart des différentes disciplines juridiques, il est opéré une classification des actes juridiques.

En droit administratif, on distingue les actes juridiques unilatéraux des actes juridiques plurilatéraux. Ainsi, la décision prise par le préfet d'attribuer la nationalité française à un ressortissant d'État tiers constitue un acte juridique unilatéral dont l'effet de droit est de modifier la situation juridique de son destinataire. En outre, un contrat passé entre l'Administration et une entreprise pour la construction d'une école publique constitue un acte juridique bilatéral (ou contrat administratif) dont l'effet de droit est de produire des droits et obligations vis-à-vis des deux parties, c'est-à-dire de l'Administration et son cocontractant.

En droit des obligations, le contrat se distingue de l'acte juridique unilatéral qui est l'œuvre d'une seule volonté, l'exemple typique est le testament. Il se distingue aussi de l'acte juridique collectif qui, contrairement au contrat, est susceptible de s'imposer à des personnes qui n'y ont pas participé : ainsi, dans une société anonyme, le vote majoritaire de l'assemblée des actionnaires, qui engage la minorité.

Enfin en droit international des investissements, l'on peut citer comme actes juridiques : les contrats d'État, les traités bilatéraux d'investissements et les traités multilatéraux d'investissements. Contrairement aux autres disciplines précitées, l'on constate qu'en droit international des investissements, ces actes juridiques sont des actes juridiques internationaux qui, au moins, lient deux parties. Ils ont généralement pour objet de promouvoir l'investissement international en assurant une protection des biens des investisseurs dans les pays d'accueil.

Au demeurant, il faut relever que ces trois catégories d'actes juridiques (contrats d'État, Traités multilatéraux d'investissements et Traités bilatéraux d'investissements) ont contribué respectivement et à différents égards à l'évolution du droit international des investissements. Ainsi, si la notion de contrat d'État a posé les jalons d'un vaste débat doctrinal sur l'internationalisation du droit des investissements (**Section 1**), les traités bilatéraux et multilatéraux d'investissements ont rendu plus efficace la protection des investissements étrangers dans les pays d'accueil (**Section 2**).

Section 1 : L'internationalisation du droit des investissements par la notion de contrats d'État

La notion de contrat d'État, contrat d'investissement (international), contrat économique international, ou encore « accord de développement économique » est un contrat conclu entre un État sujet de droit international et une personne privée étrangère. Généralement, on le distingue des contrats passés par l'État-Administration qui sont conclus dans l'ordre juridique interne et sont soumis au droit interne de l'État ; il en est ainsi du droit des contrats administratifs⁴⁶⁵. Elle (la notion de contrat d'État) renvoie donc aux rapports contractuels entre un État souverain et une personne privée étrangère.

Ce qu'il faut remarquer c'est que le sens donné au mot « État » n'est pas le même selon que l'on se situe dans une perspective interne ou dans le domaine international. C'est comme si la personnalité de l'État varie en fonction de ses relations internes et internationales. A ce propos, le professeur Pierre Mayer, pour distinguer « *État souverain et État-Administration* » affirmait : Lorsque l'on évoque les relations entre un citoyen et l'État - qu'il s'agisse de l'obligation de payer des impôts, de la responsabilité de l'État pour le mauvais fonctionnement du service public de la justice ou de la police, ou encore du droit pour un fonctionnaire d'obtenir le paiement de son traitement – le mot État est pris au sens d'« appareil d'État » ou d'Administration. Il ne constitue que l'élément de « gouvernement » dont la coexistence avec deux autres éléments (la population et le territoire) formera ce qui, au sens des internationalistes de droit public, est l'État. Et le professeur Mayer de préciser que « *lorsqu'un entrepreneur français déplore la place excessive (selon lui) que prend l'État, en France, dans le fonctionnement de l'économie, et qu'il se réjouit par ailleurs de la place occupée par la France dans l'économie mondiale, il ne parle pas à chaque fois de la même chose. Dans le premier cas, il se situe dans le cadre interne et ressent l'État comme distinct de lui-même, voire en conflit avec lui ; il se plaint de l'État-Administration. Dans le second cas, il envisage l'État français, en opposition avec d'autres États, donc dans le cadre international ; de cet État-là il est, ne serait-ce que pour un faible part, un élément constitutif ; il ne voit plus en lui l'Administration qui le persécute, mais la nation à laquelle il appartient* »⁴⁶⁶. Il semble donc que dans la sphère interne, le concept opératoire est celui de l'Administration ; c'est cette

⁴⁶⁵ Ch. LEBEN, « Quelques réflexions théoriques à propos des contrats d'État », in « *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle : à propos de 30 ans de recherche du CREDIMI* », Mélanges en l'honneur de Philippe KAHN, Litec-CREDIMI, 2000, pp.119-175, p.119.

⁴⁶⁶ P. MAYER, « La neutralisation du pouvoir normatif de l'État en matière de contrats d'État », *JDI*, 1986, Tome 1, pp. 5-78, p. 9.

dernière qui entre en rapport juridique avec les particuliers, et qui constitue le sujet de droit administratif. En revanche, dans la sphère internationale, c'est le concept d'État souverain dans toute sa dimension qui est mobilisé. Le sens du mot « État » est donc un élément déterminant dans la définition de la notion de contrat d'État.

Cependant, pour mieux comprendre le rôle joué par les contrats d'État dans l'internationalisation du droit des investissements internationaux, c'est sur la question du droit applicable à ces dits contrats qu'il faut se pencher. Des réponses ont été apportées ; c'est ainsi que d'une manière générale, c'est le droit international qui a été considéré comme droit applicable aux contrats d'État (**Paragraphe 1**). Mais, une partie de la doctrine du droit international des investissements réfute l'applicabilité du droit international aux dits contrats (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : L'applicabilité du droit international dans les contrats d'État

Déjà les expressions telles que « *internationalisation des contrats d'État* », « *internationalisation du droit des investissements* », « *droit international des investissements* », « *droit des investissements internationaux* », « *contrats internationaux* » et « *contrat d'État* » renseignent suffisamment sur la place qu'occupe le droit international dans les contrats d'États (ou contrats d'investissements), et plus généralement dans l'évolution du droit international des investissements. Cette imprégnation du droit international dans les rapports contractuels entre les personnes privées étrangères et les États d'accueil de l'investissement est d'une importance telle que d'aucuns considèrent que le droit international des investissements constitue une branche du droit international général. Ce qui est donc sûr c'est que l'on ne peut pas enlever du droit des investissements le droit international.

Dès lors quels sont les mécanismes par lesquels le droit international s'intègre dans le droit des investissements de sorte que l'on puisse conclure à l'applicabilité de celui-ci dans celui-là ?

Il ressort de l'observation de la pratique des contrats d'investissements entre les États d'accueil de l'investissement et les personnes privées que ces dernières ont la possibilité, en cas de litige, d'attirer leur partenaire étatique devant un tribunal arbitral international. En outre, les contrats, d'une manière générale, comportent un principe unanimement reconnu qui est celui du respect de l'autonomie de la volonté. En ce sens, conformément à ce principe, en matière de contrats d'État, les parties ont la latitude de choisir le droit international comme droit applicable à leurs contrats.

Ce qui fait que, la possibilité pour la personne privée d'attirer l'État devant une juridiction internationale (A) combinée avec le fait que les parties aux contrats d'État (État d'accueil/investisseurs étrangers) peuvent, conformément au principe de l'autonomie de la volonté, choisir le droit international comme droit applicable à leurs contrats (B), permettent de conclure à l'applicabilité du droit international général aux contrats d'États.

A : La possibilité de saisine d'une juridiction internationale par la personne privée

Le phénomène le plus marquant sur l'internationalisation des contrats d'État est la possibilité de saisine d'une juridiction internationale par la personne privée en cas de litige avec son partenaire étatique. L'apparition de l'individu sur la scène internationale, ou plus précisément sa présence dans un contentieux international n'est pas une nouveauté. L'individu a toujours eu à répondre à des obligations internationales, obligations auxquelles un manquement engage sa responsabilité internationale. Une responsabilité se traduisant exclusivement par une condamnation pénale. En d'autres termes, l'individu est destinataire d'obligations du droit international pénal et que la violation de celles-ci peut le conduire à être jugé par des tribunaux internationaux, comme ceux pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda, ou par une Cour pénale internationale issue de la Convention de Rome de 1998⁴⁶⁷.

Dans le droit des investissements ou plus exactement des contrats d'État, l'individu n'est plus seulement destinataire d'obligations internationales. Il acquiert, dans ceux-ci, la possibilité de traduire l'État devant un tribunal pour engager sa responsabilité. En effet, dans les contrats d'État, comme dans tout contrat, sont prévues des clauses de règlements des différends lorsque surgit un litige entre les deux parties, c'est-à-dire entre l'État d'accueil de l'investissement et la personne privée qui est l'investisseur étranger. Mis à part la conciliation qui constitue la première étape de résolution des différends, l'arbitrage demeure le mode privilégié de règlement des litiges dans ces contrats. Ainsi, la personne privée peut, conformément à la clause

⁴⁶⁷ Sur la Cour pénale internationale, voir Ph. WECKEL, « La Cour pénale internationale, présentation générale », *RGDIP*, 1998, pp. 983-993 ; J-F. DOBELLE, « La Convention de Rome portant statut de la Cour pénale internationale », *AFDI*, 1998, pp. 356-369. Pour une étude générale voir R. MAISON, « La responsabilité individuelle pour crime d'État en droit international public. De la sanction pénale des individus par les juridictions internationales », thèse Paris II, 2000. Cet auteur, en effet, défend une interprétation restrictive de la responsabilité pénale de l'individu qui n'existerait que lorsque la personne agit en qualité d'organe étatique *de jure* ou *de facto*. Pour une opinion contraire, voir par exemple H. LAUTERPACHT, « A soldier who, for the satisfaction of private gain or lust, is guilty of murder or plunder in occupied territory, generally, in the theatre of operations, is guilty of a war crime *jure gentium* ». Ce n'est qu'en deuxième temps que Lauterpacht examine le cas des individus agissant en tant qu'organe de l'État, « The Subjects of the Law of Nations », *Law Quarterly Review*, 1948, p. 106.

compromissoire de règlement des différends contenue dans le contrat, saisir un tribunal arbitral international sous l'égide du CIRDI.

Le juriste austro-américain Hans Kelsen défendait que la possibilité pour le droit international de mettre directement à la charge des personnes privées des obligations et d'investir celles-ci de droits qu'elles peuvent faire valoir devant des tribunaux internationaux, traduit effectivement l'état du droit international positif⁴⁶⁸.

Une fois admis que les particuliers peuvent avoir accès aux tribunaux arbitraux internationaux, la question à laquelle il importe, dès lors, de répondre est celle de savoir si ces derniers peuvent être considérés comme des juridictions internationales ? Il importe juste préciser que l'on désigne actuellement par les expressions tribunaux « mixtes » ou tribunaux « transnationaux » ces tribunaux constitués pour trancher des litiges entre États et particuliers, principalement dans le domaine des investissements internationaux⁴⁶⁹.

En ce qui concerne les tribunaux CIRDI, il importe de rappeler que ce sont des tribunaux constitués sur la base d'un Traité international, dont la procédure elle-même prévue par ce traité, des tribunaux qui appliquent le droit international, des tribunaux qui traitent des questions internationales et qui disposent de recours spécifiques établis par le traité⁴⁷⁰. Seulement, il faut relever que tout tribunal constitué sur la base d'un Traité n'est pas forcément une juridiction internationale. Il existe, en effet, des tribunaux constitués par traité et qui pourtant sont des juridictions internes. C'est le cas, essentiellement, dans l'hypothèse d'un traité mettant en place une fédération. Ainsi, Von der Heydte a pu dire que : « *Presque toutes les constitutions fédérales nous apparaissent d'abord comme étant des traités de droit international public. Mais dès que la fédération a été réalisée, le traité qui était jusqu'alors un élément du droit international public change de nature* »⁴⁷¹.

⁴⁶⁸ KELSEN, « Théorie générale du droit et l'État », Paris, LGDJ, 1996, pp. 394-396.

⁴⁶⁹ St. J. TOOPE, « Mixed International Arbitration. Studies in Arbitration between States and Private Persons », Cambridge, Grotius Publications Ltd., 1990.

⁴⁷⁰ Ch. LEBEN, « Quelques réflexions théoriques à propos des contrats d'État », in Mélanges en l'honneur de Philippe KAHN, *op.cit.*, p. 145.

⁴⁷¹ Von Der HEYDTE, « L'individu et les tribunaux internationaux », Recueil des cours de la Haye, 1962/III, pp. 297-357, p. 309. Selon Charles LEBEN, l'auteur raisonne à la fois sur les « constitutions fédérales et confédérales », et c'est une erreur. Pour ce dernier, il n'y a pas de Constitution (au sens interne du terme) dans une confédération car celle-ci ne constitue pas un État. Le traité fondateur de la confédération reste un traité. V. KELSEN, Théorie générale du droit et de l'État, Paris, LGDJ, 1997, pp. 365-372. Toujours pour Ch. LEBEN, le traité fondateur d'une fédération lui se transforme en constitution interne du nouvel État. Voir L. LE FUR, « État fédéral et confédérations d'États, thèse Paris, 1986, reprise Université Panthéon-Assas, Paris II, 2000, pp. 564-589 et plus récemment Ch. EISENMANN, Cours de droit administratif, Paris, LGDJ, 1982, t.1, p. 429.

Cependant, en dehors de ce cas très spécifique, il existe une forte présomption qu'une juridiction créée par un traité soit effectivement une juridiction internationale. C'est en ce sens que Ch. Rousseau s'exprimait en ces termes : « *Le critère véritable de la nature d'un tribunal est d'ordre formel et réside dans l'acte qui est à la source de sa création et de ses pouvoirs : c'est l'existence d'un traité international qui constitue à cet égard le critère décisif* »⁴⁷². En outre, la spécificité d'une juridiction est caractérisée par le droit qui s'y applique. Et pour certains, une juridiction internationale est une juridiction qui applique le droit international, et si elle statue à partir du droit interne, elle n'est pas une juridiction internationale⁴⁷³. D'autres auteurs, en revanche, ne souscrivent pas à cet argument et soutiennent qu'il est impossible de refuser le caractère international à un tribunal pour la seule raison qu'il met en œuvre certaines règles du droit interne. L'on peut objecter à la première thèse en faisant remarquer le fait pour des tribunaux internes d'appliquer le droit international, pratique tout à fait courante, n'en fait nullement des juridictions internationales⁴⁷⁴.

Pour ce qui est concrètement des tribunaux arbitraux CIRDI cependant, c'est à l'article 42 §1 de la Convention de Washington qu'il faut se référer pour déterminer le droit applicable dans ces tribunaux. Selon cet article, soit « *le Tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties* » Soit, « *faute d'accord entre les parties, le Tribunal applique le droit de l'État contractant partie au différend- y compris les règles relatives aux conflits de lois – ainsi que les principes de droit international en la matière* ». Deux observations peuvent être tirées de cet article 42 §1 de la Convention de Washington :

Premièrement, ce qui est sûr c'est que d'une manière très générale, dans un contrat d'investissement entre un État et un investisseur étranger, aucune des deux parties n'acceptera, dans l'éventualité d'un contentieux, de se soumettre au droit de l'autre partie. Et si, ni le droit de l'État d'accueil, ni le droit national de l'État d'origine de l'investisseur étranger ne peuvent être adoptés, ce n'est que le droit international qui reste comme ultime option.

Secondement, la deuxième phrase de l'article 42 §1 implique si par faute d'accord entre les parties, le Tribunal applique le droit de l'État contractant partie au différend, il ne peut le faire que si ce droit de l'État d'accueil est en parfaite conformité avec le droit international public. En d'autres termes, l'engagement de l'État vis-à-vis de l'investisseur est régi, en

⁴⁷² Ch. ROUSSEAU, « Droit international public », Paris, Sirey, 1983, t. V p. 382.

⁴⁷³ Voir Chr. PHILIP et J.Y. de CARA, « Nature et évolution de la juridiction internationale », in *La juridiction internationale permanente*, colloque SFDI de Lyon, Paris, Pedone, 1987, pp. 3-43.

⁴⁷⁴ Selon le professeur Ch. LEBEN, le problème se pose différemment en droit communautaire, v. A. BARAV, « La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire », in *L'Europe et le droit*, Mélanges en l'honneur de J. Boulouis, Paris, Dalloz, 1991, pp. 1-20.

dernière instance, par le droit international. À ce propos, la sentence du Tribunal arbitral dans l'affaire *Amco Asia c/ Indonésie* du 31 mai 1990 est tout à fait illustrative. Selon le Tribunal :

« L'article 42 (1) se réfère à l'application du droit de l'État d'accueil et du droit international. S'il n'existe aucune disposition pertinente du droit de l'État d'accueil sur une question, il convient de rechercher les dispositions pertinentes du droit international. S'il existe des dispositions applicables du droit de l'État d'accueil, elles doivent être appréciées au regard du droit international qui prévaut en cas de conflit. Ainsi, le droit international est pleinement applicable et qualifier son rôle de "seulement complémentaire et correctif" est une distinction vaine. En toute hypothèse, le Tribunal estime que sa tâche est d'apprécier toute prétention juridique dans cette affaire d'abord au regard du droit indonésien et ensuite au regard du droit international »⁴⁷⁵.

Ce qui revient à dire que le droit international constitue non seulement le droit essentiel qui s'applique dans les Tribunaux CIRDI, mais encore qu'il est celui qui régit les investissements internationaux.

En définitive, l'on peut noter que l'article 42 §1 de la Convention de Washington de 1965 offre à la personne privée qui est l'investisseur la possibilité de saisir une juridiction internationale telle les Tribunaux CIRDI dans leurs contrats d'investissements avec les États d'accueil. Cela constitue l'une des modalités d'application du droit international dans les contrats d'État à côté d'une autre : c'est-à-dire la possibilité pour les parties aux contrats d'État, conformément au principe de l'autonomie de la volonté, de choisir le droit applicable à leurs relations.

⁴⁷⁵ Voir Clunet, 1991, pp. 173-188, p. 176. Pour la doctrine, v. A. Broches, qui considère que la relation entre le droit de l'État et le droit international est la suivante : « The Tribunal will first look at the law of the host State and that law will in the first instance be applied to the merits of the dispute. Then the result will be tested against international law. That process will not involve the confirmation or denial of the validity of the host State's law, but may result in not applying it where that law, or action taken under that law, violates international law. In that sense (...) international law is hierarchically superior to national law under article 42 (1) ».

« The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and National of Other States », Rec. Cours La Haye, 1972/II, pp. 333-407, p. 392. V. aussi I. SHIHATA and A. PARRA, « Applicable Substantive Law in Disputes Between States and Private Foreign Parties : the Case of Arbitration under the ICSID Convention », ICSID Review/Foreign Investment Law Journal, 1995, pp. 183-213, p. 192 et v. le long commentaire de l'article 42 §1 par Ch. SCHREUER, ICSID Review/Foreign Investment Law Journal, 1997, n. 2, pp. 403-487, avec les conclusions tirées de cet examen général, p. 486, § 146.

B : La possibilité de choix du droit applicable par les parties dans les contrats d'État conformément au principe du respect de l'autonomie de la volonté

Tout contrat est gouverné par le principe selon lequel les parties disposent de la liberté de définir le contenu de leur contrat. Autrement dit, le droit applicable aux relations contractuelles découle de la volonté des parties. C'est ce que l'on appelle en terme technique (juridique) le principe du respect de l'autonomie de la volonté.

Les investissements internationaux, connus également sous le vocable de contrats d'État - pour mieux illustrer les relations contractuelles entre l'investisseur étranger et l'État d'accueil - n'échappent pas à ce principe. Ce type de contrat est différent de celui qui prévaut en droit privé, du point de vue non seulement de l'objet mais également et surtout du statut ou de la qualité des parties. En effet, les contrats d'État sont des contrats qui ont pour objet la réalisation d'opérations de grande envergure, opérations visant des missions de satisfaction d'intérêt général. D'autre part, ce sont des contrats qui relient des parties qui n'ont pas le même statut juridique aussi bien en droit interne qu'en droit international et qui sont l'État (sujet de droit international) et l'investisseur étranger (sujet de droit privé, ou personne morale de droit privé).

Mais, ces différences de caractère entre le contrat de droit interne (ou contrat de droit privé) et les contrats d'État n'opposent pas à ce que ces derniers connaissent le principe sacrosaint du respect de l'autonomie de la volonté, principe qui se trouve à la base de tout contrat, d'une manière générale. Ce qui fait que, l'investisseur étranger et l'État d'accueil peuvent d'un commun accord, choisir le droit applicable à leur contrat. Ainsi, rien ne peut les empêcher de porter leur choix sur le droit international public. Déjà, en 1944, F.A. Mann avait défendu l'idée selon laquelle le principe de l'autonomie de la volonté permettait à un État et une personne privée d'adopter le droit international public comme droit applicable au contrat sur la base des techniques du droit international privé⁴⁷⁶. Si l'on examine les principales clauses insérées dans les contrats d'État, le problème d'applicabilité du droit international dans les contrats d'État ne devrait plus se poser. D'une manière très générale, ces clauses renvoient à des règles que l'on trouve dans le champ normatif du droit international.

⁴⁷⁶ F.A. MANN, « The Law Governing State Contracts », BYBIL, 1944, pp. 190-191, texte repris in *Studies international Law*, Oxford, Clarendon Press, 1973, pp. 179-210. L'auteur ajoutait cependant : "In absence of an express reference a State contract should be regarded as internationalized, if it is so rooted in international law as to rende it impossible to assume that the parties intended to be governed by a national system of law". (p.194). il donnait comme exemple les obligations souscrites par l'Allemagne sur la base du plan Young de paiement des réparations prévues par le traité de Versailles, in Charles LEBEN, « Retour sur la notion de contrat d'État et le droit applicable à celui-ci », in *L'évolution du droit international, Mélanges offerts à Hubert Thierry*, op.cit., pp. 247-300, p. 249.

Quoi qu'il en soit, ce qu'il importe de garder à l'esprit c'est l'aspect contractuel des rapports entre l'investisseur étranger et l'État d'accueil de l'investissement. Si la liberté des deux partenaires économiques, dans le choix du droit applicable, est totale en matière de contrat d'État, le droit international est le plus approprié. Le professeur Arnaud De Nanteuil s'est rallié à cette position en ces termes : « *On doit avant tout rappeler que le principe de l'autonomie de la volonté implique une liberté à peu près totale des parties sur un grand nombre de questions, à commencer par celle du droit applicable. Il leur était donc loisible, afin de parvenir à une plus grande neutralité et de sécuriser ainsi la relation juridique d'une manière satisfaisante aussi bien pour l'une que pour l'autre, de jeter leur dévolu sur le droit international* »⁴⁷⁷. Selon cet auteur, l'application du droit international aux relations contractuelles entre l'investisseur étranger et l'État d'accueil aura un double mérite. En premier lieu, elle permettra pour la partie privée, l'absence de soumission au droit de l'État d'accueil, donc la neutralisation du « risque politique » par lequel elle s'exposerait pleinement au bon vouloir des autorités gouvernementales. En second lieu, pour l'État, elle traduit l'application d'un droit neutre en ce sens qu'il n'est pas celui d'un autre État, dont on peut comprendre que l'application soit de nature à soulever des réticences... Pour ces raisons, le professeur De Nanteuil considère que le droit international semble parfaitement indiqué pour apporter un commencement de solution⁴⁷⁸. Cette dernière phrase de l'auteur démontre non seulement que la question du droit applicable au contrat d'investissements internationaux a sa raison d'être, mais aussi que son auteur n'est pas dans la posture d'imposer l'application du droit international dans les contrats d'États.

Même la Convention de Washington reconnaît implicitement le pouvoir des parties dans le choix du droit applicable à leurs contrats d'État. En effet, son célèbre article 42(1) stipule que « *Le tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties* ». C'est lorsqu'un tel choix n'a pu se faire par les parties que des solutions alternatives sont envisagées. Ce qui signifie que même le droit international ne s'impose pas comme droit applicable dans cette relation contractuelle, quand bien même l'une des parties, c'est-à-dire l'État est le fondement de son existence (l'existence du droit international). L'on constate alors que le parti a été pris de reconnaître et d'appliquer le principe "élémentaire" du respect de l'autonomie de la volonté dans les contrats d'État. Ce qui doit en principe aboutir à appliquer le droit international comme droit applicable dans les relations investisseurs/État si les parties le décident.

⁴⁷⁷ A. DE NANTEUIL, « Droit international de l'investissement », *op.cit.*, p. 32.

⁴⁷⁸ *Idem.*, p. 32.

En résumé, il a été démontré que le droit international est un droit qui peut s'appliquer aux contrats d'État pour deux raisons fondamentales. La première vient de la possibilité pour l'investisseur étranger de saisir une juridiction internationale. Et la seconde raison a pour fondement le principe du respect de l'autonomie de la volonté dans les contrats, qui permettrait à l'investisseur étranger et l'État d'accueil de choisir le droit international comme droit applicable dans leurs relations contractuelles. Mais, malgré cela, force est de reconnaître qu'il existe toujours au sein de la doctrine une opposition farouche à l'application du droit international dans les contrats d'État, ou contrats d'investissements.

Paragraphe 2 : L'objection doctrinale à l'applicabilité du droit international aux contrats d'État

Dans toutes les disciplines juridiques, la doctrine y joue un rôle essentiel. Elle permet de rendre compte de l'importance de la matière et elle constitue, en même temps, un élément déterminant, voire, incontournable dans son évolution. Généralement, la doctrine en droit est caractérisée par des prises de positions opposées parmi les juristes dans un domaine bien déterminé. C'est ce qui constitue en réalité "le charme du droit" et stimule l'intérêt des initiés et non-initiés à la science juridique.

Le droit international des investissements, bien que "droit nouveau", ou justement d'ailleurs, n'ignore pas le phénomène doctrinal. La doctrine y occupe une place très importante tant dans sa construction que dans son évolution. Mais, pour l'essentiel, la plupart des débats doctrinaux en droit international des investissements sont liés à la place de l'investisseur et du droit applicable dans les rapports contractuels entre celui-ci et l'État d'accueil. Et c'est le problème du statut de l'investisseur dans l'ordre juridique international qui engendre le problème du droit applicable dans ces contrats d'État. Ce qui signifie que le deuxième problème est totalement lié au premier.

Ainsi, il sera nécessaire de déterminer au niveau de la doctrine les problèmes liés au statut de la personne privée en droit international (A). Mais, il faut aussi reconnaître que les personnes privées occupent une place non moins importante dans les relations économiques internationales. Une importance telle qu'il est de plus en plus question de considérer cette immixtion des personnes privées dans les relations économiques internationales comme une évolution du droit international général par l'élargissement de ses sujets de droit (B).

A : Les problèmes liés au statut de la personne privée en droit international

D'après le critère dualiste classique, qui distingue entre le domaine du droit international public et celui du droit interne, le droit international, même s'il peut s'occuper des rapports « interindividuels », est censé régler les rapports entre puissances internationales, c'est-à-dire entre sujets de droit international⁴⁷⁹. Il se trouve que dans les contrats d'État ou contrats d'investissements, ce sont des contrats passés par une personne privée avec un État. Si l'État est, sans conteste, la seule catégorie de sujets « primaires », ou « originaires », ou encore « spécifiques » du droit international, le statut de l'individu, en revanche, est toujours discuté en droit international. En d'autres termes, la reconnaissance de la personne privée comme sujet de droit international ne fait pas encore l'unanimité dans la doctrine. C'est de cette divergence que découle la controverse à l'applicabilité du droit international dans les contrats d'États.

Un auteur comme Lankarani El-Zein a pu dire, sur la question de rattacher le contrat d'État au droit international : « *il s'agirait d'une "inaptitude fonctionnelle" du droit international pour régler les rapports qui relèvent du droit interne* ». ⁴⁸⁰ Pour cette doctrine, tout contrat entre un État et une personne privée doit nécessairement relever de l'ordre juridique interne. La CPJI l'a consacré dans les arrêts relatifs aux emprunts serbes et brésiliens, à propos desquels la Cour considère que :

« *Tout contrat qui n'est pas un contrat entre des États en tant que sujets du droit international a son fondement dans une loi nationale... Un État souverain... ne peut être présumé avoir soumis la substance de sa dette et la validité des engagements pris par lui... à une autre loi que sa propre loi* » ⁴⁸¹.

Dans le même sens, à partir du XX^{ème} siècle, les auteurs comme Triepel avaient affirmé : « *Le droit international public règle les rapports entre des États et seulement entre des États*

⁴⁷⁹ J. MARGIE-LYS, « Arbitrage et protection des investissements internationaux : l'apport des traités régionaux et multilatéraux à l'évolution du droit de l'arbitrage et du droit international des investissements », Volume 1, *op.cit.*, p. 321.

⁴⁸⁰ L. LANKARANI EL-ZEIN, « Les contrats d'État à l'évolution du droit international », *Bruylant*, 2001, p. 204.

⁴⁸¹ CPJI, Recueil Série A, n°20-21, p. 41. Dans ce sens, le tribunal arbitral dans l'affaire *Aramco* avait refusé d'appliquer directement le droit international en déclarant que « *la convention n'ayant pas été conclue entre deux États, mais entre un État et une compagnie américaine, elle ne relève pas du droit international public* », même si finalement le tribunal a accepté d'appliquer les principes généraux du droit et les usages suivis dans l'industrie du pétrole, pour interpréter et/ou compléter le droit de l'Arabie Saoudite, « *notamment lorsque certains droits privés qui doivent nécessairement être reconnus au concessionnaire à peine de priver la concession de sa substance, ne lui seraient pas assurés d'une manière inéluctable par le droit en vigueur dans l'Arabie Saoudite* » ; *ARAMCO c./ L'Arabie Saoudite*, Sentence du 23 août 1958, *RGDIP*, 1963, extraits aux p. 272-285, 304-318, 361-363.

parfaitement égaux...Le particulier, du point de vue d'une communauté de droit liant les États en tant que tels, est incapable d'être investi de droits et devoirs propres, découlant d'un système juridique de cette communauté »⁴⁸². Un siècle plus tard, Maurice Kamto signalait que l'ordre juridique international constitue un ordre « dont les seuls sujets sont les États et, par dérivation autorisée ou voulue, les organisations »⁴⁸³. Le point de vue de ce dernier est un argument de principe, répété maintes fois par les opposants à la théorie de l'internationalisation des contrats d'État. Ainsi, Pierre Mayer justifie son refus de l'application du droit international au contrat d'État qu'il conçoit, pourtant, comme un accord entre l'État sujet du droit international et une entreprise étrangère, par le fait que « le droit international n'a pour objet que les rapports entre composants de cette société : les États et les personnes morales qu'ils créent (organisations internationales) »⁴⁸⁴. Ce qui signifie pour ces auteurs que, si le droit international attribue à d'autres entités comme les organisations internationales la qualité de sujets « dérivés » ou « médiats », il ne l'étend pas aux individus. En d'autres termes, pour ces opposants à l'internationalisation des contrats d'État, les personnes privées n'ont même pas la qualité de sujets dérivés du droit international public. Donc les rapports entre l'État et la personne privée, dans les contrats d'État, sont des rapports mixtes. A ce propos, F. Rigaux, dans sa célèbre critique de la sentence *Texaco*, écrit : « En cas de rapport juridique mixte tel un contrat entre un État, sujet de droit international et une entreprise privée soumise au droit interne, le statut de la personne privée entraîne le règlement de la situation dans son ordre propre, donc l'ordre interne »⁴⁸⁵.

Pour le professeur P. Weil, un sujet de droit international est celui qui est habilité par le droit international à produire des normes de droit international. Et l'on considérera alors que seuls les États, et dans une moindre mesure les organisations intergouvernementales, répondent à la définition⁴⁸⁶. Mais pour Charles Leben, ce raisonnement nous éloigne de la signification générale que possède le concept de sujet de droit dans un ordre juridique quelconque⁴⁸⁷. Selon ce dernier, « un sujet de droit est une personne à qui l'ordre juridique confère des droits et des obligations. Il n'est pas en principe un organe de production du droit, sauf dans la mesure où, comme l'explique Kelsen, il dispose du "pouvoir juridique de faire valoir par une demande en

⁴⁸² H. TRIEPEL, « Les rapports entre le droit interne et le droit international », *RCADI*, 1923, tome 1, pp. 77-118.

⁴⁸³ M. KAMTO, « La notion de contrat d'État : une contribution au débat », *Rev. Arb.*, 2003, p. 375.

⁴⁸⁴ P. MAYER, « La neutralisation du pouvoir normatif de l'État en matière de contrats d'État », *op.cit.*, p. 21

⁴⁸⁵ F. RIGAUX, « Des dieux et des héros- Réflexions sur une sentence arbitrale », *Rev. crit. dr.int. privé*, 1978, pp. 435-459, p. 446.

⁴⁸⁶ P. WEIL, « Le droit international en quête de son identité », *RCADI*, 1992/VI, pp. 100-127, p. 121.

⁴⁸⁷ Ch. LEBEN, « Retour sur la notion de contrat d'État et le droit applicable à celui-ci », in *L'évolution du droit international*, Mélanges offerts à Hubert Thierry, Editions Pedone, 1998, pp. 247-300, p. 265.

*justice l'inexécution d'une obligation juridique, c'est-à-dire, de coopérer à la création de la décision juridictionnelle..."*⁴⁸⁸.

Par ailleurs, un auteur comme Sophie Lemaire se réfère à l'opinion d'Anzilotti sur la double personnalité interne et internationale de l'État pour défendre la thèse selon laquelle les contrats d'État sont des contrats passés par l'État, non sujet de droit des gens, mais l'État administration. Sophie Lemaire ajoute :

*« En supposant avérée cette hypothèse selon laquelle une part au moins des contrats étatiques internationaux a été imputée à l'État personne internationale en lieu et place de son homonyme sujet de droit interne, d'importantes conséquences en résulteraient. En particulier : « Une telle démonstration bouleverserait, tout d'abord le sens des débats relatifs aux contrats d'État. L'imputation de ces accords à l'État sujet de droit interne donnerait lieu à des analyses éloignées de celles qui restent jusqu'à présent fondées sur la participation de l'État souverain international. Il ne s'agirait plus de réfléchir à la relation unissant l'État et son cocontractant sujet de droit privé par référence aux traités conclus entre États personnes de droit des gens ». Et encore : « Imputer les contrats étatiques internationaux, ou au moins une part d'entre eux, à l'Administration conduirait plus naturellement à rapprocher ces conventions des accords passés entre simples sujets de droit interne. International, le contrat d'État pourrait, en l'absence aujourd'hui d'un véritable droit administratif international, être confronté aux contrats internationaux conclus entre personnes privées. Sachant, en outre, qu'il engage l'État-Administration, il serait justifié de le comparer aux contrats internes passés par ce même sujet ».*⁴⁸⁹

Sophie Lemaire, contrairement aux autres doctrinaires, ne nie pas l'existence des contrats d'État. Mais elle considère que, dans la plupart des cas, dans ces contrats c'est l'État-

⁴⁸⁸ Kelsen, « Théorie pure du droit », Paris, Dalloz, 1962, p. 224. V. également les analyses de Kelsen sur la notion de droit subjectif (pp. 181-185 et en particulier, p. 182 où Kelsen souligne que le droit subjectif au sens technique se définit comme "le pouvoir juridique de faire valoir l'inexécution d'une obligation juridique". Et de même on se rapportera à ses développements sur "la qualité d'organe" (pp. 200-210), en particulier p. 204 : "... peut être qualifié d'organe juridique l'individu qui exerce le pouvoir juridique qui lui est conféré en intentant une action en justice, ou en faisant un acte juridique ; et ce pouvoir juridique qui lui est conféré peut-être qualifié de compétence...". En fin de compte dans l'ordre juridique interne, sur lequel Kelsen raisonne ici, les individus sont des organes de cet ordre, du fait que celui-ci leur confère une "capacité d'action", un pouvoir ; et inversement, si dans l'ordre juridique international on constate que les individus disposent désormais, même dans un domaine restreint, d'une telle capacité d'action, on doit en déduire qu'ils sont désormais des organes de cet ordre qui leur a conféré un pouvoir juridique et donc une compétence.

⁴⁸⁹ S. LEMAIRE, « Les contrats des personnes publiques internes en droit international privé », 2 vol., thèse Paris 1, mars 1999, p. 6-7, cité par Charles Leben « Quelques réflexions théoriques à propos des contrats d'État », in Mélanges P. Khan, *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle : A propos de 30 ans de recherche du CREDIMI*, op.cit., p. 123.

Administration qui est en cause, et non l'État sujet de droit international. Pour cette doctrine donc, la simple présence de la personne privée dans une relation contractuelle dont l'État est partie entraîne l'inadaptation du droit international à régir ce type de contrat. Mais encore, elle (doctrine), considère que ce n'est pas l'État sujet de droit international qui est en cause dans une relation contractuelle avec une personne privée. L'idée de base sur laquelle repose cette pensée c'est la double personnalité interne et internationale de l'État.

Mais, il faut tout de même reconnaître que cette attribution d'une double personnalité de l'État, pour exclure et les contrats d'État et l'individu dans l'ordre juridique international, paraît excessive. Kelsen, dans *sa Théorie générale du droit et de l'État* écrivait : « *Si nulle relation n'unissait le droit international au droit étatique (thèse dualiste), l'État en tant que sujet de droit international représenterait une entité totalement distincte de l'État comme substratum du droit étatique. Du point de vue juridique, il existerait alors deux États différents sous le même nom, deux France, deux États-Unis, etc. La France du droit étatique et la France du droit international etc.* »⁴⁹⁰. A la longue, comme le fait remarquer Charles Leben, on pourrait même imaginer, pourquoi pas, que ces deux France puissent contracter entre elles... Des conséquences qu'il est difficile de prendre au sérieux⁴⁹¹. Il est incontestable que l'État possède une personnalité internationale et une personnalité interne, mais il reste indivisible et dispose comme tous les sujets de droit d'un seul statut juridique : il est sujet de droit international. C'est dans le même sens qu'un avocat qui, tantôt, plaide dans un tribunal interne pour un individu, tantôt dans un tribunal international pour un État et dont le statut juridique ne change devant l'un comme devant l'autre tribunal, reste avocat.

En vérité, tous ces développements s'opposant à l'application du droit international général dans les contrats d'États ont pour principal objet le refus de considérer que la personne privée puisse entrer dans la sphère de l'ordre juridique international. Or, une observation du degré d'implication de l'individu dans les relations économiques internationales d'une manière générale, et dans les contentieux internationaux, en particulier, devrait inciter à s'interroger sur l'évolution du droit international général. En d'autres termes, et plus précisément, n'est-il pas temps de considérer l'immixtion de la personne privée dans les relations économiques internationales comme une évolution du droit international par l'élargissement de ses sujets de droit ?

⁴⁹⁰ KELSEN, « Théorie générale du droit et de l'État », traduction B. Laroche et V. Faure, Paris/Bruxelles, LGDJ/Bruylant, 1997, p. 422.

⁴⁹¹ Ch. LEBEN, « Quelques réflexions théoriques à propos des contrats d'État », in Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn, *op.cit.*, p. 125.

B : La nécessité d'une prise de conscience de l'évolution du droit international général par l'élargissement de ses sujets de droit

A l'origine, le droit international était conçu pour les relations entre les États, un droit "exclusivement interétatique". Les États y étaient considérés comme les seuls sujets de droit. À ce propos, Jean Spiropoulos rappelait les propos d'Anzilotti dans la première édition de son *Corso di diritto internazionale* en ces termes : « *De la notion même du Droit international comme de l'ensemble des règles établies par la volonté collective des États pour le règlement de leurs rapports mutuels, il dérive que les sujets de ce droit sont les États et exclusivement les États* »⁴⁹². À cette époque, lorsqu'un citoyen (individu) d'un État subissait un préjudice dans le territoire d'un autre État étranger ; ce citoyen ne pouvait engager la responsabilité internationale de cet État qui est à l'origine des faits reprochés ; en tout cas directement. Ce n'était que son État d'origine qui pouvait le faire ; et ce, par le biais du traditionnel mécanisme de la protection diplomatique. Le contentieux en question, qui trouve sa source dans le préjudice subi par l'individu dans un État étranger, devient automatiquement un contentieux interétatique. C'est en ce sens que le professeur Anzilotti écrivait : « *...Les devoirs et les prétentions des États entre eux, qui ont trait à une façon d'agir ou de se comporter envers des individus, entraînent une relation d'État à État, où l'individu n'apparaît que comme l'objet de droits et de devoirs des États eux-mêmes* »⁴⁹³. Même, l'exercice de ce mécanisme de protection diplomatique est purement discrétionnaire ; en d'autres termes, l'État demeure libre d'agir ou non pour la protection de son ressortissant⁴⁹⁴.

De nos jours, en revanche, avec l'évolution des relations économiques internationales, l'on constate une forte implication (présence) de l'individu dans le système juridique international, et plus particulièrement dans les contentieux économiques internationaux. Dans

⁴⁹² D. ANZILOTTI, « *Corso di diritto internazionale* », 1^{re} éd., 1912, p. 69, cité par J. SPIROPOULOS, « L'individu et le droit international », *R.C.A.D.I.*, 1929, Volume 30, pp. 195-269, p. 201. À l'époque, la majeure partie de la doctrine était catégorique sur le principe de la reconnaissance des États comme les seuls sujets de droit international : l'on peut encore relever des propos d'un autre auteur comme Diena qui écrivait : « *Si, par définition, le droit international se compose de l'ensemble des règles régissant les rapports réciproques des États, il est naturel de ne considérer comme véritables de ce droit que les États* », cité encore par J. SPIROPOULOS, *Ibidem.*, p. 201.

⁴⁹³ D. ANZILOTTI, « La responsabilité internationale des États à raison des dommages soufferts par des étrangers », *R.G.D.I.P.*, 1906, p. 6.

⁴⁹⁴ A. DE NANTEUIL, « Droit international de l'investissement », 2^{ème} éd., *op.cit.*, p. 20. C'est justement, l'une des grandes faiblesses qui ont contribué à la torpeur dans laquelle le mécanisme de la protection diplomatique est plongé depuis le développement fulgurant des traités bilatéraux d'investissements (TBI) avec surtout, la rapidité et l'efficacité des procédures de règlement des différends qu'ils comportent. Ces TBI et leurs procédures de règlement des différends seront largement développés un peu plus loin.

ceux-ci, en effet, la personne privée, dispose, maintenant, de la capacité d'attirer l'État devant une juridiction internationale et d'engager sa responsabilité. Et mieux encore, il le fait, dans le cadre de traités auxquels il n'est même pas partie, dont nous aurons, largement, l'occasion de revenir. Dès lors, cette implication de la personne privée dans le système juridique international est telle, qu'il semble logique de se demander s'il n'est pas nécessaire de lui attribuer la qualité de sujet de droit international, même si ce n'est qu'à capacité limitée. Pourtant, l'idée n'est pas neuve. En 1931, Alfred Verdross rappelait, dans un premier temps, un principe classique selon lequel : « *Les règles du droit des gens... n'obligent l'État que vis-à-vis des autres États à traiter leurs ressortissants d'une manière déterminée* ». Et le même auteur de répliquer à son propre rappel, en faisant observer : « *Cette thèse, il est vrai, est combattue par une tendance nouvelle de notre science, d'après laquelle les individus doivent être considérés eux-mêmes comme sujets du droit des gens* »⁴⁹⁵.

Un tel phénomène ne devrait, en principe, pourtant pas, surprendre. L'évolution du droit n'est pas, forcément toujours, une chose prévisible ou planifiable. Elle peut, parfois s'imposer aux juristes à travers l'élasticité et surtout le dynamisme de certains domaines que la science juridique est censée réguler, voire encadrer. Le fonctionnement mouvementé de ces secteurs oblige parfois le juriste à se rendre compte de l'intrusion inopinée ou accidentelle de certains sujets dans son champ réglementaire, pour les domaines concernés. Il arrive que le degré d'implication ou d'intrusion de ces sujets soit tel qu'ils deviennent, au final, un élément incontournable pour le fonctionnement de ces domaines. Dans une telle situation, le juriste serait contraint de les considérer juridiquement comme acteurs de ces secteurs d'activités. Mieux encore, ce même juriste serait, à la limite, obligé de leur accorder le même statut juridique qu'il a accordé aux sujets originaires (Les États par exemple sont les sujets primaires du système juridique international) du domaine d'activité en question.

Ce qu'il faut surtout retenir c'est que cette évolution du droit international s'est faite, plus particulièrement, par le rôle joué par l'individu dans le droit international des investissements, et dans d'autres domaines des relations internationales. En ce sens, Margie-Lys Jaime affirmait que la capacité des personnes privées à être titulaires de droits et des obligations en droit international est vérifiée non seulement en droit des investissements internationaux mais

⁴⁹⁵ A. VERDROSS, « Les règles internationales concernant le traitement des étrangers », *R.C.A.D.I.*, 1931, Volume 37, pp. 323-412, p. 328.

également dans d'autres matières telles que les droits de l'Homme⁴⁹⁶, le droit humanitaire et le droit pénal international⁴⁹⁷.

Mais dans l'époque contemporaine, c'est dans le droit des investissements que cette évolution du droit international s'est particulièrement ressentie ; notamment à travers les droits qu'il confère pour la protection des investisseurs et de leurs investissements. Des droits comme le droit à un traitement juste et équitable, droit à une protection et sécurité pleines et entières, droit à ne pas être exproprié sans une indemnisation prompte et adéquate, entre autres. Donc, il n'y a rien qui empêche dans la nature même du droit international d'adresser des droits et obligations aux personnes privées, même si cela reste, encore aujourd'hui, un cas exceptionnel et cantonné des domaines spécifiques⁴⁹⁸. Le rôle joué par le droit des investissements dans l'évolution du droit international général a d'ailleurs été remarqué par P.M. Dupuy dans son cours général sur l'« *unité de l'ordre juridique international* » :

« La souveraineté dote de l'État, entre autres, d'un pouvoir singulier : elle lui permet de créer lui-même d'autres sujets de droit international. Moins richement dotés que lui, certes, en termes de capacité internationale, mais tout de mêmes pourvus de la personnalité juridique internationale... A l'époque contemporaine, il est intéressant de relever, en droit international des investissements, les tendances manifestant l'évolution vers la reconnaissance d'une certaine forme de personnalité juridique aux entreprises privées étrangères, dans le cadre des contrats liant à des cocontractants étrangers. Selon une telle conception illustrée en jurisprudence comme dans certains textes de droit positif... c'est encore et toujours l'État, qui par sa seule volonté souveraine, élève à la condition de sujet de droit et pour les besoins d'une relation contractuelle déterminée, la personne morale privée à la qualité de sujet de droit international, fournissant ainsi une autre illustration de son pouvoir de création subjective »⁴⁹⁹.

En ce sens, pour G. Cohen-Jonathan ; se refuser à la possibilité d'accepter d'autres sujets de droit, en affirmant que les contrats d'État ne sauraient relever du droit international public

⁴⁹⁶ G. COHEN-JONATHAN, « L'évolution du droit international des droits de l'homme », in, L'évolution du droit international, Mélanges offerts à Hubert Thierry, *Pedone*, 1998, pp. 107-125.

⁴⁹⁷ J. MARGIE-LYS, *op.cit.*, 331. S'agissant du droit pénal international, P.M. Dupuy exprime dans son manuel que : « Si la possibilité est affirmée de tenir un individu pour responsable des violations graves de normes consacrant des droits essentiels de la personne humaine ou des "principes cardinaux" du droit humanitaire, cela signifie qu'il a désormais une personnalité juridique en droit international » ; P.M DUPUY, *Droit international public*, Paris, Dalloz, 2002, 6^{ème} édition, n°196. Voir également, J.L. FLORENT, « Les destinataires non étatiques des résolutions du Conseil de sécurité », in *Le sujet en droit international, SFDI, Colloque du Mans*, Editions Pedone, 2005, pp. 107-115.

⁴⁹⁸ Pour de larges développements dans ce sens, voir Charles LEBEN, « Contrats d'État et droit international des investissements », *RCADI*, 2003, pp. 302-305.

⁴⁹⁹ P.M. DUPUY, « L'unité de l'ordre juridique international », *RCADI*, 2002, tome 297, pp. 104-105.

parce que cela aboutirait forcément à accepter que l'État et l'individu seraient exactement les mêmes sujets de droit international, constitue « *une position figée qui ne tient pas compte de l'évolution du droit international et des exigences de la vie internationale* »⁵⁰⁰. Le même auteur a ajouté que « *rien n'empêche un État souverain d'élever son partenaire contractuel au niveau du droit international pour les besoins de la relation contractuelle* »⁵⁰¹. D'après lui, une telle reconnaissance a un "effet constitutif" et comme telle est affectée de deux caractéristiques : « *cette reconnaissance est relative et fonctionnelle, c'est-à-dire qu'elle n'engendre qu'une capacité internationale limitée dans le cadre du rapport de droit considéré* »⁵⁰². En allant plus loin, G. Scelle affirmait non seulement que l'individu pouvait être sujet du droit international, mais qu'il était en réalité le seul sujet véritable du droit international, comme tout droit, car seuls les individus et non pas des abstractions (comme l'État) sont sujets du droit : « *Une déclaration unilatérale de volonté, un traité, un acte illicite dont on dit qu'ils engagent l'État sont toujours des actes émanant d'individus, agents ou gouvernants, investis d'une compétence représentative, et jamais de cet être fictif qu'on appelle l'État* »⁵⁰³. C'est ainsi que pour lui, en opposition à la doctrine classique du droit international pour qui seuls les États sont sujets du droit international, c'est la « société universelle » qui est à l'origine du droit de gens, en tant que droit des individus. Dans la hiérarchie des normes, la norme étatique serait subordonnée à la norme internationale ; c'est-à-dire que le droit de gens, étant supérieur, s'imposerait objectivement au droit des États.

Si, étymologiquement, c'est-à-dire au début de la création du droit des gens, l'individu n'était pas considéré comme sujet de droit international, c'est parce que son implication dans le fonctionnement de ce droit n'était pas déterminante. Cependant, rien ne devrait empêcher dans l'avenir, si son degré d'implication dans ce système juridique international évolue, qu'il acquiert la qualité de sujet même limité en droit international. Kelsen, dans son étude de la théorie du traité international précise : « *Le fait que les traités internationaux ne sont conclus que par des États ou des communautés juridiques qui leur sont assimilées à cet égard, n'est pas une limitation qui résulte de l'essence du droit des gens, mais simplement de l'état actuel du droit des gens positif, de sa construction actuelle. Rien ne s'oppose à ce que cet état de choses change par voie de coutume, c'est-à-dire que le cercle des sujets capables de créer le droit*

⁵⁰⁰ G. COHEN-JONATHAN, « L'individu comme sujet de droit international-droit international des contrats et droit international des droits de l'homme », in *Mélanges Paul Amselek*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 223-260, p. 232.

⁵⁰¹ *Ibidem.*, p. 233.

⁵⁰² *Idem.*, p. 233.

⁵⁰³ G. SCELLE, « Précis de droit des gens », Paris, Sirey, tome 2, 1934, p. 42.

international conventionnel se rétrécisse ou – ce qui est plus vraisemblable – s’élargisse, par le fait que par exemple des minorités nationales ou religieuses acquièrent le droit de figurer comme parties à des traités »⁵⁰⁴.

En droit des investissements, l'évolution du droit international porte sur la question de l'attribution à la personne privée, voire, à l'investisseur étranger, du statut de "sujet de droit international". Dès lors, la question qui reste déterminante est celle de savoir ce que l'on entend par sujet de droit international ? Ainsi, d'après la théorie de la responsabilité, exposée par des auteurs comme Eustathiades et Wengler, un sujet du *droit des gens* est celui que l'ordre juridique international considère comme apte à être titulaire (bénéficiaire) des droits et à être destinataire des obligations, pourvu qu'il puisse faire valoir ces droits sur le plan international et/ou avoir la capacité de commettre un délit international ; autrement dit, être capable d'assumer une responsabilité au sens du droit international et éventuellement de recevoir une sanction pour le délit commis. L'on constate en droit des investissements que l'individu remplit ces deux conditions énumérées pour être sujet de droit international. C'est-à-dire le fait d'être titulaire de droits et destinataires d'obligations. Remarquons que la place des individus (mais surtout des groupements économiques privés), leurs droits, leur personnalité et la reconnaissance de leurs pouvoirs créateurs sur le plan juridique imposent qu'il soit plus nécessaire que jamais de repenser à la nature du droit international, de ses sources et de ses sujets.

Cependant, si une partie de la doctrine affiche toujours une opposition à l'application du droit international aux contrats d'État, du seul fait de la présence de l'individu (personne privée) dans ces contrats ; force est d'admettre que d'autres phénomènes conventionnels auxquels l'individu n'est pas partie viennent réfuter leurs critiques tout en confirmant l'application du droit international en droit des investissements. Il s'agit des TBI/TMI qui, en permettant l'application du droit international général (grâce aux clauses compromissaires permettant aux investisseurs d'attirer leur partenaire étatique devant un tribunal arbitral international) dans les relations contractuelles entre les États d'accueil et les investisseurs étrangers, constituent en même temps des mécanismes par excellence de protection des investissements étrangers.

⁵⁰⁴ KELSEN, « Contribution à la théorie du traité international », *Internationale Zeitschrift für die Theorie des Rechts/ Revue internationale de la théorie du droit*, 1936, pp. 253-292, p. 262, §13. Voir dans le même sens P. WEIL, « Un nouveau champ d'influence pour le droit administratif français : le droit international des contrats », in *Etudes et documents du Conseil d'État*, 1970, pp. 13 et s., p. 18 : « Ce n'est pas par essence... mais en raison des données historiques fluctuantes que le droit international classique ne régit que des relations interétatiques et rien n'interdit d'admettre que son champ d'application puisse s'étendre à d'autres sujets de droit : il a déjà intégré les organisations internationales, et l'on ne voit pas en vertu de quel *a priori* des rapports contractuels "transnationaux" ne pourraient pas tomber à leur tour dans son orbite ».

Section 2 : Les traités bilatéraux et multilatéraux d'investissements : mécanismes par excellence de protection des investissements étrangers

Si l'application du droit international général en droit des investissements internationaux a pu poser problème, à travers les contrats d'État, au sein de la doctrine, c'était du fait de la présence de la personne privée dans ces dits contrats. Mais, ce qu'il faut savoir c'est que les contrats d'États n'étaient pas les seuls instruments supposés permettre l'application du droit international au droit des investissements internationaux.

Parallèlement aux contrats d'État, un autre phénomène s'était produit tendant à l'internationalisation des rapports contractuels entre les États d'accueil de l'investissement et l'investisseur étranger. Ce phénomène s'identifie dans la conclusion massive de traités bilatéraux et, dans une moindre mesure, multilatéraux⁵⁰⁵, de promotion et de protection des investissements. La particularité de ces traités par rapport aux contrats d'États est que ce sont seulement les États qui y sont parties. Plus précisément, l'individu (personne privée) en est exclu, et ce, pour la même raison qui a poussé une partie de la doctrine à s'opposer à l'internationalisation des contrats d'État ; c'est-à-dire le fait qu'il n'est pas considéré comme sujet de droit international. D'ailleurs, la proposition de la définition du Traité en droit international par certains auteurs est tout à fait illustrative à ce propos : « *Le mot traité désigne tout accord conclu entre deux ou plusieurs sujets de droit international, destiné à produire des effets de droit et régit par le droit international* »⁵⁰⁶.

Seulement, si on se limite à cette définition, le risque de voir ressurgir la polémique sur la reconnaissance des personnes privées comme sujet de droit international pèserait. C'est pourquoi il serait préférable de retenir la définition donnée par la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités. Elle dispose en son article 2, paragraphe 1.a que : « *L'expression "traité" s'entend d'un accord international conclu par écrit entre États et régi par le droit international, qu'il soit consigné dans un instrument unique ou dans deux ou plusieurs instruments connexes, et quelle que soit sa dénomination particulière* ». Il faut juste mentionner que cette formule a été complétée par la Convention de 1986 dans le but d'y inclure des traités conclus entre des États et des organisations internationales, ou entre organisations internationales. Selon la Convention de 1986 : « *L'expression "traité" s'entend d'un accord*

⁵⁰⁵ L'expression "moindre mesure" est employée pour illustrer l'insuccès des traités multilatéraux d'investissements, contrairement aux traités bilatéraux d'investissements.

⁵⁰⁶ Patrick DAILLER, Mathias FORTEAU et Alain PELLET, *Droit international public*, 8e éd., L.G.D.J., 2009, p. 132.

international régi par le droit international et conclu par écrit entre un ou plusieurs États et une ou plusieurs organisations internationales, ou entre des organisations internationales ; que cet accord soit consigné dans un instrument unique ou dans deux ou plusieurs instruments connexes, et quelle que soit sa dénomination particulière. »⁵⁰⁷. Ce qu'il y'a d'intéressant à relever dans ces deux dispositions est ceci : pour citer les parties ayant juridiquement qualité à être liée à un traité, en lieu et place de l'expression "sujet de droit international" (expression source de polémique en doctrine), les États et les organisations internationales ont été nommément cités. A ce propos, l'article 1^{er} a, b, de la Convention de Vienne de 1986 est tout à fait édifiant : « *La présente Convention s'applique aux traités entre un ou plusieurs États et une ou plusieurs organisations internationales ; et aux traités entre des organisations internationales* ». L'avantage, dès lors, serait d'écarter complètement la polémique portant sur la question de l'attribution de qualité de sujet de droit international à l'individu, au moins, au niveau (mais seulement) de l'élaboration des traités bilatéraux et multilatéraux de promotion et de protection des investissements. Car, si l'on se penche sur la question du droit applicable, en cas de contentieux dans ces TBI et TMI, et plus précisément sur la possibilité attribuée à la personne privée de traduire directement l'État d'accueil devant un tribunal international, la polémique refait surface.

Cependant, contrairement aux TBI qui ont connu un développement fulgurant puisque leur nombre atteint aujourd'hui plus de 3000, la mise en place d'un TMI ne s'est toujours pas réalisée. Selon Christian HÄBERLI, la difficulté d'adopter une convention universelle en matière d'investissements internationaux s'expliquerait par le fait que : « *La dimension universelle qui caractérise un traité ouvert à la ratification de tous les pays du monde constitue un obstacle sérieux à la prise en considération des multiples intérêts particuliers en cause* ». ⁵⁰⁸ Il n'existe aucune convention de portée générale et ouverte à tous les États qui a pour objet de régir tous les aspects du droit international des investissements⁵⁰⁹. C'est pourquoi, il serait, ici, question de s'intéresser exclusivement aux TBI. Plus précisément il s'agira d'exposer, dans un premier temps les objectifs des traités bilatéraux d'investissements (**Paragraphe 1**), et dans un second temps, nous analyserons la pertinence ou l'efficacité de ces TBI dans les États de la CEDEAO (**Paragraphe 2**).

⁵⁰⁷ L'article 2, paragraphe 1. a, de la Convention de Vienne de 1986 sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales.

⁵⁰⁸ Ch. HÄBERLI, « Les investissements étrangers en Afrique: avec des études de cas portant sur l'Algérie et le Ghana », *Bibliothèque africaine et malgache*, t. 31, LGDJ, Paris et *Nouvelles éditions africaines*, Abidjan, 1979, p. 83.

⁵⁰⁹ CARREAU. D. et JUILLARD. P., « Droit international économique », *op.cit.*, p. 451.

Paragraphe 1 : Les objectifs des Traités bilatéraux d'investissements

Le traité bilatéral de promotion et de protection des investissements étrangers (TBI) peut être défini comme l'accord international par lequel deux États s'engagent réciproquement sur les conditions d'accueil, de traitement, de protection et de règlement des différends réservés aux investissements de l'un d'eux réalisés sur le territoire de l'autre⁵¹⁰. Si l'investisseur privé se situe au centre de cette relation conventionnelle, les clauses scellées dans celle-ci engagent, dans l'ordre juridique international, les responsabilités respectives de l'État d'accueil et de l'État d'origine de l'investisseur. Le caractère interétatique des TBI est beaucoup plus apparent dans une autre définition donnée aux dits traités : « *Une convention bilatérale de promotion et de protection des investissements se définit, avant tout, comme un traité ou un accord international. C'est donc un acte écrit, concerté entre deux États souverains, destiné à produire entre eux des effets de droit, et régi par le droit international* »⁵¹¹.

Cependant, si les engagements des États d'accueil et d'origine de l'investisseur sont réciproques et surtout identiques dans les TBI, en revanche, les raisons qui amènent à les conclure sont différentes. En effet, il faut rappeler que les TBI sont, généralement conclus entre pays industrialisés (pays développés) et pays en développement. Et dans la plupart des cas, l'investisseur ou l'investissement provient toujours d'un pays développé et l'État d'accueil de l'investissement demeure en général un État en développement. Les États membres de la CEDEAO font partie des États récepteurs d'investissements, pour la simple et bonne raison qu'ils en ont besoin pour stimuler leur développement. C'est donc dire, pour les États membres la CEDEAO, les TBI conclus avec les États exportateurs de capitaux sont considérés comme une contribution à leurs projets de développement (**B**). Pour les pays développés, origines des investissements en revanche, ces TBI leur procurent un gage important de sécurisation juridique des investissements de leurs ressortissants dans ces États (**A**).

A : Les TBI : gage de sécurisation juridique des investissements des ressortissants d'État d'origine

En signant un traité bilatéral d'investissement avec un État étranger, l'État permet à ses ressortissants, investisseurs, de pouvoir bénéficier de l'engagement d'un autre État de ne pas

⁵¹⁰ C. C. DAIGREMONT, « Les sources du droit international des investissements », in *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, sous la dir. de Ch. LEBEN, *Pédone*, 2015, pp. 83-117, p. 91.

⁵¹¹ P. JUILLARD, « L'évolution des sources du droit des investissements », *RCADI*, 1994, n° Volume 250, p. 107.

compromettre les investissements de ses ressortissants. Il faut juste faire remarquer que l'investisseur n'est, en vérité, que le bénéficiaire de cet engagement de l'État d'accueil vis-à-vis de son État d'origine. D'ailleurs, il faut mentionner que les TBI conclus dans les années soixante et qui portaient exclusivement sur les investissements n'étaient pas encore réciproques. En effet, dénommés « conventions non réciproques » en France et « *Investment Guarantees* » aux États-Unis⁵¹², ils étaient conclus entre pays développés et pays en développement et ne concernaient que les investissements en provenance du premier et réalisés sur le territoire du second⁵¹³. L'État exportateur d'investissements pouvait y déclarer certaines intentions en matière d'encouragement et de garantie des investissements de ses ressortissants sur le territoire de l'autre partie contractante, mais les obligations du traité étaient supportées par le pays en développement qui s'engageait seuls à accorder traitement et protection aux investissements en provenance du pays développé.

Si toutefois ce type de traité s'est rarement présenté⁵¹⁴, force est de reconnaître que dans la pratique les obligations de traitement et de protection des investissements s'exercent beaucoup plus du côté des pays en développement (comme ceux de la CEDEAO) que celui des pays développés. Cela se comprend aisément dans la mesure où, économiquement faibles, les premiers (ou bien les ressortissants des pays en développement) ne peuvent mener des activités d'investissements dans les seconds. Au contraire, ils comptent attirer ces capitaux ou investissements étrangers dans le but de booster leur économie pour aller vers le développement. D'où d'ailleurs, les politiques de promotion et de protection des investissements menées dans l'ensemble des États de la CEDEAO et dans celle-ci même.

Ces TBI conclus entre deux États au bénéfice de leurs investisseurs respectifs procurent à ces derniers une protection juridique de leurs biens à un double niveau : une protection quant au respect des normes de traitement des investissements, dans un premier temps, et dans un second temps, une protection dans le cadre d'un éventuel contentieux avec l'État d'accueil de l'investissement.

En ce qui concerne le traitement de l'investissement étranger, il faut dire que les TBI comportent, généralement, des clauses renfermant des engagements de l'État d'accueil à traiter de la manière la plus juste et convenue l'investisseur étranger. Ces clauses relatives au respect

⁵¹² Voir sur ces accords voire P. JUILLARD, « L'évolution des sources du droit des investissements », *RCADI*, 1994, t. 250, pp. 9-215, p. 184 et s.

⁵¹³ C.C. DAIGREMONT, « Les sources du droit international des investissements », in *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, sous la dir. de Ch. LEBEN, *op.cit.*, p. 94.

⁵¹⁴ *Idem.*, p. 94.

des engagements sont le corollaire d'un principe juridique bien connu : la force obligatoire des engagements juridiques. Celle-ci a été reconnue par différents documents internationaux. Il en est ainsi de la Convention de Vienne sur le droit des traités qui, en son article 26, stipule : « *Tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi* »⁵¹⁵. Mais bien avant ce texte, l'Assemblée générale des Nations unies, dans sa résolution du 14 décembre 1962 intitulée « Souveraineté permanente sur les ressources naturelles », a affirmé que : « *Les accords relatifs aux investissements étrangers librement conclus par des États souverains ou entre de tels États seront respectés de bonne foi* »⁵¹⁶. C'est dire que dans ces traités d'investissements, une fois que l'une des parties accueille les investissements des ressortissants de l'autre partie, la première se trouve dans une obligation d'honorer les engagements qu'elle a souscrits dans le cadre du traité qui la lie avec ce dernier. Par le biais de la clause du respect des engagements, une violation par l'État d'accueil du contrat qui le lie à l'investisseur étranger entraîne une violation du TBI existant entre ledit État d'accueil à l'État d'origine de l'investisseur. Seulement, ce n'est pas en tant que telle la violation du contrat qui constitue un fait internationalement illicite, mais l'atteinte à l'obligation de respecter les engagements internes⁵¹⁷. Mais force est de reconnaître que cette clause de respect des engagements alimente l'un des débats doctrinaux les plus importants du droit international des investissements. En effet, si d'aucuns considèrent que la violation du contrat (qui lie l'État d'accueil de l'investissement à l'investisseur) se transforme immédiatement en une violation du traité (qui lie l'État d'accueil de l'investissement à l'État d'origine de l'investisseur), d'autres s'y opposent. Prosper Weil, l'un des défenseurs de cette clause, c'est-à-dire de la première thèse, écrivait, dans son cours donné à l'Académie de droit international que : « *L'intervention du traité de couverture (dont le mécanisme est semblable à celui de la clause de respect des engagements) transforme les obligations contractuelles en obligations internationales... ; toute inexécution du contrat, serait elle-même régulière au regard du droit interne de l'État contractant, engage dès lors la responsabilité internationale de ce dernier envers l'État national du contractant* »⁵¹⁸. Cette affirmation de Prosper Weil a pu être relativisée par Yves Nouvel, pas dans son intégralité, ni même, dans son sens, mais dans l'emploi du mot

⁵¹⁵ Voir, sur ce principe en droit international, H. WEHBERG, « Pacta sunt servanda », *AJIL*, p. 775.

⁵¹⁶ L'Assemblée générale des Nations Unies ; Résolution du 14 décembre 1962 intitulée « Souveraineté permanente sur les ressources naturelles », in Prosper WEIL, « Problèmes relatifs aux contrats passés entre un État et un particulier », *RCADI*, 1969, t. 128, pp. 94-240.

⁵¹⁷ J. CASALA, « La clause de respect des engagements », in *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, sous la dir. de Ch. LEBEN, *Pédone*, 2015, pp. 347-373, p. 351.

⁵¹⁸ P. WEIL, « Problèmes relatifs aux contrats passés entre un État et un particulier », *op.cit.*, 130.

"transformation". Pour ce dernier, « *la thèse de la transformation semble pêcher par précipitation* »⁵¹⁹. La violation de l'obligation internationale de respecter le droit interne est tout simplement une conséquence de la violation du contrat par l'État. En d'autres termes, l'invocation de la violation de la clause de respect des engagements résulte de la violation par l'État d'accueil du contrat qui le lie à l'investisseur étranger. Investisseur qui est, justement, le ressortissant de l'autre État partie à la convention bilatérale d'investissements.

Par ailleurs, parallèlement à la protection découlant des normes de traitement des investissements contenues dans les TBI, l'investisseur étranger bénéficie également d'une autre protection dans les clauses de règlement des différends insérées dans lesdits traités. D'emblée, il faut noter que l'investisseur dispose, dans les TBI, de la possibilité de saisir directement un tribunal arbitral pour l'éventualité d'un litige l'opposant à l'État d'accueil de l'investissement. L'on peut même dire que c'est un bénéfice, un privilège, en ce sens qu'il détient cette faculté par le biais d'un traité dont il n'est même pas partie. Si l'investisseur a la possibilité de choisir soit les juridictions nationales de l'État d'accueil, soit un tribunal arbitral *ad hoc*, et enfin soit les tribunaux CIRDI ; le plus rassurant pour lui est d'opter pour les derniers. La saisine d'un tribunal international lui apporte une protection supplémentaire aux engagements contractuels de l'État d'accueil. Car, s'il s'avère difficile qu'il (investisseur) puisse engager la responsabilité de l'État devant les tribunaux nationaux de celui-ci ; ses prétentions sont réputées mieux traitées dans les instances internationales. Dans celles-ci, non seulement la reconnaissance du dommage causé par l'État est plus évidente, mais encore l'engagement de sa responsabilité à réparer le préjudice causé à l'investisseur serait plus aisé. Dans ce cas, il ne s'agira plus d'un manquement à une obligation contractuelle, mais plutôt d'un manquement à une obligation conventionnelle. C'est ainsi qu'un auteur a pu dire que : « *l'introduction des clauses parapluies (umbrella clauses) dans les traités de protection des investissements s'est faite progressivement afin d'attirer les contrats signés par les investisseurs étrangers sous la protection des règles conventionnelles. L'intérêt d'une telle disposition est en effet de donner une dimension supplémentaire à l'engagement contractuel* »⁵²⁰.

⁵¹⁹ Y. NOUVEL, « La compétence matérielle: contrat, traité et clauses parapluie », in *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux*, sous la dir. de Ch. LEBEN, LGDJ/Anthemis, 2010, p.26

⁵²⁰ A. DE NANTEUIL, « Droit international de l'investissement », 1^{ère} éd., *op.cit.*, p. 142.

B : Les TBI : une contribution au développement économique des États de la CEDEAO

L'importance des TBI dans le développement économique des États n'est plus à démontrer. Cette affirmation est d'autant plus vraie dans les pays en développement où le besoin de développement est plus urgent. Il en est ainsi des États de la CEDEAO. C'est pourquoi ces États, pour la plupart, ont signé des TBI avec d'autres États qui sont en général des États développés dans le but d'attirer les capitaux et infrastructures nécessaires à leur décollage économique.

C'est par le biais des TBI que des investisseurs étrangers s'installent dans les pays en développement, avec pour objectif d'exercer des activités économiques dans le seul but d'en tirer profit. Mais en même temps, l'État d'accueil de l'investissement qui, le plus souvent, est un pays en développement, en profite doublement. Car, non seulement l'investissement permettrait la création d'emplois, mais encore il apportera les infrastructures nécessaires pour le développement économique de l'État d'accueil.

Déjà, le consensus de Washington, né dans les années 1980 et aujourd'hui dépassé, considérait que trois éléments étaient de manière quasi automatique, générateurs de développement économique : la dérèglementation de l'économie, la privatisation des entreprises publiques et la libéralisation des échanges et de l'investissement⁵²¹. Traduits en matière d'investissement, ces trois facteurs étaient au cœur des stratégies préconisées par les institutions financières internationales ; en l'occurrence la Banque mondiale et le FMI. Ils devaient en principe amener surtout les États en développement à libéraliser l'entrée des investissements étrangers, à accorder protection aux entreprises étrangères établies sur le territoire national et à donner aux investisseurs étrangers un accès direct à l'arbitrage comme moyen privilégié de règlement des litiges avec les États d'accueil de l'investissement. De même, le rapport des administrateurs de la BIRD sur la Convention CIRDI semble avoir obéi à l'origine à un certain esprit qui était celui de faciliter les investissements aux fins de développement économique des États⁵²². Une autre institution multilatérale accorde une

⁵²¹ R. GEIGER, « Investissement et développement: une approche multilatérale », in *Le droit international économique à l'aube du XXI^e siècle*, sous la dir. de Dominique Carreau et Patrick Juillard, *Pédone*, 2009, p. 33-48, p. 34.

⁵²² Paragraphe 9 du Rapport des Administrateurs sur la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États dispose : « En soumettant la Convention ci-jointe aux gouvernements, les Administrateurs sont mus par le désir de renforcer la collaboration des pays à la cause du développement économique. La création d'une institution destinée à faciliter le règlement des différends entre États et investisseurs étrangers peut constituer une étape importante vers l'établissement d'un climat de confiance

importance particulière à l'aspect développement dans les investissements internationaux. Il s'agit de l'Agence Multilatérale de Garantie des investissements (MIGA), créée par la Convention de Séoul du 11 octobre 1985. Par son organisation et son fonctionnement, la MIGA a été conçue comme une organisation dont l'objectif premier est le développement économique par la garantie des investissements directs étrangers contre les risques non-commerciaux⁵²³. D'ailleurs, une des conditions pour que l'investissement soit admissible à la garantie de l'Agence est qu'il contribue au développement. Ainsi, l'investissement est considéré comme devant produire des effets positifs dans le progrès économique de l'État d'accueil. Le professeur Horchani déclarait : « *Pas de développement sans investissement. Tout investissement suppose la contribution au développement* »⁵²⁴.

Seulement, dans la pratique, il urge de se demander si l'aspect développement de l'État d'accueil est véritablement pris en compte dans les TBI ? Il faut dès lors noter que si le développement constitue la véritable motivation des États d'accueil de l'investissement de signer des TBI, son invocation dans ces traités se limite au seul préambule. C'est de manière exceptionnelle que la mention du développement apparaît dans les définitions de l'investissement des codes d'investissement⁵²⁵. De surcroît, ces énoncés n'expriment pas l'exigence que les investissements contribuent au développement des États d'accueil. La notion de développement est seulement mentionnée au préambule des TBI, uniquement à titre déclaratif. C'est le cas notamment du TBI entre le Gouvernement de la République française et celui de la République sénégalaise qui dispose dans son préambule que : « *Le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République du Sénégal ci-après dénommés "les parties contractantes", désireux de renforcer la coopération économique entre les deux États et de créer des conditions favorables pour les investissements français au Sénégal et sénégalais en France, persuadés que l'encouragement et la protection de ces investissements sont de nature à stimuler les transferts de capitaux et de technologie entre les deux pays, dans l'intérêt de leur développement économique...* »⁵²⁶. Il faut préciser ici que l'on retrouve cette

mutuelle et permettre ainsi de stimuler un plus large accès du capital international aux pays qui désirent l'attirer chez eux », E. GAILLARD, La jurisprudence du CIRDI, Paris, *Pédone*, 2004, 1105, pp. 935-946.

⁵²³ F. HORCHANI, « Le développement au coeur de la définition de la notion d'investissement? », in *Le droit international économique à l'aube du XXIe siècle*, D. C. JUILLARD, *Pédone*, pp. 49-80, p. 55.

⁵²⁴ *Ibidem.*, p. 49.

⁵²⁵ En ce sens l'article 2 de la loi n°91-048/AN-RM du 26 février 1991 portant Code des investissements du Mali dispose : « Est considéré comme investissement, au sens du présent Code, le financement des immobilisations et du fonds de roulement initial dans le cadre d'un projet de développement ».

⁵²⁶ Journal Officiel de la République française, Décret n°2010-866 du 23 juillet 2010 portant publication de l'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République du Sénégal sur

même disposition dans pratiquement tous les TBI signés par la France et les pays africains. Il en est ainsi dans le préambule du TBI France/Algérie du 13 février 1993 qui dispose : « *Convaincus que l'encouragement et la protection de ces investissements contribuent à stimuler les transferts de capitaux et de technologie entre les deux pays, dans l'intérêt de leur développement économique* ». Par ailleurs également, on retrouve cette même relégation de l'aspect développement au niveau des préambules d'autres TBI. C'est le cas notamment du modèle américain de TBI de 2004 qui ne comprend pas dans sa définition du mot investissement d'exigence en matière de développement de l'État d'accueil, mais dont le préambule comprend la formule « *Recognizing that agreement on the treatment to be accorded such investment will stimulate the flow of private capital and the economic development of the Parties* »⁵²⁷. Dans le même ordre d'idées, l'on peut citer également d'autres préambules qui énoncent que la prolifération des investissements contribue au développement des États parties⁵²⁸. Cette pratique conventionnelle a pu faire dire à certains que les TBI reposent sur deux axes principaux : l'investissement étranger tend à stimuler le développement économique et les protections juridiques fondamentales tendent à encourager et promouvoir cet investissement⁵²⁹.

Cependant, il faut dire que ces éléments de référence au développement économique des États dans les TBI sont à relativiser. Mis à part la portée limitée des préambules des traités internationaux en droit international général, force est de constater que les tribunaux arbitraux n'accordent pas, en général, une grande importance aux préambules des TBI⁵³⁰. On remarquera aussi que la référence au développement des États est souvent invoquée au même degré qu'une référence à la promotion et la protection des investissements et ensuite qu'il n'est pas toujours

la promotion et la protection réciproques des investissements, signé à Dakar le 26 juillet 2007, et entré en vigueur le 30 mai 2010.

⁵²⁷ J. MATRINGE, « La notion d'investissement », in *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Ch. LEBEN (dir.), *Pédone*, 2015, pp. 135-160, p. 151.

⁵²⁸ Il en est ainsi du TBI Royaume-Uni/Sierra Leone du 13 janvier 2000 et Allemagne/Bosnie-Herzégovine du 18 octobre 2011.

⁵²⁹ B. LEGUM, « Defining Investment and Investor : Who is Entitled to Claim ? », *Arbitration International*, 2006, vol. 22, issue 4, pp. 526, 521.

⁵³⁰ Pour une illustration V. la position du tribunal dans l'affaire *Victor Pey Casado et Fondation c/ République du Chili*, sentence n° ARB/98/2 du 8 mai 2008, §§ 374-375 : s'il peut éclairer le sens des dispositions des articles du traité, le préambule ne saurait poser, à lui seul, une condition supplémentaire qui ne figure pas dans le corps du traité. Or, ce dernier ne pose pas de difficulté particulière d'interprétation d'où il suit que le préambule, composé de trois brefs paragraphes rédigés en termes très généraux, reflète essentiellement le souhait de créer des conditions favorables à l'investissement entre les deux États parties, car il est clair que ces paragraphes ne contiennent aucune disposition de fond susceptible de créer des conditions supplémentaires à l'octroi de la protection offerte par le TBI. Cependant, v. le Comité d'annulation, saisi de l'affaire *Mitchell*, qui accorda une importance particulière à l'appréciation de l'exigence du développement dans le système CIRDI à la formule précitée du préambule du TBI États-Unis/République démocratique du Congo qui apparaît dans tous les traités bilatéraux des États-Unis.

fait d'un rapport d'implication du premier par le second⁵³¹. Les énoncés contenus dans les préambules ne font généralement reconnaître que la promotion et la protection des investissements étrangers ont pour effet ou pourraient avoir pour effet de contribuer au développement des États d'accueil...⁵³².

Si la référence au contenu des TBI d'une manière générale, et à leurs préambules en particulier, n'a pas permis d'exiger la condition de contribution au développement économique des États d'accueil dans les opérations d'investissements, il en est autrement au niveau des sentences arbitrales. En d'autres termes, ce sont celles-ci, qui ont pu "imposer" une réelle prise en compte du volet « développement » dans les TBI. Cette révolution jurisprudentielle a pris départ à partir de l'affaire *Salini c/Maroc* du 23 juillet 2001, où le Tribunal arbitral tenta de dégager quatre conditions essentielles pour définir l'investissement et qui sont : 1) l'existence d'un apport ; 2) une certaine durée de réalisation du projet d'investissement ; 3) un certain risque couru par l'investisseur ; et 4) une contribution au développement économique de l'État d'accueil⁵³³. Ensuite, il faut noter que plusieurs sentences se sont référées à la décision sur la compétence prise dans cette affaire *Salini c/Maroc*. Seulement, son succès a été de courte durée car, même dans le cadre du CIRDI, certains énoncés arbitraux n'utilisent pas⁵³⁴ ou rejettent⁵³⁵ ce critère du développement de l'État d'accueil, décidant de s'en tenir aux énoncés des traités applicables et à la notion traditionnelle d'investissement.

Concrètement, et en vérité, on ne peut pas inclure l'exigence du développement de l'État d'accueil dans la définition de l'investissement⁵³⁶. Faudrait-il rappeler que le droit des investissements n'a véritablement pas comme préoccupation première le développement. En

⁵³¹ Il faut noter par exemple dans l'accord Chili/Turquie du 21 août 1998, l'article du préambule portant définition n'exige pas de l'investissement qu'il contribue au développement de l'État d'accueil. Il en est de même de l'accord Croatie/Finlande qui n'exige pas non plus le développement de l'État d'accueil comme caractéristique de l'investissement.

⁵³² J. MATRINGE, « La notion d'investissement », in *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational, op.cit.*, p. 152.

⁵³³ Tribunal du CIRDI, *Salini Costruttori SpA c. Royaume du Maroc*, 23 juillet 2001, décision sur la compétence, 42 *ILM* 609 (2003).

⁵³⁴ Voir, entre autres exemples Tribunal CIRDI, *Fedax N.V. c. République du Venezuela*, décision sur la compétence du 11 juillet 1997.

⁵³⁵ Voir en ce sens Tribunal CIRDI, *Consorzio Groupement L.E.S.I.-DIPENTA c/République démocratique d'Algérie*, 10 janvier 2005, Aff. N° ARB/03/08, *JDI*, 2006, p. 237.

⁵³⁶ Parmi les auteurs qui s'opposent à l'exigence d'inclure le développement des États d'accueil dans la définition de l'investissement, l'on peut citer : D. CARREAU, Répertoire international Dalloz, V° Investissements, 2008, §§ 81-82. V. aussi I. FADLALLAH, « La notion d'investissement : vers une restriction à la compétence du CIRDI ? », in *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution. Liber Amicorum in honour of Robert Briner*, ICC, 2005, pp. 259-268, p. 267. Et aussi S. MANCIAUX, « Actualité de la notion d'investissement international », in Ch. LEBEN (dir), *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux. Aspects récents*, Paris/Louvain-la-Neuve, LGDJ/Anthemis, 2010, pp. 145-173, p. 170.

d'autres termes, il n'est pas construit avec l'objet de favoriser à titre principal le développement des États d'accueil⁵³⁷. Au contraire, c'est un droit qui s'inscrit dans le prolongement, voire, dans l'évolution de la protection diplomatique. C'est-à-dire un droit applicable aux relations économiques entre États, mais aussi entre États et personnes privées étrangères, avec comme maître mot "la protection" des biens, droits et activités. Un auteur a pu dire : « *si la question du développement intéresse l'étude du droit des investissements, ce n'est par conséquent pas comme une fin juridique de celui-ci mais, dans le meilleur des cas, comme conséquence... Le développement des investissements entraînerait lui-même – et non doit avoir pour objet – le développement des États d'accueil* »⁵³⁸. A partir du moment où un État accepte sur son territoire un investissement étranger conformément à sa réglementation, il faut supposer que ce dernier participe au développement de son économie.

De ce qui précède, deux choses pourraient être affirmées, l'une est une certitude, et l'autre est une présomption, voire une supposition. Premièrement, les TBI ont pour objet la protection des investisseurs et de leurs investissements. Secondement, les TBI contribuent au développement économique des États d'accueil de l'investissement. Il conviendrait, dès lors, d'interroger la pratique, pour voir si, dans le cadre de la CEDEAO, les TBI répondent à ces deux caractéristiques. En d'autres termes, la question est de savoir, au-delà de leurs fonctions protectrices des biens des investisseurs, que révèle, dans la pratique, la conclusion des TBI dans les États de l'Organisation régionale de la CEDEAO ?

Paragraphe 2 : L'appréciation pratique des TBI dans les États de la CEDEAO

Il est peut-être aujourd'hui permis d'affirmer que l'économie joue un rôle crucial dans l'évolution des relations internationales. L'on pourrait même prendre le "risque" de dire qu'il est l'élément principal de l'évolution de celles-ci. Cette rencontre entre l'économie et le droit international a été facilitée par les opérateurs privés exerçant des activités (tels que le commerce et l'investissement) hors de leurs frontières nationales. Il faut dire que, dans le domaine de l'investissement, ces opérateurs privés, appelés aussi multinationales, ou encore investisseurs privilégiés, en général, les États qui se trouvent le plus dans le besoin de capitaux et

⁵³⁷ Voir sur ce point W. BEN HAMIDA, « La prise en compte de l'intérêt général et des impératifs de développement dans le droit des investissements », in UNCTAD *Expert Meeting on Development implications of International Investments Rule Making*, 28-29 June 2007 et également L.G. MWAUNGULU, « Development Implications of International Investment Rule Making, *ibid.*

⁵³⁸ J. MATRINGE, « La notion d'investissement », in *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational, op.cit.*, p. 157.

d'infrastructures pour se développer. Les États de l'organisation d'intégration régionale de la CEDEAO en font partie. Seulement, en s'installant dans ces États, les investisseurs sont, dans la plupart des cas, couverts par des TBI liant leurs États d'origine et l'État d'accueil de l'investissement. C'est ainsi que la quasi-totalité des États membres de la CEDEAO ont signé des TBI avec divers États du monde. L'importance de ces TBI est telle qu'ils contiennent les droits et obligations et des investisseurs et des États d'accueil de l'investissement, et surtout prévoient des mécanismes de résolution de conflits en cas de litige survenu dans le cadre de l'opération d'investissement entre ledit investisseur et le dit État. Il a été dit et démontré plus haut que ces TBI ont pour objet la sécurisation des investissements, en énonçant une série d'obligations que le pays récepteur doit respecter et en les assortissant d'un mécanisme d'application efficace.

Seulement, des études, mais surtout la pratique ont montré que cette fonction protectrice des TBI dans les États de la CEDEAO a atteint un degré tel qu'il importe de se demander si ces derniers ne constituent pas, en réalité, des instruments de limitation de la liberté normative des États d'accueil de l'investissement ? **(A)**. Les développements qui vont suivre démontreront que la réponse à cette question semble plus s'incliner vers l'affirmative, c'est pourquoi, il paraît plus qu'opportun de penser à l'instauration d'un rééquilibrage des droits et obligations entre l'investisseur et l'État d'accueil de l'investissement **(B)**.

A : Les TBI : instruments de limitation de la liberté normative des États d'accueil de l'investissement

La souveraineté de l'État s'affirme même en matière d'investissements. Le principe général en droit des investissements est que l'admission des investissements étrangers est un droit souverain de l'État d'accueil, qui dispose de la latitude de réguler les conditions de leur admission sur son territoire. C'est à ce titre que les clauses de promotion des investissements prévoient systématiquement que l'admission de ces derniers se fera conformément aux lois et réglementations du pays d'accueil. Majoritairement, les TBI conclus par les pays de l'organisation communautaire de la CEDEAO reconnaissent la règle coutumière de la liberté de l'État d'admettre ou de ne pas admettre les investissements. De la sorte, le TBI Sénégal – Allemagne dispose que « *chaque partie contractante admettra sur son territoire, en conformité à sa législation, les investissements effectués par des ressortissants et des sociétés de l'autre partie*

contractante, encouragera si possible ces investissements et considérera avec bienveillance la question de l'octroi des autorisations nécessaires »⁵³⁹.

Seulement, si l'admission des investissements, ou mieux encore la signature des TBI par les États de la CEDEAO traduit une manifestation de leur souveraineté ; celle-ci semble rétrécir, une fois les TBI signés et les investissements admis dans ces territoires. Ces TBI sont perçus, par une bonne partie de la doctrine, comme « *un répertoire d'obligations à la seule charge de l'État* »⁵⁴⁰. La réciprocité qui en est le fondement n'est que de façade. Conclut la plupart du temps entre un État exportateur de capitaux et un État importateur de capitaux (sur la base d'un modèle "proposé" par le premier), ces traités couvrent le seul flux d'investissements qui existe, de telle sorte que, dans les faits, seul l'État récepteur de l'investissement s'oblige à recourir à l'arbitrage⁵⁴¹. Cette remise en cause de leur souveraineté transparaît au niveau des règles de protections des investissements qui incombent aux États d'accueil.

S'il y'a une mesure étatique très redoutée des investisseurs étrangers s'installant dans un pays d'accueil, c'est bien celle de l'expropriation. C'est pour cela que la clause relative à l'expropriation occupe une place très importante dans la conclusion des TBI. D'ailleurs, et en même temps, elle est très prisée par les investisseurs pour dénoncer certains comportements étatiques devant les tribunaux arbitraux. Seulement, il importe de mentionner que l'expropriation en tant que telle ne constitue pas un acte illicite⁵⁴². Selon le droit international coutumier, dans le cadre de l'exercice de leur souveraineté territoriale, les États peuvent s'arroger le droit d'exproprier les investisseurs étrangers à condition que cette action soit réalisée pour cause d'utilité publique, de manière non-discriminatoire et moyennant une indemnité⁵⁴³. Manifestement, elle peut se réaliser de manière directe et formelle. Dans ce cas,

⁵³⁹ TBI Sénégal – Allemagne de 1964 (Art 1), v. aussi TBI Sénégal -Pays-Bas de 1979 (Art 1), TBI Sénégal – Royaume-Uni de 1980 (Art 2).

⁵⁴⁰ F. HORCHANI, Interview in *Investment Treaty News* mai 2009. – D. Vis-DUMBAR et S. H. NIKIEMA, *Do Bilateral Investment Treaties Lead to More Foreign Investment ?* en ligne sur <http://www.investmenttreatynews.org/content.archives.aspx>. Dans les accords internationaux d'investissement classiques, les investisseurs n'y ont que des droits et pas d'obligations.

⁵⁴¹ Sur ce point, voir M. SALEM, « Le développement de la protection conventionnelle des investissements étrangers », *JDI*, 1986, n° 2., pp. 579-626, p. 598 et s.

⁵⁴² R. DOLZER et Ch. SCHEUER, « Principles of International Investment Law », Oxford Univ. Press, 2008, pp. 89-91 ; *Wagui Elie George Siag et Clorinda Vecchi c./ La République Arabe d'Égypte*, CIRDI, Aff. N° ARB/05/15, Sentence du 1^{er} juin 2009, § 428 « expropriation in and of it self is not an illegitimate act. It is well-accepted that a State has the right to expropriate foreign-owned property. It is equally well accepted, however, that an expropriation is only lawful if certain conditions are met. Several of these requirements have become part of customary international law. They are also included to varying degrees in most treaties (...) ».

⁵⁴³ M. AUDIT, S. BOLLEE et P. CALLE, « Droit du commerce international et des investissements étrangers », *LGDJ*, 2014, pp. 228-229.

l'État d'accueil de l'investissement édicte une loi ou un règlement qui retire le titre de propriété du bien à l'investisseur au bénéfice de l'État ou d'un tiers désigné par ce dernier⁵⁴⁴. En général, et nous le verrons un peu plus loin, les actes pris par les États portant une expropriation directe de l'investisseur, sont non seulement extrêmement rares pour ne pas dire qu'ils n'existent plus, mais encore s'ils surviennent, l'obligation d'indemniser l'investisseur ne sera pas source de conflit, car elle devient évidente. D'ailleurs, l'État d'accueil et l'investisseur étranger s'accordent sur le montant et les modalités de l'indemnisation avant l'exécution de l'expropriation.

C'est le deuxième type d'expropriation qui est sujet à polémique et qui est considéré par certains comme un argument cher aux investisseurs et préjudiciable à l'État : il s'agit de l'expropriation indirecte. Elle peut résulter lorsque du fait de l'une de ses mesures, l'État d'accueil porte atteinte à l'intégrité physique ou à l'utilité économique de l'investissement sans pour autant retirer le titre de propriété. Cette notion est préjudiciable à l'État d'accueil de l'investissement en ce sens qu'elle est caractérisée par son imprécision et son élasticité. Son invocation par l'investisseur étranger donne la possibilité, voire, le pouvoir aux arbitres, dans le cadre d'un différend, de pouvoir interpréter la mesure étatique.

Par ailleurs, il faut aussi noter que l'appréciation de la conformité de la norme étatique nécessite de se référer à des normes du droit international insérées dans les TBI. L'on peut citer à ce titre, le traitement juste et équitable d'une part, et la pleine et entière protection, d'autre part. Comme la notion d'expropriation indirecte, ces deux standards, du fait de leur caractère imprécis et flou, portent atteinte au pouvoir normatif du pays d'accueil de l'investissement. En d'autres termes, l'intensité de l'encadrement qu'ils développent a un impact considérable sur la souveraineté des États d'accueil de l'investissement.

Pour ce qui est du traitement juste et équitable, il faut remarquer que, de par le passé, les décisions ayant appliqué le droit international coutumier avaient adopté une conception restrictive des garanties qu'il confère. Ainsi, à l'observation de la célèbre *Affaire Neer* (en 1926), l'on constate par exemple que la violation de cette norme ne pouvait être invoquée, que dans le cas où l'étranger pouvait mettre en évidence, à l'encontre de l'État accueillant, un cas extrême de mauvais traitement à son égard ou un manquement flagrant au devoir de diligence, ou une mauvaise foi. Mais avec l'avènement des TBI, une nouvelle approche du traitement juste et équitable a émergé, en élargissant les obligations qui pèsent sur les pays d'accueil de

⁵⁴⁴ S. H. NIKEMA, « Les "mesures" d'expropriation indirecte en droit international des investissements: les actes et omissions de l'État d'accueil », in *Le droit des rapports internationaux économiques et privés*, J. M. JACQUET (dir.), Lexis Nexis SA, 2013, pp. 235-253, p. 235.

l'investissement. L'ampleur du standard du traitement se manifeste au niveau de chacune des autorités étatiques délégataires de la souveraineté. Il en est ainsi du pouvoir exécutif au niveau duquel les effets du standard s'observent à travers les obligations que cette notion développe à l'égard de l'Administration⁵⁴⁵. Dans le code des investissements sénégalais, en ce qui concerne l'instruction et la délivrance de l'agrément, il y est mentionné à l'article 21 : « *La demande d'agrément est instruite et la réponse donnée par écrit, à l'investisseur, dans un délai qui ne peut excéder dix jours ouvrables... Si au terme de ce délai, aucune réponse n'est donnée, l'agrément est réputé accordé. Dans ce cas, le récépissé de dépôt de la demande fait foi et tient lieu d'agrément. L'autorité compétente est alors tenue de délivrer l'agrément* »⁵⁴⁶.

Cette disposition du Code des investissements sénégalais mérite quelques commentaires. D'abord, il importe de rappeler qu'en droit des investissements, l'État dispose de la liberté d'admettre ou de ne pas admettre des investissements sur son territoire. Cette liberté doit transparaître durant toute la procédure de demande d'autorisation d'investir. Procédure qui, dans le code des investissements sénégalais, débute par l'introduction d'une demande d'agrément par l'investisseur au niveau de l'APIX (Agence pour la Promotion des Investissements et grands travaux de l'État). Seulement, conformément à la disposition précitée du code d'investissement, si l'investisseur dépose une demande d'agrément au niveau de l'APIX, cette dernière est tenue de répondre dans un délai de 10 jours, où au-delà l'agrément est réputé acquis par le demandeur. Cette disposition semble contredire le principe de la liberté d'admission des investissements dont dispose l'État.

Mais encore, elle contredit, par ailleurs, un autre principe propre à l'administration d'une manière générale. En droit administratif, il est de coutume que le silence gardé par l'administration durant un certain délai vaut décision de rejet. Ainsi, en matière de demande administrative préalable, le silence observé par l'administration pendant plus de deux mois équivaut à une décision de rejet, et permet au demandeur d'introduire un recours. C'est ce que l'on appelle une décision implicite de rejet. Cette manifestation, à la fois, du privilège et du pouvoir discrétionnaire de l'administration s'est vue remise en cause par l'introduction d'une demande d'autorisation d'investir par l'investisseur. Autrement dit, l'introduction d'une demande d'agrément par l'investisseur prend en otage l'administration en la contraignant de

⁵⁴⁵ Par l'expression « Administration », l'on entend ici l'ensemble des organismes et autorités qui sous l'impulsion générale des pouvoirs politiques, assurent les multiples interventions de l'État moderne dans la vie sociale : pouvoir central, autorités locales telles que préfets, maires, conseils généraux et municipaux, fonctionnaires, organismes publics.

⁵⁴⁶ Loi n° 2004-06 du 6 février 2004 portant code des investissements du Sénégal, modifié par la loi n° 2012-32 du 31 décembre 2012.

répondre explicitement. Car son silence gardé pendant 10 jours équivaut à une décision implicite d'acceptation.

Contrairement au code d'investissement sénégalais, le code des investissements de la Guinée Conakry⁵⁴⁷ accorde plus de liberté à l'administration dans la procédure d'octroi de l'agrément à l'investisseur. L'alinéa 8 de son article 25 consacré à la procédure d'agrément dispose : « *Si, dans les trois mois suivant le dépôt d'un dossier complet de demande d'agrément, l'octroi ou le refus d'agrément n'a pas été notifié au promoteur, la Commission nationale des Investissements est tenue de lui fournir une réponse sous trente jours. Si une décision de la Commission ne lui a toujours pas été communiquée à l'expiration de ce délai de 30 jours, il peut saisir le ministre de la Promotion du Secteur Privé, de l'Industrie et du Commerce* ». L'alinéa 9 du même article poursuit : « *En cas de refus, le promoteur peut demander à ce que sa demande soit réexaminée par la Commission nationale des Investissements. Il peut fournir toute information complémentaire qu'il juge utile à un tel réexamen. La Commission a alors deux mois pour se prononcer sur cette requête* ».

Il ressort de ces deux dernières dispositions que le code guinéen des investissements accorde plus de souplesse et de liberté à l'administration dans la procédure de délivrance de l'agrément à l'investisseur, que celui du Sénégal. Car, outre le rallongement des délais de réponse, le code guinéen n'assimile pas l'absence de réponse de l'administration à une décision implicite d'acceptation de la demande d'agrément de l'investisseur. Le code ivoirien des investissements également ne sanctionne pas l'absence de réponse de l'administration à la demande d'agrément de l'investisseur. Son article 39 alinéa 2 et 3 dispose : « *L'agrément à l'investissement est accordé... dans un délai de dix-neuf jours ouvrables à compter de la date de délivrance de l'attestation de recevabilité. En cas de non-respect du délai maximum de vingt et un jours ouvrés d'examen du dossier..., l'opérateur saisit le Premier ministre, chef du Gouvernement, qui dispose de cinq jours ouvrables pour prendre les mesures appropriées* ».⁵⁴⁸

Peut-être aussi, l'on peut considérer "cette disposition contraignante du code d'investissement sénégalais" vis-à-vis de l'administration, par rapport aux réponses des demandes d'agrément des investisseurs, comme une volonté expresse de l'État de séduire les investisseurs étrangers dans sa politique de promotion et d'attraction des investissements.

⁵⁴⁷ Ordonnance n°001/PRG/87 du 3 janvier 1987, modifié par la loi n° L/95/029/CTRN du 30 juin 1995 portant code des investissements de la Guinée, disponible aussi sur : www.droit-afrique.com/upload/doc/guinee/Guinée-Code-1987-des-investissements-MAJ-1995.pdf

⁵⁴⁸ Ordonnance N° 2012-487 du 07 juin 2012 portant Code des investissements de la Côte d'Ivoire. Consultable sur le site : <http://www.cepici.gouv.ci/web/docs/code-des-investissements.pdf>.

En tout état de cause, il peut être constaté que les clauses contenues dans les TBI entre pays développés et pays en développement, créent un certain déséquilibre au détriment de ces derniers dans le cadre des contentieux les opposant aux investisseurs des premiers⁵⁴⁹. Il a été aussi démontré que ce déséquilibre peut aller jusqu'à compromettre la liberté normative des États d'accueil de l'investissement. Et si ces États d'accueil trouvent dans les investissements, un instrument de développement, les investisseurs aussi préfèrent s'installer dans des pays où la main d'œuvre est moins couteuse pour y développer leurs activités. C'est pourquoi, pour préserver les intérêts respectifs des États d'accueil et des investisseurs, dans l'investissement, il semble opportun de se pencher vers un rééquilibrage de leurs droits et obligations dans les TBI, afin de promouvoir d'une manière générale le droit international des investissements.

B : Pour un rééquilibrage des droits et des obligations entre l'investisseur et l'État d'accueil dans les TBI

Juridiquement, les accords bilatéraux sont pratiquement tous construits sur la base de la réciprocité de sorte que les obligations assumées par l'une des parties trouvent leur contrepartie dans l'observation des mêmes obligations par l'autre partie. Ce qui, formellement, peut remettre en cause l'affirmation selon laquelle les TBI créent, dans la pratique, un déséquilibre entre les droits et obligations des parties que sont l'investisseur étranger et l'État d'accueil de l'investissement, au détriment de ce dernier et au profit du premier.

Mais, à l'analyse, l'on se rend compte que cette indexation des TBI comme des instruments préjudiciables aux États d'accueil de l'investissement n'est pas sans fondement. Deux arguments peuvent être mobilisés pour le démontrer. D'une part, toutes les obligations, au sens strict, ne sont endossées que par le pays d'accueil de l'investissement. Ce dernier est généralement un pays en développement qui, par hypothèse, n'est pas exportateur de capitaux. Un auteur a pu dire : « *La réciprocité qui est le fondement de ces traités bilatéraux n'est que de façade ; conclus la plupart du temps entre État exportateur de capitaux et un État demandeur d'investissements..., ces traités couvrent le seul flux d'investissements qui existe... de telle sorte*

⁵⁴⁹ Sur la question de l'équilibre entre l'État d'accueil de l'investissement et l'investisseur étranger dans le contentieux arbitral, voir B. AUDIT, G. BURDEAU, P. JUILLARD, Ph. KAHN, P. MAYER et W. BEN HAMIDA, « Table ronde : le système actuel est-il déséquilibré en faveur de l'investisseur privé étranger et au détriment de l'État d'accueil ? », in *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement, nouveaux développements*, Charles LEBEN (dir), Anthémis, 2006, pp. 185-202. Voir aussi, F. HORCHANI « Rapport introductif », in *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre, Actes du colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006*, Pédone, Paris, 2006, pp. 3-16.

que, dans les faits, seul l'État récepteur de l'investissement s'oblige à recourir à l'arbitrage »⁵⁵⁰. Il faut y ajouter que ces traités bilatéraux sont négociés selon le modèle proposé par le pays développé (souvent pays d'origine de l'investisseur) et dont les règles essentielles ont été fixées à l'avance⁵⁵¹. D'autre part, au niveau contentieux, l'on peut constater la prédominance de l'investisseur étranger dans la procédure. Sébastien Manciaux a également fait remarquer que : « *La méfiance manifestée à l'encontre de la « saisine unilatérale » du CIRDI par un investisseur repose sur le déséquilibre qui résulterait de ce mécanisme par lequel l'État consent par avance à la compétence du CIRDI sans que l'investisseur n'en fasse autant* »⁵⁵². En effet, que ce soit dans un traité ou dans un code d'investissements, lorsque l'État qui consent par avance à soumettre une catégorie de litiges à une procédure CIRDI, il le fait sans la contrepartie d'un engagement parallèle de l'investisseur. Il semble alors que l'investisseur soit le seul maître de la suite à donner à cette offre unilatérale.

Dès lors, ce sentiment de partialité que semble créer le droit international des investissements, tant dans ses règles substantielles que dans sa procédure contentieuse, doit être stoppé le plus rapidement possible. Pour ce faire, l'adoption de certaines mesures semble déterminante : il s'agit tout d'abord au plan normatif de redéfinir certaines normes contenues dans les TBI (1), ensuite en matière de règlement des différends de consacrer l'aptitude des États d'introduire des demandes reconventionnelles (2) et enfin en matière de responsabilisation de prévoir des obligations à l'endroit des investisseurs (3).

1 : Au plan normatif : redéfinir les normes contenues dans les TBI

En ce qui concerne la rédaction des TBI, il urge pour les pays en développement de créer leurs propres modèles qui seront en adéquation avec leurs besoins d'investissements. Car jusqu'à présent, ces États (inclus ceux de la CEDEAO) se sont manifestement contentés de répéter ou de recopier les modèles des pays développés. D'ailleurs, la plupart des TBI qu'ils signent avec ces pays industrialisés, sont tout simplement proposés par ces derniers. Ce qui fait que ces États d'accueil s'engagent à se conformer à des normes de traitement des investisseurs et des investissements étrangers dont le contour reste imprécis et flou. Sur le fond, il faut

⁵⁵⁰ S. MANCIAUX, Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États, trente année d'activités du CIRDI, *CREDIMI, Litec*, 2004, note 642, p. 198.

⁵⁵¹ F. HORCHANI, « Le droit international des investissements à l'heure de la mondialisation », *JDI*, 2004., pp. 367-417, p. 390.

⁵⁵² S. MANCIAUX, « Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États, trente année d'activités du CIRDI », *op.cit.*, pp. 196 et s.

déplorer le fait qu'en général les TBI en vigueur dans les États de la CEDEAO se contentent d'énoncer vaguement (pour ne pas dire aveuglément) l'obligation d'accorder un traitement national et un traitement de la nation la plus favorisée, sans en préciser le contenu. Certains TBI semblent même étendre le champ d'application des obligations des États d'accueil. Il en est ainsi du traité entre les États-Unis et le Sénégal dans lequel son article 2.2 dispose que les obligations de l'État d'accueil s'étendent non seulement aux investissements réalisés, mais en plus aux activités qui y sont associées, et énumère une liste d'activités considérées comme des activités « associées à l'investissement »⁵⁵³. Toujours, dans ce TBI États-Unis/Sénégal, il y est stipulé à l'article 2.8 que : « *Aucune des parties ne devra imposer des prescriptions de résultat (ou contraintes d'exploitation) qui exigent ou imposent l'obligation d'exporter les marchandises produites ou qui disposent que des biens ou services doivent être achetés sur place, ou qui établissent d'autres obligations analogues* »⁵⁵⁴. Ainsi, en interdisant l'État d'accueil d'imposer des obligations par exemple en matière de formation des nationaux, en matière d'emploi, d'exportation de produits fabriqués, cette disposition limite la capacité de l'État de poursuivre certaines politiques publiques. Toutefois, certains pays en développement ont pu s'opposer à l'inscription des règles prohibant la prescription de résultats dans les TBI. Par exemple, dans le TBI États-Unis – Zaïre, l'on y trouve des obligations plus souples que celui entre le Sénégal et les États-Unis. En effet, l'article 2.7 de ce TBI dispose : « *shall endeavor to avoid imposing on the investments of nationals or companies of the other Party conditions which require the export of goods produced or the purchase of goods or services locally* ». ⁵⁵⁵ De surcroît, même si c'est une disposition valable aux deux parties du traité ; il est quasi-certain que c'est seulement le Sénégal qui se trouvera dans des situations de devoir la respecter. Pour la simple et bonne raison que les chances pour que des investisseurs sénégalais s'installent sur le territoire américain sont moindres. Et cette hypothèse est valable pour tous les États de la CEDEAO qui sont partie à des TBI avec des États développés. L'investissement entre ces deux catégories de pays (États développés et États en développement) s'effectue toujours dans un sens unique, c'est-à-dire provenant de la première catégorie.

C'est pourquoi, les acteurs de l'investissement, d'une manière générale, et surtout les États en développement en particulier (comme ceux de la CEDEAO) doivent se pencher à l'immédiat à la clarification des règles relatives aux obligations des États d'accueil dans le traitement des

⁵⁵³ TBI États-Unis – Sénégal, 1983, Article 2 (2).

⁵⁵⁴ Mouhamadou Madana KANE, « Traités bilatéraux d'investissements du Sénégal », en ligne : <www.acilp.org/sites/default/files/bits_senegal_final_report.pdf>., pp. 1-19, p. 5.

⁵⁵⁵ TBI États-Unis – Zaïre, 1984, Article 2 (7).

investisseurs et de leurs investissements. La principale source de conflit dans l'opération d'investissement réside dans l'interprétation par les arbitres des mesures prises par les États d'accueil en conformité avec les normes de traitement et de protection contenues dans les TBI. L'établissement, voire, la délimitation du champ d'application des obligations de l'État d'accueil dans les normes de traitement et de protection, pourrait permettre d'atténuer le risque de litiges avec l'investisseur.

Par ailleurs, une réelle consécration de la capacité de l'État d'accueil de réguler les investissements dans un but de sécurité publique contribuera également au rééquilibrage des droits et obligations des investisseurs et des États d'accueil dans les TBI. Dans la plupart des TBI signés par les États en développement, ce pouvoir de l'État n'y est pas mentionné expressément. D'après un auteur⁵⁵⁶, parmi les TBI signés avec le Sénégal, seul celui avec la Turquie consacre explicitement le droit pour l'État d'accueil de réguler les investissements, notamment dans un but de sécurité publique⁵⁵⁷. C'est ce pouvoir de régulation qui permettra à l'État d'accueil de prévoir, dans les TBI, des prescriptions de résultat de l'opération d'investissements. Ces prescriptions de résultats, appelées également "mesures concernant les investissements et liés au commerce" sont des dispositions prises par l'État d'accueil, aux fins de tirer avantage de la présence de l'investissement étranger sur son sol⁵⁵⁸. Ainsi, le pays d'accueil peut, par exemple, décider de contraindre l'investisseur à des exigences de rendement, à opérer des niveaux minimums d'exportation, à employer du personnel local ou éventuellement de réaliser des transferts obligatoires de technologie⁵⁵⁹. Ces prescriptions de résultats de l'investissement peuvent, en quelque sorte, être considérées comme une contrepartie des obligations de l'État d'accueil.

Sur un autre registre également, le déséquilibre des droits et obligations entre les investisseurs et les États d'accueil, dans les TBI, est constatable. Il s'agit, en effet, de l'aspect contentieux. Ainsi, cela est manifeste au niveau procédural, où l'investisseur en est le maître ; en ce sens qu'il peut, par le biais d'un traité auquel il n'est pas partie, attirer son État hôte devant un tribunal arbitral pour voir trancher le différend qui l'oppose à celui-ci. Au moment

⁵⁵⁶ Mouhamadou Madana KANE, « Traités bilatéraux d'investissements du Sénégal », op.cit., p. 18.

⁵⁵⁷ TBI Turquie – Sénégal, 2010, Article 4.

⁵⁵⁸ S. BONOMO, « Les traités bilatéraux relatifs aux investissements: entre protection des investissements et sauvegarde de la souveraineté des États », *PUAM*, 2012, p. 73.

⁵⁵⁹ En ce sens, voir K. QUINGJIANG, « The Foreign Direct Investment Regime in China », *ZaöRV, HJL*, 1997, p. 894.

où, en même temps, cet État d'accueil est, pour l'heure, seul cantonné au statut de défendeur à l'instance⁵⁶⁰.

2 : En matière de règlement des différends : consacrer l'aptitude des États d'introduire des demandes reconventionnelles dans l'arbitrage

C'est dans le mécanisme de règlement des différends que réside véritablement le déséquilibre qui existe en droit international des investissements, et plus précisément dans l'arbitrage État-investisseurs étrangers. Dès lors, pour remédier à ce déséquilibre, une mesure phare qui, certes fait débat au sein de la doctrine, semble déterminante : rendre effective la possibilité pour les États d'accueil d'introduire des demandes reconventionnelles à l'encontre de l'investisseur⁵⁶¹. Car, en ce qui concerne les demandes initiales, il faut noter qu'en droit des investissements et plus précisément en arbitrage international, la possibilité pour l'État d'ester en justice, n'est pas explicitement prévue, mais aussi, elle n'est pas catégoriquement exclue. Cependant, certains auteurs ont affirmé de manière catégorique au caractère unilatéral du droit international de l'investissement, et plus spécifiquement de sa procédure arbitrale. En ce sens le professeur Arnaud De Nanteuil a pu dire : « *La dimension unilatérale du droit de l'investissement est alors incontestable, tant dans son aspect procédural (seul l'investisseur peut saisir le tribunal arbitral) que substantiel (les normes de fond ont uniquement pour objet la protection de l'opérateur économique)* »⁵⁶². Toujours dans la même lignée, le professeur Mathias Audit a écrit : « *...la saisine d'un tribunal arbitral sur le fondement d'un TBI ou d'un AMI ne peut s'opérer à l'initiative de l'État d'accueil, même si celui-ci estime avoir subi un préjudice en lien avec l'opération d'investissement. Seuls, les investisseurs étrangers peuvent en effet se prévaloir du mécanisme d'arbitrage prévu par ce type de traités* »⁵⁶³. C'est dire combien, il semble opportun de s'interroger sur les droits de l'État d'accueil dans la procédure et le contentieux arbitraux relatifs aux investissements. Jusqu'à maintenant trois cas de saisine

⁵⁶⁰ H. HELLIO, « L'État, un justiciable de second ordre? A propos des demandes étatiques dans le contentieux arbitral transnational relatif aux investissements étrangers », *R.G.D.I.P.*, 2009-3, pp. 589-620, p. 620.

⁵⁶¹ Voir en ce sens J. E. KALICKI, « Les demandes reconventionnelles des États dans l'arbitrage relatif à l'investissement », in *Investment treaty news*, Institut international du développement durable, n°2, vol. 3, 2013, pp. 3-5.

⁵⁶² A. DE NANTEUIL, « Réflexions sur les droits de l'État d'accueil dans le droit international des investissements », in *Droit international et culture juridique*, sous la dir. de Ch. LEBEN, *Pédone*, 2016, pp. 321-343, p. 321.

⁵⁶³ M. AUDIT, « La coexistence des procédures contentieuses en matière d'investissements étrangers », in *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, sous la dir. de Ch. LEBEN, *Pédone*, 2015, pp. 941-965, p. 943.

d'un tribunal CIRDI par des États d'accueil de l'investissement, dont l'un est un État de la CEDEAO, ont été constatés. Il s'agit : *Gabon c/ Société Serete S.A.*⁵⁶⁴, *Tanzania Electric Supply c./ Independent Power Tanzania*⁵⁶⁵ et *Gouvernement de la province du Kalimantan oriental (Indonésie) c./ PT Kaltim Prima Coal*⁵⁶⁶. Dans tous les cas, il faut noter que lorsque l'investisseur étranger, dans le cadre de son opération d'investissements, porte atteinte aux stipulations contractuelles qui le lient avec l'État d'accueil, ce dernier peut (et c'est la seule voie procédurale dont il dispose d'ailleurs) saisir ses tribunaux internes qui sont compétents. Même à l'absence de contrat entre l'investisseur et l'État d'accueil, les possibilités d'action de ce dernier se réduisent toujours à la saisine des juridictions internes⁵⁶⁷. Quoiqu'il en soit, l'État préférera toujours recourir à ses juridictions internes que de soumettre son litige, avec l'investisseur, devant un tribunal arbitral international. C'est surtout sur la question du droit de l'État d'accueil d'introduire des demandes reconventionnelles qu'il faudrait plus se pencher. Pour examiner la possibilité et surtout la nécessité d'octroyer ce droit à l'État, il faudrait, tout d'abord, consulter les instruments normatifs réglementant, généralement, l'arbitrage **(a)** avant d'analyser l'appui de la jurisprudence **(b)** ainsi que les exigences du principe d'une bonne administration de la justice **(c)**.

a- Le signal des instruments normatifs relatifs aux investissements

Il faut dire que ni le droit international des investissements d'une manière générale, ni le contentieux arbitral transnational, en particulier, ne sont réfractaires à la possibilité de l'État d'accueil d'introduire une telle demande. Si les lois nationales et les traités d'investissements ne mentionnent pas explicitement la possibilité pour l'État d'introduire des demandes reconventionnelles, néanmoins la lecture de certains d'entre eux laisse apparaître que l'introduction de ces demandes incidentes n'est pas exclue dans l'éventualité des litiges entre investisseurs étrangers et États d'accueil. Le TBI France-Nigéria en est une illustration ; son offre d'arbitrage vise : « *tout différend relatif aux investissements entre l'une des parties*

⁵⁶⁴ Affaire CIRDI, *Gabon c. Société Serete S.A.*, ARB/76/1, requête du 5 octobre 1976, ordonnance du 27 octobre 1978 constatant le désistement des parties à la suite d'un règlement amiable.

⁵⁶⁵ Affaire CIRDI, *Tanzania Electric Supply c./ Independent Power Tanzania Ltd*, ARB/98/8, sentence du 12 juillet 2001, spéc. §§. 1 ; 9 et 13.

⁵⁶⁶ Affaire CIRDI, *Gouvernement de la province du Kalimantan occidental c./ PT Kaltim Prima Coal*, ARB/07/3, requête du 18 janvier 2007.

⁵⁶⁷ M. AUDIT, « La coexistence des procédures contentieuses en matière d'investissements étrangers », in *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, op.cit., p. 943.

contractantes et un investisseur ». Il en est de même du TBI Norvège-Lituanie de 1992, dans lequel l'arbitrage porte sur « *any dispute which may arise between an investor of one contracting party and the other contracting party in connection with and investment on the territory of that other contracting party* ». La lecture de ces deux dispositions peut permettre d'interpréter qu'en contenant une clause non restrictive de règlement des différends, ces traités autorisent les États d'introduire des demandes reconventionnelles.

Par ailleurs, certains traités multilatéraux abordent aussi la question des demandes incidentes des États dans l'arbitrage à des degrés différents⁵⁶⁸. Ainsi, la version du chapitre 11 de l'ALENA du 13 mai 1993, favorable aux réclamations conventionnelles disposait « *The tribunal may determine any incidental or additionnal claims or counterclaims arising directly out of the acts or measures constituting the alleged breach of this Chapter* ». ⁵⁶⁹ D'autres systèmes d'arbitrage, en revanche, subordonnent l'admissibilité des demandes reconventionnelles devant les tribunaux au consentement des parties. C'est le cas de l'article 46 de la Convention de Washington relative au CIRDI qui dispose : « *Les demandes reconventionnelles des parties ne sont recevables qu'à condition d'être " couvertes par le consentement des parties"* ».

Mais, il importe de suite de faire remarquer que l'interprétation de ces instruments n'aide pas beaucoup à résoudre la question de l'admissibilité des demandes reconventionnelles dans l'arbitrage *without privity*. Il convient alors d'ausculter la pratique, à travers la jurisprudence.

b- L'appui de la jurisprudence

L'étude de la jurisprudence a permis de rendre compte de la possible admission des demandes reconventionnelles étatiques vis-à-vis des investisseurs dans l'arbitrage transnational unilatéral. En effet, c'est dans l'affaire opposant *Bevenuti et Bonfant c. Congo*, que le tribunal arbitral CIRDI a expressément consacré la possibilité des demandes reconventionnelles

⁵⁶⁸ Voir, à ce niveau, l'article 10 (3) du règlement de l'Institut d'arbitrage à la chambre de commerce à Stockholm, l'article 19 du règlement CNUDCI et l'article 48 du règlement du Mécanisme supplémentaire CIRDI. Il faut juste préciser ici que le système CIRDI est plus dubitatif quant à l'admission des demandes reconventionnelles de la partie étatique dans l'arbitrage. Dans ce dernier, en effet, pour que de telles réclamations soient admises, elles doivent non seulement porter directement sur l'objet du différend (Article 40 du règlement de procédure relatif à l'arbitrage CIRDI) mais également être permises par les parties (Article 46 de la Convention de Washington).

⁵⁶⁹ Art. XX07 (10), p. 26, Version du 13 mai 1992, disponible sur le site : <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/documents/09-May 131992.pdf>, cité par W. B. HAMIDA « L'arbitrage État-investisseur cherche son équilibre perdu : dans quelle mesure l'État peut introduire des demandes reconventionnelles contre l'investisseur privé ? », in *International Law FORUM du droit international*, 2005, pp. 261-272, p. 265.

étatiques sur la base de l'article 40 du Règlement de procédure CIRDI, même si, au fond, la demande de l'État congolais a été rejetée⁵⁷⁰.

Dans d'autres affaires, les tribunaux arbitraux n'ont même pas trouvé la nécessité de statuer sur la recevabilité des demandes reconventionnelles introduites par les États ; ils se sont seulement penchés sur le bien-fondé des dites demandes. Il en est ainsi dans l'affaire *SPP* où l'Égypte a présenté une demande reconventionnelle au motif que l'investisseur avait commis des fautes. Le tribunal, sans s'interroger sur sa compétence pour statuer sur les demandes reconventionnelles, a affirmé : « *none of the wrongs alleged to have been committed by the investors were held to have had been proved or imputed to them by the Egyptian authorities as a ground for the cancellation of the project* »⁵⁷¹. Dans une autre affaire mettant aux prises *Saluka Investment B.V. c. République Tchèque*, le tribunal a rejeté la demande reconventionnelle introduite par la partie étatique au motif que les griefs invoqués ne pouvaient pas être attribués à l'investisseur⁵⁷². Ces affaires peuvent amener à reconnaître le droit de l'État à présenter des demandes reconventionnelles, du moment où les tribunaux ont accepté de statuer sur le fond de celles-ci. Selon Walid Ben Hamida, il est possible de soutenir que l'investisseur, en s'abstenant de contester la compétence du tribunal, donne son acceptation implicite aux tribunaux arbitraux pour examiner de telles demandes⁵⁷³. Ce qui fait dire à un auteur que les parties à l'arbitrage peuvent élargir, implicitement ou explicitement, la portée d'un accord d'arbitrage pour englober une demande reconventionnelle non visée par l'accord initial⁵⁷⁴.

Dans deux autres affaires plus récentes, c'est, exclusivement et paradoxalement le comportement adopté par l'investisseur qui vient corroborer la possible admission des demandes reconventionnelles des États dans le contentieux arbitral transnational relatif aux investissements. Ainsi, dans la première opposant *SGS c./ Pakistan*⁵⁷⁵, c'est la dénonciation par l'État d'accueil d'un contrat de service qui déclencha le litige. C'est ainsi que, conformément

⁵⁷⁰ Affaire CIRDI, *Benvenuti c. Congo*, ARB/77/2, sentence du 8 août 1980, spéc. §§. 4.102-4.104.

⁵⁷¹ Affaire CIRDI, *Southern Pacific Properties Ltd (SPP) c. Égypte*, ARB/84/3, sentence du 20 mai 1992, spéc. §§. 254-256.

⁵⁷² Une décision non publiée, mais citée par H. E. KJOS « Counter-claims by host States in investment dispute arbitration « without privity », in *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Ph. Kahn et Th. Wälde (dir), *Académie du droit international de la Haye*, 2007, pp., p. 5.

⁵⁷³ W. B. HAMIDA, « L'arbitrage État-investisseur cherche son équilibre perdu : dans quelle mesure l'État peut introduire des demandes reconventionnelles contre l'investisseur privé ? », in *International Law FORUM du droit international*, 2005, pp. 261-272, *op.cit.*, p. 266.

⁵⁷⁴ K. P. BERGER, Set-off in international economic arbitration, 15-1 *Arbitration International* 1999, at V (a) (i), « *if the arbitration agreement does not cover the cross-claim, the parties may agree to extend the arbitration agreement* », cité par H. E. KJOS, *op.cit.*, p. 20.

⁵⁷⁵ Affaire CIRDI, *SGS c. Pakistan*, ARB/01/13, sentence du 06 août 2003 portant sur la compétence, spéc. §. 161.

à la clause d'arbitrage du contrat prévoyant la constitution d'un tribunal arbitral siégeant au Pakistan, la Cour suprême dudit État ordonna la mise en place de ce tribunal. La société suisse SGS, pour contourner l'arbitrage local prévu au contrat, accepta l'offre d'arbitrage CIRDI en vertu du TBI Suisse-Pakistan. Ensuite, elle a demandé au tribunal CIRDI de suspendre l'arbitrage local en soutenant que, par l'effet de la clause "du respect des engagements", la violation contractuelle entraînerait la violation du traité dont sa résolution est du ressort de la compétence du tribunal CIRDI. Pour contester la compétence du tribunal CIRDI, l'État pakistanais a soutenu que ce dernier n'était pas compétent pour statuer sur les demandes reconventionnelles concernant la violation du contrat. Le Pakistan a défendu qu'il ne disposait pas de droits dans le TBI, mais plutôt dans le contrat qui le lie à l'investisseur⁵⁷⁶. La société SGS s'est bornée à déclarer la possibilité pour l'État pakistanais d'introduire des demandes reconventionnelles, en vertu de l'interprétation large de l'article 9 du TBI portant sur la clause de règlements des différends qui englobait toutes les "*disputes with respect to investments*" et qui n'attribuait, d'ailleurs pas seulement l'investisseur le droit de déclencher la procédure CIRDI⁵⁷⁷. Au final, pour clore tout débat sur la question, l'investisseur (SGS) a fini par donner, d'une manière expresse, son consentement à la soumission d'éventuelles demandes reconventionnelles par le Pakistan⁵⁷⁸.

Toujours, dans la seconde affaire, le litige opposait le même investisseur (SGS) *c. Philippines*⁵⁷⁹. L'État d'accueil reprochait à SGS d'avoir posé des actes frauduleux. Et cette dernière en contestant les griefs invoqués contre elle, soutenait qu'il appartiendra au tribunal arbitral de statuer sur le caractère fondé des faits qui lui ont été reprochés. Ce qui veut dire que l'investisseur ne semblait pas opposé à l'introduction des demandes reconventionnelles par

⁵⁷⁶ « *It was submitted by counsel for the Claimant that, should the Tribunal ultimately rule that it has the requisite jurisdiction to hear the claim on its merits, the Respondent is fully entitled to file a counterclaim. To this submission of the Claimant's counsel for the Respondent responded by expressing the view that "there are no rights" for Pakistan under the BIT and that Pakistan's rights solely exist under the contract with SGS* », *Procedural order n°2*, 16 octobre 2002, disponible sur le site du CIRDI, p. 16.

⁵⁷⁷ « *Such consent extends to all "disputes with respect to investments" under Article 9 of the BIT, including SGS's request for compensation for damage to its reputation as a result of Pakistan's violations of the BIT.124 The consent also covers any eventual counter-claims that might be presented by Pakistan. In SGS's view, there is nothing remarkable about an ICSID tribunal considering a State party's counter-claim when its jurisdiction arises out of a BIT. "Its must have been expressly contemplated by Pakistan and Switzerland in this case that the ICSID tribunal could consider a State party's counterclaim because Article 9(3) of the BIT provides that each party may start the procedure* », disponible sur le site du CIRDI, § 108-§ 109 : une décision portant sur la compétence.

⁵⁷⁸ C'est à la note de bas de page n°125 de la sentence où le tribunal arbitral confirme : « *SGS has also expressly confirmed its agreement to the submission of the Pakistan's eventual counter-claims to the jurisdiction of this tribunal* », cité par Walid Ben Hamida, « L'arbitrage État-investisseur cherche son équilibre perdu : dans quelle mesure l'État peut introduire des demandes reconventionnelles contre l'investisseur ? *op.cit.*, p. 268.

⁵⁷⁹ Affaire CIRDI, SGS *c. Philippines*, ARB/02/6, sentence du 29 janvier 2004 portant sur la compétence.

l'État. En d'autres termes, il semblait même donner son consentement à la présentation par l'État de ces demandes incidentes.

En résumé, dans ces deux affaires (*SGS c. Pakistan* et *SGS c. Philippines*), il importe de souligner que l'investisseur était favorable à l'introduction des demandes reconventionnelles de l'État d'accueil. Dans le 1^{er} cas, l'investisseur a donné expressément son consentement, mais dans le second, son consentement était implicite. Cependant, dans une autre espèce, l'investisseur s'était explicitement opposé à l'introduction par l'État des demandes reconventionnelles. Il s'agit de l'affaire *PSEG et autres c. Turquie*, dans laquelle l'État turc déclarait que, si toutefois le tribunal statue sur le fond du litige, il introduirait des demandes reconventionnelles. PSEG et autres qui étaient les demanderessees soutenaient explicitement qu'une fois ces demandes introduites, elles contesteraient la compétence du tribunal CIRDI à examiner ces dernières⁵⁸⁰.

Si, à l'examen de toutes ces affaires, il ne semble pas acquis de conclure, sans réserve, à l'admission des demandes reconventionnelles, l'on peut, néanmoins affirmer que dans les deux espèces impliquant la société SGS, l'investisseur a volontairement consenti que le tribunal statue sur le fond des demandes incidentes introduites par l'État.

Par ailleurs, une autre limitation de l'aptitude des États à introduire des demandes reconventionnelles résulte de la distinction *Treaty-claim et Contrat-claim*. En effet, selon cette théorie, le tribunal arbitral statuant sur le fondement d'un TBI ne peut connaître des violations du contrat liant l'investisseur étranger et l'État d'accueil. Par conséquent, il ne sera compétent pour accepter les demandes reconventionnelles introduites par l'État. En revanche, il n'existe, à ce jour, aucune disposition internationale qui s'opposerait à ce que les parties à l'arbitrage *without privity* s'entendent pour permettre aux arbitres de connaître cumulativement des réclamations fondées sur le traité et d'autres sur le contrat. En ce sens H. E. Kjoes a révélé une sentence arbitrale, rendue par la procédure CNUDCI, le 22 février 2005 qui avait adopté une telle solution, dans l'affaire *France Télécom c. République du Liban*⁵⁸¹.

Mis à part ces apports jurisprudentiels contribuant à la possibilité pour les États d'introduire des demandes reconventionnelles dans l'arbitrage *without privity*, le souci d'une bonne administration de la justice plaiderait aussi pour leur admission dans ces litiges opposant investisseurs étrangers et État d'accueil.

⁵⁸⁰ Voir le site <http://www.asil.org/ilib/psegdecision.pdf>, § 9, Décision portant sur la compétence.

⁵⁸¹ Dans cette espèce, les parties s'étaient entendues pour permettre aux arbitres d'examiner cumulativement les réclamations fondées sur le traité et celles fondées sur le contrat, voir H. E. Veenstra-Kjoes « *Counte-rclaims by host States in investment dispute arbitration « without privity* », *op.cit.* spéc. Nb p. 119.

c- Les exigences du principe d'une bonne administration de la justice

Il est incontestable qu'à l'heure actuelle, l'arbitrage transnational unilatéral fait l'objet de critiques récurrentes, non seulement de la part des États d'accueil (surtout ceux en développement) mais aussi des auteurs qui s'intéressent généralement au droit international des investissements. La principale critique -pour ne pas dire l'unique critique- qui lui est faite repose sur le fait que sa saisine est entièrement dépendante de la volonté de l'une seule des parties au différend, en l'occurrence l'investisseur⁵⁸². Une juridiction chargée de trancher des litiges entre des parties, doit être soucieuse de sa réputation par rapport aux décisions qu'elle rend. Elle doit présenter un caractère d'impartialité et attribuer aux parties l'égalité des armes aussi bien dans leur statut de demandeur comme de défendeur. Interdire aux États, dans le contentieux qui les oppose aux investisseurs, d'introduire des demandes reconventionnelles peut aller à l'encontre du principe de l'égalité et du procès équitable. Ainsi, l'article 18 de la loi de la CNUDCI stipule que : « *les parties doivent être traitées sur un pied d'égalité et chaque partie doit avoir toute possibilité de faire valoir ses droits* ». La commission européenne des droits de l'Homme, dans l'affaire *Nicos Schacolas c. Chypre*, a plaidé pour l'admission des demandes reconventionnelles en vertu du principe de l'égalité des armes en ces termes : « *En l'absence d'une juridiction alternative devant laquelle une partie peut efficacement valoir ses droits, l'exclusion des demandes reconventionnelles peut affecter l'égalité des armes entre les parties de façon à rendre la procédure injuste au sens de l'article 6 (1) de la Convention européenne des droits de l'homme.* ».

En outre, dans le contexte actuel du débat sur la question de la responsabilité des multinationales, l'admission des demandes reconventionnelles serait l'occasion d'introduire les obligations des investisseurs dans le champ d'intervention des arbitres. En ce sens Walid Ben Hamida s'exprimait : « *Les États... pourront, en introduisant des demandes reconventionnelles, contester le comportement des investisseurs au regard des standards nationaux et internationaux relatifs à l'environnement, à la corruption, aux droits fondamentaux, à l'abolition du travail des enfants et à l'élimination des discriminations en matière d'emploi* »⁵⁸³.

⁵⁸² A. PRUJINER, « L'arbitrage unilatéral: un coucou dans le nid de l'arbitrage conventionnel? », *Revue d'arbitrage*, 2005, n° 1, pp. 63-99, p. 74.

⁵⁸³ W. B. HAMIDA, « L'arbitrage État-investisseur cherche son équilibre perdu : dans quelle mesure l'État peut introduire des demandes reconventionnelles contre l'investisseur privé ? », *op.cit.*, p. 262.

3 : En matière de responsabilisation : incorporer des obligations à l'endroit des investisseurs dans les TBI

Selon Makane Moïse Mbengue, les obligations des investisseurs sont l'intrus du droit international de l'investissement⁵⁸⁴, alors que pour l'auteur, « *L'investissement étranger ne peut contribuer au développement économique de l'État sur le territoire duquel il se situe que s'il est responsabilisé...* »⁵⁸⁵.

Pourtant, l'idée de responsabilisation des entreprises multinationales n'est pas nouvelle. Elle a été abordée dans le cadre la *Soft Law*, à travers certaines institutions internationales, telle l'OCDE qui élaborera des Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales⁵⁸⁶. Il en est ainsi de l'Organisation Internationale du Travail (OIT) avec la Déclaration de principes tripartite⁵⁸⁷. L'on peut également citer les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme⁵⁸⁸, les principes *for Responsible Contracts*⁵⁸⁹, les Principes pour un investissement responsable dans l'agriculture et les systèmes alimentaires⁵⁹⁰.

En ce qui concerne strictement le droit international de l'investissement, cependant, il importe de souligner que la responsabilisation, voire, l'engagement de la responsabilité des multinationales n'y est pas, pour l'heure, consacré. Au demeurant, dans la tendance réformatrice de ce droit, il est de plus en plus question d'incorporer dans les traités des règles contraignantes à l'endroit des investisseurs étrangers. Ce qui fait que la responsabilisation de ces derniers

⁵⁸⁴ M. M. MBENGUE : « Les obligations des investisseurs étrangers », in *L'entreprise multinationale et le droit international*, L. DUBIN, P. BORDEAU-LIVINEC, J.-L. ITEN et V. TOMKIEWICH (dir.), *Colloque de Paris 8 Vincennes-Saint-Denis, SFDI, Pédone*, 2017, pp. 295-337, p. 295.

⁵⁸⁵ *Ibidem.*, p. 299.

⁵⁸⁶ OCDE, « Les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales », mis à jour le 29 septembre 2011, disponible sur : http://www.oecd-ilibrary.org/governance/les-principes-directeurs-de-l-ocde-a-l-intention-des-entreprises-multinationales_9789264115439-fr

⁵⁸⁷ OIT, « Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale, 2006, disponible sur :

http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/documents/publication/wcms_124923.pdf.

⁵⁸⁸ Voir en ce sens le Pacte Mondial avec L. BOISSON DE CHAZOURNES et E. MAZUYER (dir.), *Le Pacte Mondial des Nations Unies 10 ans après*, Bruxelles, Bruylant, 2011.

⁵⁸⁹ ONU, « Principes for Responsible Contracts : Integrating the Management of Human Rights Risk into State-Investor Contract Negotiation », 2011, disponible sur :

http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Principles_ResponsibleContract_HR_PUB_15_1_EN.pdf.

⁵⁹⁰ Commission de la sécurité alimentaire (CSA) de l'Organisation pour l'alimentaire et l'agriculture (FAO), *Principes de la CSA pour un investissement responsable dans l'agriculture et les systèmes alimentaires*, 2014, disponible sur :

<http://www.fao.org/cfs/cfs/-home/activities/rai/fr>.

passerait de la *Soft Law* à la *Hard Law*⁵⁹¹. Ainsi, l'examen minutieux de la pratique actuelle en matière de négociation de TBI permet de déceler trois catégories d'obligations des investisseurs. Il s'agit des obligations de diligence due qui renvoie à une obligation de comportement, les obligations de résultat et des obligations horizontales. Ces dernières pèsent aussi bien sur les investisseurs que sur les États hôtes, voire même, dans certaines circonstances, sur les États d'origine de l'investisseur.

Si cette tendance de formuler des obligations vis-à-vis des investisseurs étrangers est devenue une question d'actualité dans les relations économiques internationales, c'est dans le continent africain que sa concrétisation se fait le mieux ressentir. En effet, deux instruments phares provenant de ce continent affichent une avancée non négligeable dans le projet d'instaurer des obligations aux entreprises multinationales en droit des investissements. Il s'agit, d'une part, du Code panafricain des investissements⁵⁹², et d'autre part du modèle de TBI de la Communauté de Développement de l'Afrique Australe (CDAA) ou *SADC (Southern African Development Community)*⁵⁹³. Ces deux instruments africains demeurent, à l'heure actuelle, les plus sophistiqués, en ce qui concerne particulièrement l'instauration d'obligations de résultat des multinationales dans le droit conventionnel des investissements.

En ce qui concerne le premier instrument, en l'occurrence le Code panafricain des investissements, il dispose d'un chapitre IV spécifiquement consacré aux obligations des investisseurs. Ce chapitre fait, en effet, référence à certaines catégories d'obligations de résultats, telles les obligations relatives à la bonne gouvernance d'entreprises où il dispose que « *Les investissements doivent être conformes aux normes nationales et internationales de gouvernance d'entreprise dans le secteur concerné, en particulier en ce qui concerne la transparence et les pratiques comptables* »⁵⁹⁴. Le code mentionne également des obligations socio-politiques⁵⁹⁵ comme le respect des valeurs socio-culturels⁵⁹⁶, ou le respect des droits des travailleurs⁵⁹⁷. Il a aussi été interdit aux investisseurs étrangers, dans ce Code panafricain, de

⁵⁹¹ M. M. MBENGUE : « Les obligations des investisseurs étrangers », in *L'entreprise multinationale et le droit international, op.cit.*, p. 303.

⁵⁹² Voir sur le Code panafricain des investissements M. M. MBENGUE, « *Africa and the Reform of the International Investment Regime : An Introduction* », *Journal of World Investment and Trade*, 2017.

⁵⁹³ La CDAA ou SADC est, au même titre que la CEDEAO, une organisation d'intégration régionale ayant pour objet le développement économique. Elle est composée de 15 États membres avec les adhésions de l'Afrique du Sud, de l'Île Maurice, de la République Démocratique du Congo, du Madagascar, et de la République de Seychelles.

⁵⁹⁴ Article 19 « *Cadre relatif à la gouvernance d'entreprise* » du Code panafricain des investissements.

⁵⁹⁵ Article 20 « *Obligations socio-politiques* » du Code précité.

⁵⁹⁶ Alinéa 1, b) de l'Article 20 précité.

⁵⁹⁷ Alinéa 1, e) de l'Article 20 précité.

se livrer à des actes de corruption ou d'y contribuer⁵⁹⁸. Ce document insiste aussi sur la responsabilité sociale des entreprises à l'alinéa 2 de son article 22 qui dispose : « *Les investisseurs cherchant à atteindre leurs objectifs économiques, s'assurent que ceux-ci ne sont pas en contradiction avec les objectifs de développement social et économique des États d'accueil et sont sensibles à ces objectifs* »⁵⁹⁹. En matière d'utilisation des ressources naturelles, le Code dispose en son article 23 (1) que : « *Les investisseurs ne doivent pas exploiter ou utiliser les ressources naturelles locales au détriment des droits et intérêts de l'État d'accueil* »⁶⁰⁰. Enfin, la dernière catégorie d'obligations de résultat évoquée par cet instrument panafricain est relative à « *L'éthique commerciale et Droits humains* »⁶⁰¹.

Le second instrument africain abordant les obligations de résultat des investisseurs est le modèle de TBI de la CDAA ou SADC (en anglais). Cette organisation communautaire dispose du modèle de TBI le plus sophistiqué en matière d'obligations des entreprises étrangères, non seulement en Afrique, mais aussi dans le monde. Ce modèle contient, en effet, un chapitre spécifique intitulé « *Rights and Obligations of Investors* » dans lequel toutes les obligations des investisseurs portent sur des obligations de résultats particuliers. Il peut s'agir d'obligations portant sur la responsabilité sociale des entreprises, sur la protection des droits de l'Homme, sur la transparence, ou encore sur l'environnement. Ce modèle de traité de la SADC est même allé jusqu'à imposer aux investisseurs une étude d'impact environnemental (EIA)⁶⁰², ou encore exiger à ces derniers le respect des instruments de droits de l'Homme auxquels l'État d'accueil est partie. En matière d'obligations horizontales également, le modèle de TBI de la SADC affiche sa singularité. Il dispose d'un article 10 intitulé « *Common Obligation against*

⁵⁹⁸ Article 21 « *Corruption* » du Code panafricain des investissements.

⁵⁹⁹ Alinéa 2 de l'Article 22 « *Responsabilité sociale des entreprises* », du Code précité.

⁶⁰⁰ Alinéa 1 de l'article 23 « *Obligations relatives à l'utilisation des ressources naturelles* » du Code précité.

⁶⁰¹ Son article 24 « *Ethique commerciale et Droits humains* » dispose en intégralité que :

« Les principes suivants doivent guider les investisseurs en matière de respect de l'éthique commerciale et des droits humains :

- a) Promouvoir et respecter la protection des droits humains internationalement reconnus ;
- b) Veiller à ne pas être complices des violations des droits humains ;
- c) Eliminer toutes formes de travail forcé ou obligatoire, y compris l'abolition effective du travail des enfants ;
- d) Eliminer la discrimination en matière d'emploi et dans la vie professionnelle ; et
- e) Veiller à un partage équitable des richesses issues des investissements ».

⁶⁰² Sur ce point voir CIJ, *Affaire relative à des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine C/ Uruguay)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2010, p. 83, § 204, où la Cour cite : « *L'on peut désormais considérer qu'il existe, en droit international général, une obligation de procéder à une évaluation de l'impact sur l'environnement lorsque l'activité industrielle projetée risque d'avoir un impact préjudiciable important dans un cadre transfrontière, et en particulier sur une ressource partagée* ».

Corruption » qui défend aussi bien les investisseurs que les États hôtes de s'adonner à la corruption dans leurs relations d'investissement et qui se lit comme suit :

10.1 Investors and their investment shall not, prior to the establishment of an Investment or afterwards, offer, promise or give any undue pecuniary or other advantage, whether directly or through intermediaries, to a public official of the Host State, or a member of an official's family or business associate or other person in close proximity to an official, for that official or for a third party, in order that the official or third party act or refrain from acting in relation to the performance of official duties, in order to achieve any favour in relation to a proposed investment or any licences, permits, contracts or other rights in relation to an Investment.

10.2 Investor and their Investments shall not be complicit in any act described in Paragraph 10.1, including incitement, aiding and abetting, and conspiracy to commit or authorization of such acts.

10.3 A breach of this article by an Investor or an Investment is deemed to constitute a breach of the domestic law of the Host State Party concerning the establishment and operation of an investment.

10.4 The State Parties to this Agreement, consistent with their applicable law, shall prosecute and where convicted penalize persons that have breached the applicable law implementing this obligation.

Une autre obligation horizontale incorporée dans le modèle de TBI de la SADC est celle qui impose aux deux acteurs de l'investissement, que sont l'État d'accueil et l'entreprise étrangère, d'appliquer le principe de précaution⁶⁰³.

Cependant, l'instauration d'obligations d'investisseurs dans les traités d'investissements serait sans effet, si elle ne s'accompagnait pas de modalités de mise en œuvre de ces dites obligations. Ici aussi, de grands pas ont été posés dans le continent africain à travers deux approches portées par certaines institutions communautaires. La première consisterait à permettre à l'État hôte d'introduire des demandes reconventionnelles afin de porter à la connaissance du tribunal arbitral des violations d'obligations par l'investisseur étranger. C'est le Marché Commun pour l'Afrique Orientale et Australe (COMESA) qui prévoit cette demande incidente. En effet, l'article 28 § 9 de son accord intitulé « *Investment Agreement for the COMESA Common Investment Area* » stipule que « *A Member State against whom a claim is brought by a COMESA investor under this Article may assert as a defence, counterclaim, right*

⁶⁰³ Voir SADC, *SADC Model Bilateral Investment Treaty Template*, 2012, article 13, § 4, disponible sur : <http://www.iisd.org/int/wp-content/uploads/2012/10/sadc-model-bit-template-final.pdf>.

of set off or other similar claim, that the COMESA investor bringing the claim has not fulfilled its obligations under this Agreement, including the obligations to comply with all applicable domestic measures or that it has not taken all reasonable steps to mitigate possible damages »⁶⁰⁴. Le Code panafricain des investissements, en son article 43 (1), ouvre la voie aux États d'accueil d'introduire des demandes reconventionnelles en ces termes : « *Lorsqu'un État membre soutient, dans le cadre d'une procédure de règlement des différends prévue par le présent Code, qu'un investisseur ou son investissement ne s'est pas acquitté de ses obligations en vertu du présent Code ou d'autres règles et principes pertinents du droit national et international, l'organe compétent saisi du différend examine si la violation est avérée et pertinente à l'égard des questions dont il est saisi, et si tel est le cas, se prononce sur ses effets atténuants ou compensatoires sur le fond de la demande ou, le cas échéant, sur les dommages-intérêts accordés* ». Mais c'est l'alinéa 2 du même article qui demeure plus explicite en ce qui concerne cette demande incidente. Il dispose : « *Un État membre peut saisir n'importe quel organe compétent en vertu du présent Code d'une demande reconventionnelle contre un investisseur en dommages-intérêts ou autre forme de réparation résultant de la violation alléguée du Code* ».

La seconde approche, quant à elle, vise la saisine des juridictions internes de l'État d'origine de l'investisseur afin que ces dernières puissent établir la responsabilité de celui-ci sur violations d'obligations commises en territoire étranger. C'est précisément le sens de l'article 17 du modèle de TBI de la SADC intitulé « *Investor Liability* »⁶⁰⁵.

Au terme de cette appréciation de la pratique des TBI dans l'espace CEDEAO, deux constats majeurs se dégagent. Tout d'abord, il importe de préciser que les règles contenues dans les traités d'investissements signés par les États de cette organisation communautaire sont semblables à celles que l'on trouve dans la plupart des TBI conclus dans le monde. Ce qui signifie que ces traités signés par ces États ouest-africains sont également visés par les critiques récurrentes portées au droit conventionnel de l'investissement. Mais, les effets négatifs ce droit sont plus perceptibles dans ces pays, compte tenu de leur faiblesse économique. Pour cette raison, ces États en développement doivent occuper les premières lignes dans cette tendance de rééquilibrage des droits et obligations entre les investisseurs et les États récipiendaires de l'investissement. D'autre part, le fait qu'il est admis au sein de la doctrine que les deux modèles

⁶⁰⁴ *Common Market for Eastern and Southern Africa (COMESA), Investment Agreement for the COMESA Common Investment Area*, 23 mai 2007, disponible sur :

<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3092>.

⁶⁰⁵ SADC Model Bilateral Investment Treaty Template, article 17.

d'instruments les plus sophistiqués en matière d'obligations des investisseurs proviennent de l'Afrique⁶⁰⁶ doit constituer un signal, pour la CEDEAO de se rendre compte de son aptitude à élaborer son propre modèle de TBI qui sera en parfaite adéquation avec ses aspirations économiques.

⁶⁰⁶ M. M. MBENGUE : « Les obligations des investisseurs étrangers », in *L'entreprise multinationale et le droit international*, *op.cit.*, p. 329.

Conclusion du Chapitre 1

Dans le système juridique international, il existe des actes juridiques conventionnels qui ont pour objet d'apporter une protection des investisseurs étrangers sur les territoires de leurs pays hôtes. Ces actes juridiques internationaux et conventionnels ont connu une évolution, dans le droit des investissements, en partant des contrats d'État jusqu'aux traités bilatéraux et multilatéraux de protection des investissements.

Il a été rappelé que les contrats d'État ont permis d'internationaliser le droit des investissements, en appliquant les règles du droit international général dans les rapports contractuels entre État et une personne privée. Mais, à un certain moment, il s'est produit au sein de la doctrine, une contestation de l'application du droit international dans ces contrats d'État, du seul fait de la présence de la personne privée comme partie dans ceux-ci. Mais encore, sur le plan pratique, les litiges issus de ces contrats étaient du ressort des tribunaux internes de l'État d'accueil, ce qui faisait naître des suspicions de partialité de ces tribunaux au détriment des investisseurs. C'est ainsi que se produisait, à côté, un développement fulgurant de traités internationaux conclus entre États et ayant exclusivement pour objet de protéger leurs investisseurs sur les territoires des autres États parties. Ce sont ces traités qui ont supplanté les contrats d'État et qui constituent le cadre protecteur des opérateurs économiques étrangers dans l'espace CEDEAO.

Si ces traités d'investissements ont pu, juridiquement, sécuriser les biens des opérateurs économiques étrangers, force est de reconnaître que, d'un autre côté, leur caractère "surprotecteur" des investisseurs, ont également joué en défaveur des États d'accueil. De manière plus précise, les garanties conventionnelles découlant de ces traités au profit des investisseurs étrangers ont eu des effets redoutables sur la liberté normative ou réglementaire des États hôtes. D'où, la nécessité d'instaurer un rééquilibrage des droits et des obligations entre les investisseurs étrangers et les États d'accueil dans les TBI et TMI. À ce propos, plusieurs perspectives ont été dégagées. Il s'agit, entre autres, de prévoir des obligations à l'endroit des investisseurs, obligations qui constitueront une contrepartie des privilèges juridiques qui leurs sont offerts dans les traités. Il a aussi été envisagé, dans le cadre procédural, de permettre aux États d'accueil d'introduire des demandes reconventionnelles. Mais ce qu'il importe surtout de mentionner est que les deux modèles les plus sophistiqués en matière de rééquilibrage du droit conventionnel des investissements proviennent de l'Afrique. Il s'agit, en l'occurrence, du modèle de TBI de l'organisation communautaire de la SADC et le Code panafricain des investissements adopté par l'Union africaine. Plus précisément, ces deux instruments

constituent des modèles pionniers, non seulement en Afrique, mais aussi dans le monde, en matière d'obligations des investisseurs étrangers. Mais ce n'est pas tout, ils consacrent, de manière expresse, l'aptitude des États récipiendaires de l'investissement de formuler des demandes reconventionnelles dans la procédure contentieuse.

Par ailleurs, à côté de ces actes juridiques internationaux et conventionnels de protection des investissements étrangers que sont, les contrats d'État, les TMI et les TBI, il en existe d'autres. Ceux-ci constituent, d'ailleurs, l'essentiel des clauses contenues dans les TBI, clauses auxquelles les États doivent se conformer dans le traitement et la protection qu'ils accordent aux investisseurs étrangers. Il s'agit des standards internationaux de traitement des investissements ; standards sur lesquels il convient de se pencher pour analyser leur application dans les investissements étrangers au sein de la CEDEAO.

Justement, ces standards internationaux, au même titre que les TBI, constituent des instruments protecteurs des investisseurs étrangers dans l'espace CEDEAO.

Chapitre 2 : L'application des standards internationaux de traitement des investissements étrangers dans l'espace CEDEAO

Selon le Dictionnaire du droit international public, le terme « standards » peut être entendu comme « *Une Norme impliquant l'idée d'un "niveau" à atteindre ou d'un "modèle" auquel il faut se conformer et par rapport auquel l'évaluation d'une situation ou d'un comportement doit être opérée* »⁶⁰⁷.

Rappelons que traditionnellement, en raison de la *compétence ratione loci*, la réglementation de l'investissement est soumise, par principe, au droit de l'État hôte⁶⁰⁸. S'il est incontestable que l'admission de l'investissement étranger sur son territoire, relève de la compétence exclusive de l'État d'accueil de l'investissement, il n'est pas aussi moins contestable que les règles internationales de traitement et de protection de ces investissements constituent des limites à ce pouvoir souverain de l'État. Il est possible, à ce niveau, de considérer que ces règles constituent des autolimitations du pouvoir souverain des États, en ce sens qu'ils y ont consenti à travers des contrats, conventions ou traités qu'ils signent. Le droit international est un droit conçu par et pour les États, même si de nos jours, il est question d'étendre ses sujets aux personnes morales de droit privé⁶⁰⁹.

Plus clairement, les rapports entre le droit interne des États et les traités, en général, ont d'abord été réglés par les Constitutions des États avant de l'être par le droit international des investissements. « *Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie* »⁶¹⁰. Cette disposition de la constitution sénégalaise est également observable dans pratiquement toutes les constitutions des États de la CEDEAO. Le respect au traité est tel que, même lorsqu'il contient une disposition contraire à la constitution, sa ratification ne peut intervenir qu'après la modification du texte constitutionnel.

⁶⁰⁷ Dictionnaire de droit international public, Jean SALMON (dir), Editions Bruylant/AUF, Bruxelles, 2001, p. 1049.

⁶⁰⁸ Giorgio SACERDOTI l'a rappelé : « *It is an accepted principle under international law that the economic activity of a foreigner carried on in a given State, especially if this is done through an entity established there in accordance with the local law, is in principle governed by the law of the host State* ». G. SACERDOTI, « Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on investment Protection », *RCADI*, 1997., p. 369.

⁶⁰⁹ Sur la question de l'admission des individus comme sujet de droit international, voir Ch. LEBEN « Quelques réflexions théoriques à propos des contrats d'État », in Mélanges Ph. KAHN, *Souverainetés étatiques et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle : A propos de 30 ans de recherche du CREDIMI*, op.cit., pp.119-175.

⁶¹⁰ Article 91 de la Constitution sénégalaise du 22 janvier 2001.

S'il n'existe à ce jour, aucune convention de portée générale réglementant tous les aspects du droit international des investissements⁶¹¹, il est possible, tout de même, de retrouver en son sein un corpus de règles régissant la matière. Parmi ce corpus de règles figurent les standards juridiques internationaux qui occupent une place essentielle dans ce domaine du droit international économique. Leur importance dans le droit des investissements est telle que certains auteurs ont pu dire que les « *standards juridiques irriguent de leurs caractéristiques l'ensemble du droit international des investissements* »⁶¹². Mais, pour mieux saisir la place qu'occupent les standards internationaux dans cette discipline juridique, il faudrait dès l'abord les identifier et les définir (**Section 1**) avant d'examiner l'impact de leur application dans les territoires des États de la CEDEAO à travers les TBI et TMI auxquels ces États sont parties (**Section 2**).

Section 1 : L'identification et la signification des standards

Les standards applicables dans les relations économiques internationales sont limitativement énumérés. Tout de même, en droit international des investissements, la doctrine a opéré une classification pour mieux les appréhender. Ainsi, l'on peut distinguer, d'une part, les standards de non-discrimination, ou principes de non-discrimination (**Paragraphe 1**) et d'autre part des standards issus de la coutume et des principes généraux du droit (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : Les principes de non-discrimination

Les discriminations que peuvent subir les investisseurs étrangers ne se limitent pas seulement au moment de l'admission de l'investissement. Même une fois leurs investissements admis sur le territoire de l'État hôte, les opérateurs économiques peuvent subir des dommages à raison des mesures discriminatoires. Pour restreindre ces discriminations, le droit international

⁶¹¹ Il faut noter que beaucoup d'aspects du droit international des investissements soulèvent des controverses doctrinales, sauf le constat de l'inexistence d'un instrument multilatéral régissant toute la matière d'une manière générale. Beaucoup d'auteurs ont confirmé et déploré ce constat. Mahmoud SALEM disait que "les tentatives de conclusions de traités multilatéraux stipulant des normes de droit international applicables à l'investissement étranger n'ont jusque-là pas obtenu le succès qu'escomptaient leurs auteurs", M. SALEM, « Investissement étranger et droit international », in Mélanges Ph. KAHN, *Souverainetés étatiques et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle : A propos de 30 ans de recherche du CREDIMI*, op.cit., pp. 368-388, p. 375., voir aussi D. CARREAU et P. JUILLARD, *Droit international économique*, 5^{ème} éd., Dalloz, 2013, p. 451.

⁶¹² A. LAGELLE, « Les standards en droit international économique: contribution à l'étude de la normativité internationale », *L'Harmattan*, 2014, p. 210.

des investissements a recouru à des principes de non-discrimination que sont le principe du traitement national et le principe du traitement de la nation la plus favorisée. Ces deux principes traduisent une protection par renvoi, en ce sens que le traitement auquel l'investisseur étranger peut prétendre sera celui qui est réservé à une autre catégorie d'opérateurs. Dans l'un comme dans l'autre, il s'agit de prévoir pour l'investisseur étranger l'application du traitement réservé soit aux investisseurs nationaux, soit aux investisseurs étrangers ressortissants d'autres pays. Le contenu des obligations du traitement national et du traitement de la nation la plus favorisée dépend du traitement que l'État hôte donne à ses propres nationaux ou à d'autres investisseurs étrangers⁶¹³.

Cependant, même si le principe du traitement national (A) et le principe de la nation la plus favorisée (B) sont dans la plupart des cas regroupés dans le même instrument, une étude particulière de chacun d'eux va permettre de mieux saisir leurs rôles respectifs dans le droit international des investissements.

A : Le traitement national

Pour mieux aborder le traitement national, il importe de remonter à ses origines : une tension géopolitique qui trouve échos jusqu'aujourd'hui dans le droit international des investissements. L'idée d'un traitement des opérateurs étrangers défini non pas dans l'absolu mais au regard du traitement accordé par l'État aux opérateurs nationaux est à relier à l'émergence de la doctrine Calvo au cours du XIX^{ème} siècle dans certains États latino-américains⁶¹⁴. D'après cette doctrine, les étrangers ne doivent pas bénéficier d'un traitement plus favorable que les nationaux de l'État en question. En d'autres termes, les investisseurs étrangers n'étaient en droit, du point de vue du droit international, que de recevoir le même traitement que les nationaux, sans pouvoir prétendre à une situation plus avantageuse. Pour cette pensée nationaliste, dans un État où les investisseurs nationaux sont faiblement protégés, un opérateur étranger ne pourra prétendre à une protection supplémentaire.

Cette doctrine suscite une opposition des pays développés, qui sont très attachés au « *standard minimum de traitement* ». Ce standard constitue un ensemble de normes de protection que le droit international reconnaît dans l'absolu à tout opérateur économique. Le fait d'adopter une norme minimale de traitement signifie, pour un pays, qu'il accordera aux

⁶¹³ CNUCED, National Treatment, p. 3. Voir aussi C. VADCAR, *Juris-classeur*, fasc. 565.

⁶¹⁴ A. DE NANTEUIL, « Droit international de l'investissement », 2^{ème} éd., *op.cit.*, p. 288.

investissements effectués par des investisseurs étrangers un traitement conforme aux standards internationaux que recouvre la norme minimale du droit international coutumier. La mention du "droit international coutumier" renvoie au corps de lois internationales se rapportant à la norme minimale de traitement des personnes et des biens étrangers. La "norme minimale" peut s'entendre comme un seuil en deçà duquel le traitement des investisseurs étrangers ne doit pas se situer, même si un gouvernement n'agit pas de manière discriminatoire. En général, « *Un État manquerait à la norme minimale de traitement si son comportement équivalait à une faute, à la mauvaise foi, à un manquement volontaire au devoir ou comprenait des mesures gouvernementales tellement en dessous des normes internationales que toute personne raisonnable et impartiale verrait aisément qu'elles sont insuffisantes* »⁶¹⁵ a estimé Bertrand Roger JIOGUE. Ian BROWNLIE a, pour sa part, fait remarquer que la doctrine a opposé une « *norme minimale internationale* », « *norme morale pour les États civilisés* », au principe du traitement national⁶¹⁶.

Une telle perception de la norme minimale de traitement découlant du droit international coutumier entraîne une certaine conséquence : sur le territoire d'un État ne reconnaissant qu'une faible protection aux investisseurs nationaux, les opérateurs étrangers pourraient se trouver en droit de réclamer, en vertu du droit international, un traitement plus favorable que celui qui serait reconnu aux nationaux. C'est en ce sens que Charles ROUSSEAU affirmait : « *La grande majorité de la doctrine estime qu'il existe à cet égard un standard international minimum suivant lequel les États sont tenus d'accorder aux étrangers certains droits, ... même dans le cas où ils refuseraient ce traitement à leurs nationaux* »⁶¹⁷. C'est ce qui a poussé certains auteurs à parler de « *discrimination à rebours* »⁶¹⁸ en ce sens qu'elle s'exercerait au détriment non des étrangers, mais des ressortissants de l'État d'accueil. Les pays du Sud, en effet, et la doctrine Calvo, bien évidemment, considèrent que le traitement national devrait tenir compte des inégalités de développement et s'appliquer plutôt *in concreto* et ne faire jouer des conditions égales que dans des situations égales. Faute de quoi, les sociétés transnationales, davantage dotées en moyens, élimineraient les entreprises locales et le principe du traitement national n'aurait abouti qu'à perpétuer des inégalités de fait.

⁶¹⁵ B. R. JIOGUE, « Le régime juridique des investissements directs étrangers au Cameroun face à l'impératif de développement », thèse droit, Université de Lausanne (Suisse), 2007, p. 116.

⁶¹⁶ I. BROWNLIE, « Principles of Public International Law », *Oxford, 6th Edition*, 2003, p. 502.

⁶¹⁷ Ch. ROUSSEAU, « Droit international public, tome V : Les rapports conflictuels », Sirey, Paris, 1983, p. 46.

⁶¹⁸ A. DE NANTEUIL, « Droit international de l'investissement » *1^{ère} éd., op.cit.*, p. 289.

En fin de compte, la bataille entre les pays du Nord, et la majorité des pays Sud (tenants de la doctrine Calvo) sur la signification du traitement national a été remportée par les premiers grâce à la reconnaissance quasi-unanime par les États du standard minimum du droit international coutumier. Mais, dans la pratique, il faut remarquer que le traitement accordé aux opérateurs nationaux n'a pas vocation à être étendu directement et sans condition aux investisseurs étrangers. Concrètement, pour qu'un investisseur étranger puisse prétendre au même traitement qu'un opérateur national, il doit se trouver dans une situation identique à ce dernier. En d'autres termes, la similarité de situations entre les investisseurs étrangers et nationaux conditionnera l'exigence de traitement national (1). C'est à cet exercice que vont se consacrer, tant bien que mal, les tribunaux arbitraux pour déterminer les cas dans lesquels l'État porte atteinte ou non au standard du traitement national contenu dans les TBI, tout en sachant aussi que, comme tout principe, le principe du traitement national comporte des exceptions. Ces exceptions peuvent permettre aux États de ne pas respecter l'application du traitement national (2).

1 : La similarité de situations entre investisseurs étrangers et nationaux : condition d'application du traitement national

Une des premières sentences qui a trait à la question du traitement national est l'affaire *SD Myers c. Gouvernement du Canada*⁶¹⁹. Dans cette affaire portée devant un tribunal arbitral en vertu du chapitre 11 de l'ALENA, l'investisseur était une compagnie américaine offrant des services de destructions des BCP. Il se plaignait, entre autres choses, de ce que la prohibition d'exportation de déchets dangereux imposée par le Canada violait la clause du traitement national (art. 1102)⁶²⁰. Elle aurait favorisé les entreprises canadiennes qui détruisaient les BPC au Canada. Le tribunal a concentré son analyse sur l'identification des investisseurs dans des circonstances similaires. Il a conclu que l'investisseur américain et sa filiale au Canada se trouvaient dans des circonstances similaires aux compagnies canadiennes détruisant des BPC puisqu'ils étaient en concurrence et opéraient dans le même secteur économique. Selon le tribunal la détermination de circonstances similaires doit aussi tenir compte des circonstances qui justifient le traitement différent par la réglementation gouvernementale. Le tribunal semble

⁶¹⁹ Affaire *SD Myers c. Gouvernement du Canada*, première sentence partielle, 13 novembre 2000, *World Trade and Arbitration Materials*, 2003, pp. 103-183.

⁶²⁰ Selon l'article 1102 § 1 :

« Chacune des Parties accordera aux investisseurs d'une autre Partie un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances analogues, à ses propres investisseurs, en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation d'investissements. »

avoir examiné l'objectif réglementaire mais seulement pour indiquer que, bien qu'il fût légitime, la façon dont le Gouvernement canadien avait choisi de l'atteindre ne l'était pas. Ayant apprécié que l'investisseur américain avait été désavantagé par rapport aux entreprises canadiennes dans le même secteur, le tribunal a conclu que la prohibition à l'exportation des BPC imposée par le Gouvernement du Canada était en contravention avec l'obligation du traitement national.

Dans une autre affaire concernant *Consortium RFCC c. Royaume du Maroc*, en vertu du TBI Italie/Maroc, l'investisseur italien se plaignait de nombreuses violations contractuelles par le Gouvernement du Maroc, y compris certaines violations de la clause du traitement national et de celle NPF. Selon le tribunal arbitral, il s'agissait de déterminer : « *si la situation de l'investisseur étranger était identique à celle de l'investisseur national ou à celle de l'investisseur d'un pays tiers avec lequel l'État d'accueil a conclu un traité similaire de protection des investissements, afin de pouvoir affirmer que la différence de traitement appliquée par l'État d'accueil était ou non justifiée* »⁶²¹.

Cependant, il peut exister des situations où, même s'il y'a une similarité de situations entre l'investisseur étranger et l'investisseur national, l'État ne sera pas tenu d'appliquer voire, de respecter le principe du traitement national.

2 : Les exceptions à l'application du traitement national par les États d'accueil

Il est acquis que, souverainement, l'État est libre d'admettre ou non, certains investissements sur son territoire. En d'autres termes, l'accueil des investissements relève, incontestablement, de la compétence souveraine de chaque État. Mais encore, même s'ils acceptent d'accueillir l'investisseur et son investissement, il est des cas pour lesquels ils ne sont pas tenus de respecter certains principes ou standards du droit international des investissements. Tel, le principe du traitement national par exemple.

En effet, les restrictions à l'application de la clause du traitement national peuvent directement provenir des TBI signés par les États même. C'est-à-dire que les États parties à un TBI, peuvent convenir de ne pas inclure dans celui-ci la clause du traitement national. Il en est

⁶²¹ *Consortium RFCC c. Royaume du Maroc*, sentence sur le fond, 22 décembre 2003, § 35, cité par Sylvie TABET, « Application de l'obligation de traitement national et de traitement de la nation la plus favorisée dans la jurisprudence arbitrale en matière d'investissement : nouveaux problèmes à la lumière de la jurisprudence de l'OMC », in *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Philippe KAHN et Thomas W. WÄLDE (dir), *op.cit.*, pp. 353-389, p. 362.

ainsi des TBI signés par le Sénégal avec respectivement des pays comme la Roumanie, la Suède et la Russie qui ne contiennent que la clause NPF et non celle du traitement national⁶²².

Il faut dire ici les raisons qui amènent des États parties à un TBI d'exclure l'application du traitement national ou même d'autres clauses dans celui-ci, peuvent être de plusieurs ordres. On peut les scinder en deux catégories : elles peuvent être d'ordre purement économique (a), ou d'ordre public (b).

a- Les raisons d'ordre économique

Il est presque devenu une lapalissade d'affirmer que l'investissement étranger constitue un moteur développement. Autrement dit, l'investissement contribue au développement économique des États d'accueil, et surtout ceux des États en développement. Mais, justement, pour des raisons purement économiques, ces mêmes États peuvent être amenés à prendre des mesures tendant à "restreindre le champ d'application de l'investissement étranger" sur leurs territoires. Il en est ainsi de l'exclusion de la clause du traitement national dans certains de leurs TBI. Au moins deux raisons d'ordre économique peuvent justifier l'exclusion des clauses de non-discrimination dans ces accords d'investissements.

La première raison a trait à l'appartenance d'un État à une organisation d'intégration régionale ayant vocation de réaliser une coopération économique et monétaire. En effet, la partition d'un État à une zone de libre-échange, d'une union douanière ou bien d'un marché commun, pourra le conduire à ne pas étendre l'application du traitement national - qu'il consent aux ressortissants des autres États parties à cette organisation - aux investisseurs étrangers. L'article 5 du TBI France/Sénégal en constitue une illustration, car il prévoit que le traitement portant sur la clause du traitement national et de celui de la nation la plus favorisée « *ne s'étend toutefois pas aux privilèges qu'une Partie contractante accorde aux investisseurs d'un État tiers, en vertu de sa participation ou de son association à une zone de libre-échange, une union douanière, un marché commun ou toute autre forme d'intégration économique régionale...* »⁶²³.

⁶²² M.M. KANE, « Traités bilatéraux d'investissements du Sénégal », *op.cit.*, p. 4.

⁶²³ L'article 5 de l'Accord de promotion et de protection des investissements entre la France et le Sénégal, signé à Dakar, le 26 juillet 2007. Il faut noter que l'on retrouve cette même disposition tendant à la restriction des principes de non-discrimination dans le TBI France/Algérie, entrée en vigueur les 27 juin 2000, et dans celui France/Chili, promulgué le 14 juillet 1992, ou encore dans le TBI France/Estonie, entré en vigueur le 25 septembre 1995.

La seconde raison d'ordre économique, peut relever de la matière fiscale. En effet, d'après Thierry Lauriol, certains TBI peuvent réserver à l'État d'accueil le droit d'opérer une différenciation entre investisseurs étrangers et investisseurs locaux en excluant du champ d'application du traitement national certains domaines spécifiques tels que la fiscalité⁶²⁴. Il faut noter à ce niveau que cette dernière a toujours constitué un domaine d'exception en matière économique. Cela se justifie, dans la mesure où la matière fiscale fait partie, à côté de la justice, la diplomatie, la défense et la police, des monopoles régaliens de l'État⁶²⁵. En droit international des investissements, cette exception d'étendre le traitement national au domaine fiscal peut également se justifier par souci de protection des entreprises nationales contre la concurrence des multinationales. Il en est ainsi du TBI Brésil/Chili, qui accorde un traitement préférentiel aux entreprises brésiliennes dans les secteurs des services de santé⁶²⁶. Certains TBI offrent une plus grande liberté aux États signataires en leur permettant d'exclure certains de leurs secteurs économiques au traitement national. Par exemple, dans le TBI Egypte/Russie, chaque partie est autorisée à déterminer les sphères d'activités et les branches économiques qu'elle compte exclure de la clause du traitement national⁶²⁷. D'après Arnaud De Nanteuil, cette exclusion de la matière fiscale s'explique aussi par l'absence de règles substantielles, ce qui laisse une marge de manœuvre importante pour les États⁶²⁸.

Par ailleurs, les États peuvent aussi être amenés à apporter des restrictions à l'application du traitement national, dans les TBI, pour des raisons d'ordre public.

b- Les raisons d'ordre public

L'ordre public est l'une des préoccupations essentielles de tout État pour le bon fonctionnement de la société. La capacité de ce dernier à régler l'ordre public pourrait aussi permettre de peser son élan de souveraineté, mais surtout d'autorité. Il faut dire que le concept d'ordre public a naturellement fait l'objet de nombreuses études, mais il n'y a pas de

⁶²⁴ T. LAURIOL, « Le traitement national », *R.G.D.I.P.*, 2015, n° 1., pp. 47-67, p. 57.

⁶²⁵ Il faut noter à ce niveau que la théorie du monopole régaliens de l'État est une des conséquences de la souveraineté théorisée depuis le XVI^{ème} siècle, par des auteurs comme Jean BODIN. Voir sur ce point J. BODIN, « Les six livres de la République, 1593, Fayard, 1986. Le monopole régaliens recouvre le champ de compétences que l'État ne saurait déléguer, sans en même temps, dénaturer ses missions fondamentales.

⁶²⁶ TBI Brésil/Chili, promulgué le 22 mars 1994, Article 3 §3.

⁶²⁷ TBI Egypte / Russie, entré en vigueur le 12 juin 2000, son article 3 (3) dispose : "*Each of the contracting Parties shall reserve the right to determine the branches of the economy and spheres of activity, in which activity by foreign investors is excluded or restricted*".

⁶²⁸ A. DE NANTEUIL, « Le droit international des investissements » 2^{ème} éd., *op.cit.*, p. 229.

consensus quant à sa définition⁶²⁹. C'est une notion qui occupe une place fondamentale dans toutes les disciplines juridiques, en y jouant des rôles différents. En droit administratif, la notion d'ordre public a pour rôle d'encadrer les libertés des administrés pour éviter leurs dérives. Ainsi, en matière de libertés publiques, une demande de récépissé pour la constitution d'une association peut être refusée au demandeur si le fonctionnement de celle-ci comporterait des risques de troubles à l'ordre public. En droit des contrats et plus généralement en droit des obligations, l'ordre public a le pouvoir, malgré le principe de l'autonomie de la volonté qui gouverne ces disciplines, dans certaines circonstances de contraindre les parties à se soumettre à certaines règles considérées comme des règles d'ordre public.

En droit économique, (y compris en droit des investissements), le concept d'ordre public répond à la nécessité de « *restaurer la légitimité de l'économie de marché en ne l'abandonnant pas à ses pires déviations* »⁶³⁰. Dès lors, d'après Alain Le Pommelec, il semble nécessaire aux titulaires d'un pouvoir normatif de légiférer, de réglementer, de réguler, afin d'exprimer le bien commun, de faire prévaloir l'intérêt général, de limiter les exploitations abusives⁶³¹.

Ainsi, dans le même ordre d'idées, en droit international des investissements, l'ordre public peut justifier la dérogation par une des parties aux TBI de l'application d'une clause contenue dans le traité. Ainsi, il peut se fonder sur des considérations de sécurité nationale, de santé publique, de morale. Par exemple, un traité multilatéral comme l'ALENA prévoit une exception générale portant sur la sécurité nationale⁶³². Pour ce qui est du traité sur la Charte de l'Energie, il prévoit une exception générale favorisant l'adoption de mesures nécessaires à la protection de la faune et de la flore, de la santé humaine, l'acquisition de matériaux et produits dans le secteur de l'énergie en cas de pénurie, et les mesures prises au bénéfice des populations locales ou des groupes sociaux confrontés à des difficultés économiques, du moment que ces mesures ne sont pas discriminatoires ou arbitraires⁶³³.

Par ailleurs, il faut noter qu'à côté du traitement national, existe aussi la clause de la nation la plus favorisée, considérée également comme un standard de non-discrimination en droit international des investissements. Seulement, il faut souligner que ce standard s'appliquait bien avant, dans d'autres domaines tel que le commerce avant son intégration dans cette "*nouvelle*"

⁶²⁹ P. DEUMIER et Th. REVET, « Ordre public », *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003.

⁶³⁰ B. OPPETIT, « Ethique et vie des affaires », *Mélanges Colomer*, p. 319 et s.

⁶³¹ A. LE POMMELEC, « La signification de l'ordre public en droit des obligations », in *L'ordre public*, Actes du colloque du 15 et 16 décembre 2011, Charles-André DUBREUIL (dir), 2013, pp. 73-84, p. 73.

⁶³² Article 2102 de l'ALENA.

⁶³³ En ce sens voire l'Article 24 du Traité sur la Charte de l'Energie, et également R. DOLZER, « National Treatment : New developments », Symposium Co-organised by ICSID, OECD and UNCTAD, Making the Most of International Investment Agreements : A Common Agenda, 12 Décembre 2005, Paris, OCDE, p. 44.

discipline juridique. C'est dans ce cadre qu'il faut envisager l'immixtion de la clause de la nation la plus favorisée en droit international des investissements.

B : L'immixtion de la clause de la nation la plus favorisée en droit international des investissements

"Immixtion" parce que l'origine la clause de la nation la plus favorisée remonterait au Moyen-Âge où, avant même l'apparition des traités de commerce, elle servit à pacifier les relations entre les grandes cités commerçantes du bassin méditerranéen. Le plus ancien exemple fût le privilège accordé par l'empereur Henri III à la ville de Mantoue en 1305, où il lui garantissait la jouissance des coutumes qui auraient pu être obtenues « *par quelque ville que ce soit* »⁶³⁴. Par la suite la clause a été inscrite dans les traités de commerce aux XIIe et XIIIe siècles, et c'est ainsi qu'elle est devenue la règle fondamentale de l'organisation mondiale du commerce entre États à partir du XVIIe siècle.

En droit des investissements, cependant, la clause de la nation la plus favorisée revient à dire que l'investissement étranger doit bénéficier d'un traitement non moins favorable que celui accordé à l'investissement réalisé par un ressortissant de la nation la plus favorisée. En d'autres termes, le traitement de la nation la plus favorisée implique que tous les avantages plus favorables accordés à un État tiers soient automatiquement et inconditionnellement étendus à l'État bénéficiaire ou à ses ressortissants⁶³⁵. Un autre auteur définit cette clause comme « *celle par laquelle, dans un traité, un État contractant s'oblige à accorder aux investisseurs de l'autre État contractant ou à leurs investissements un traitement qui ne soit pas moins favorable que celui qu'il accorde aux investisseurs d'une autre nationalité ou à leurs investissements* »⁶³⁶. Soumis à ce standard, les pays d'accueil de l'investissement doivent appliquer aux investisseurs d'un pays étranger un traitement non moins favorable que celui qu'ils accordent aux investisseurs de tout autre pays étranger.

Si la transposition de la clause NPF du domaine commercial au droit des investissements n'a pas posé de difficulté particulière, son application dans ce dernier comporte des effets

⁶³⁴ B. B. NOLDE, « La clause de la nation la plus favorisée et les tarifs préférentiels », *R.C.A.D.I.*, 1932, Tome 39, p. 25.

⁶³⁵ C. C. DAIGREMONT, « Traitement national et traitement de la nation la plus favorisée dans la jurisprudence arbitrale récente relative à l'investissement international », in Ch. LEBEN (dir), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, Anthémis, 2006, pp. 107-162., p. 108.

⁶³⁶ G. LYONNET, « La clause de la nation la plus favorisée en droit des investissements : bilan et perspectives », *R.G.D.P.*, 2015, pp. 19-45, p. 19.

particuliers. Concrètement, en droit des investissements, l'invocation de la clause NPF par l'investisseur vise à obtenir deux effets. En premier lieu, il s'agira de l'investisseur qui s'estime victime d'une mesure étatique constituant à ses yeux un traitement moins favorable que celui accordé par le même État à un investisseur d'une autre nationalité. Il peut ensuite s'agir de l'investisseur qui, s'estimant victime d'une mesure étatique, cherchera à bénéficier par le biais de la CNPF de dispositions d'un traité tiers qu'il considère plus protectrices contre cette mesure et donc plus favorables que les dispositions du traité de base. Dans le premier cas, il s'agit de l'utilisation directe de la CNPF contre les mesures étatiques "moins favorables" (1) et dans le second il s'agirait de l'utilisation indirecte de la CNPF pour l'attraction de dispositions d'un traité tiers plus favorables que celles du traité de base (2).

1 : L'utilisation "directe" de la CNPF contre les mesures étatiques moins favorables

Dans sa première signification, face à une mesure étatique qui affecte sa situation ou celle de son investissement, l'investisseur pourra rechercher la responsabilité de l'État qui en est l'auteur en invoquant une violation de la CNPF, dès lors que cette mesure étatique est effectivement moins favorable que le traitement accordé à un investisseur d'une autre nationalité⁶³⁷.

L'utilisation directe de la CNPF transparait dans l'affaire *Parkerings c. Lituanie*. Dans cette espèce, en effet, la Lituanie avait refusé à Parkerings, investisseur norvégien, l'autorisation administrative pour la construction d'un Parking, autorisation que l'État lituanien avait pourtant accordée à un investisseur d'une autre nationalité. Devant le tribunal arbitral, l'investisseur norvégien a soutenu que la Lituanie a violé la CNPF incluse dans le TBI qui le liait à la Norvège en ce sens que l'autorisation administrative octroyée à l'autre investisseur de nationalité hollandaise était manifestement plus favorable que la décision administrative qui lui était refusée. Cependant, malgré le caractère discriminatoire de la mesure, le tribunal estima que des considérations tenant à la préservation environnementale et archéologique du site justifiaient la différence de traitement. Par voie de conséquence, il n'y avait pas de violation de la CNPF par la Lituanie, car les situations respectives des deux investisseurs n'étaient pas les mêmes. Pour le tribunal, la violation de la CNPF suppose une différence de traitement entre des investisseurs de nationalité différentes et placés dans des situations similaires : « *The essential condition of*

⁶³⁷ G. LYONNET, « La clause de la nation la plus favorisée en droit des investissements : bilan et perspectives », *op.cit.*, p. 21.

the violation of a MFN clause is the existence of a different treatment accorded to another foreign investor in a similar situation. Therefore, a comparison is necessary with an investor in like circumstances »⁶³⁸. Ce qui veut dire que « *la CNPF n'a pas vocation à assurer un traitement égal entre investisseurs quelles que soient les circonstances de fait, mais à assurer un traitement qui ne soit pas moins favorable dès lors que les circonstances de fait ne justifient pas une différence de traitement* »⁶³⁹.

L'autre implication de la CNPF c'est lorsque l'investisseur ne cherche plus à démontrer une mesure étatique moins favorable, mais à bénéficier des dispositions d'un traité tiers qu'il considère plus favorables que celles du traité de base. Seulement, dans la pratique, il faut dire que cette deuxième hypothèse de la CNPF est très controversée.

2 : L'utilisation "indirecte" de la CNPF pour l'attraction des dispositions d'un traité tiers plus favorables que celles du traité de base :

Cette hypothèse témoigne que la CNPF s'est bien frayée une place en droit des investissements. Cette immixtion est telle que beaucoup de tribunaux arbitraux ont statué sur des affaires où il était question de l'application de la CNPF pour attirer des dispositions incluses dans des traités tiers auxquels l'État d'accueil était aussi partie. Ici, le traitement moins favorable ne découle pas d'une mesure étatique litigieuse, mais plutôt, des dispositions du traité de base, comparées à celles du traité tiers⁶⁴⁰. Seulement, force est de constater que si, en soi, le mécanisme de l'attraction des dispositions du traité tiers est reconnu par principe, sa mise en jeu soulève des controverses tant dans la jurisprudence qu'en doctrine.

⁶³⁸ Affaire *Parkerings-Compagniet AS c. Lituanie*, CIRDI, n° ARB/05/8, sentence du 11 septembre 2007, §366 et s., p. 369, cité par G. LYONNET « La clause de la nation la plus favorisée en droit des investissements : bilan et perspectives », *op.cit.*, p. 22.

⁶³⁹ G. LYONNET, « La clause de la nation la plus favorisée en droit des investissements : bilan et perspectives », *op.cit.*, p. 22.

⁶⁴⁰ Ce qu'il faut remarquer c'est que, dans cette hypothèse, il n'importe pas pour l'investisseur de démontrer que la discrimination provienne de mesure prise par l'État, mais justement des dispositions plus avantageuses contenues dans le traité tiers auquel l'État d'accueil est partie. En ce sens, voir United Nations Conferences on Trade and Development, « Most-Favoured-Nation Treatment », UNCTAD Series on issues in International Investment Agreements II, 2010, spéc. p. 63 : « The comparison test has in practice worked differently depending on what claimants were seeking from the MFN clause. When claimants were seeking better treatment, whether material or effective (...) tribunals have compared treatment amongst two foreign investors who are in identical circumstances. But when claimants have invoked the MFN treatment clause in order to attract the benefits of ISDS or substantive protection provisions from third treaties, tribunals have satisfied with the mere fact that the claimant qualifies as an "investor" under the basic treaty and have not gone into actually comparing the investor with another foreign investor from a third country ».

Ainsi, en 1952, la Cour Internationale de Justice, dans l'affaire *Anglo-Iranian Oil Co*⁶⁴¹, a précisé qu'une disposition d'un traité tiers ne peut être appliquée qu'en vertu de l'accord des États signataires contenu dans la CNPF. Il s'agissait, dans cette espèce de savoir si, dans le cadre d'une action diplomatique, le Royaume-Uni pouvait invoquer des dispositions du traité entre l'Iran et le Danemark par le biais de la CNPF contenue dans le traité bilatéral qui le liait à l'Iran. Selon la Cour, l'effet relatif des traités s'oppose à ce qu'une partie au traité de base puisse bénéficier des dispositions d'un traité auquel elle n'est pas partie. Par conséquent, l'application immédiate des dispositions d'un traité tiers ne saurait être admise que si la CNPF contenue dans le traité de base la prévoit expressément. Si dans cette affaire, la CIJ a réfuté l'invocation par le Royaume-Uni de la CNPF pour bénéficier des dispositions du traité entre l'Iran et le Danemark, un tribunal CIRDI, en revanche, l'a admis dans une autre affaire. Il s'agit, en effet, de l'affaire *Maffezini c. Espagne*⁶⁴². Le contentieux portait sur un investissement réalisé par un ressortissant argentin sur le territoire espagnol dans le domaine de l'industrie chimique. Après avoir subi quelques dommages dans son opération d'investissement, *Maffezini* intenta une action en justice devant le tribunal arbitral CIRDI sur le fondement du TBI entre l'Argentine et l'Espagne. Ce TBI prévoyait avant tout recours au tribunal arbitral CIRDI, la saisine préalable des juridictions de l'État d'accueil et aussi le respect d'un délai de dix-huit mois. Il s'est avéré que cette disposition n'avait pas été respectée par l'investisseur, car ce dernier a simplement intenté une action devant le CIRDI, sans au préalable saisir les juridictions espagnoles. Pourtant, sa requête aurait pu être rejetée sur la forme, mais le tribunal en a décidé autrement, sur le fondement de la CNPF insérée dans ledit TBI. Par le biais de celle-ci, l'investisseur estima pouvoir bénéficier des dispositions éventuellement plus favorables contenues dans un autre TBI qui liait l'Espagne au Chili. Dans ce traité tiers, existait une disposition qui prévoyait, dans les conditions préalables au recours à l'arbitrage, l'obligation de patienter durant un délai de seulement six mois. Selon l'investisseur argentin, cette disposition insérée dans le TBI Espagne-Chili était manifestement plus favorable que celle existant dans le traité liant son État à l'Espagne, en ce qui concerne les conditions de saisine du CIRDI. C'est ainsi que le tribunal du Centre considéra que, conformément à la CNPF, *Maffezini* est en droit de réclamer cette disposition contenue dans le traité tiers, et en même temps se déclare compétent pour connaître la demande l'investisseur jugée recevable.

⁶⁴¹ Affaire CIJ, *Anglo-Iranian Oil Co. (Royaume-Uni c. Iran)*, décision sur la compétence, arrêt du 22 juillet 1952, CIJ, Rec. 1952, p. 93 et s.

⁶⁴² Affaire CIRDI, *Emilio Augustin Maffezini c. Espagne*, sentence du 25 janvier 2000, *ICSID Reports* vol. 5, p. 396, spéc. §38 et s.

Cette décision mérite une observation particulière. Selon Arnaud de Nanteuil, « *la solution retenue par le tribunal dans cette affaire n'a pas manqué de provoquer une certaine controverse, puisqu'il semble que la clause avait été initialement conçue uniquement pour s'appliquer au traitement substantiel et non au traitement procédural* »⁶⁴³. Mais, l'argument apporté par le tribunal était fondé sur la rédaction de la CNPF du traité applicable, qui prévoyait expressément le droit de tout investisseur au traitement de la nation la plus favorisée « *in all matters subject to this Agreement* ». Ce qui fait que rien n'excluait d'intégrer, à côté du traitement substantiel, le traitement procédural. Cette affaire incite à s'interroger sur champ d'application de la CNPF dans le traité. En d'autres termes, et de manière plus générale, il s'agira de savoir si la CNPF peut s'appliquer sur tous les aspects du droit des investissements ? Le traitement de cette question sera plus opportun lorsque l'on se penchera sur l'impact des standards internationaux sur les territoires des États d'accueil de l'investissement dans l'espace CEDEAO.

Pour le moment, il est question de l'identification et de la signification des standards ; c'est pourquoi après avoir identifié et défini, les principes de non-discrimination, il convient de se pencher sur les standards issus de la coutume et des principes généraux du droit.

Paragraphe 2 : Des standards issus de la coutume et des principes généraux du droit

La grande diversité des normes juridiques internationales est engendrée par des moyens autres que le consentement exprès des parties dans les traités. Parfois, ces règles du droit international sont regroupées sous des rubriques intitulées, par exemple, « droit international général », « droit des gens », mais elles sont plus connues sous les appellations plus spécifiques de : droit international coutumier, droit naturel, *jus cogens*. C'est-à-dire au-delà de leur engagement d'accorder aux investisseurs étrangers un traitement recommandé par les TBI, il existe "naturellement" en droit international, une obligation de traitement minimal d'étrangers résidant sur le territoire d'un État hôte. Le droit international ne visait pas spécifiquement les investissements étrangers en particulier, mais d'une manière générale, les étrangers en général et leurs biens avec.

Il faut dire qu'après la seconde guerre mondiale, les accords de Bretton Woods n'ayant pas fixé de règles juridiques concernant les investissements, aucune règle générale autre que le droit international coutumier ne se trouvait en vigueur dans ce domaine.

⁶⁴³ A. DE NANTEUIL, « Droit international de l'investissement », 1^{ère} éd., *op.cit.*, p. 302.

Le traitement juste et équitable (**A**) comme le standard de la pleine et entière protection et sécurité (**B**), appelés aussi par la doctrine, standards de caractères absolus, forment des dispositions conventionnelles relatives à ce qui est dû par l'État à l'investisseur étranger en vertu des engagements souscrits dans un traité⁶⁴⁴.

A : Le standard du traitement juste et équitable

D'emblée, il faut noter que même si la plupart des accords de protection des investissements exigent que les investissements et les investisseurs couverts reçoivent un traitement "juste et équitable", il n'existe aucun consensus général sur la signification précise de cette norme⁶⁴⁵. Ainsi, le professeur Peter Muchlinski constate :

*« Le concept de traitement juste et équitable n'est pas défini avec précision. Il constitue un fondement général permettant de formuler un argument selon lequel l'investisseur étranger n'a pas été bien traité en raison des mesures discriminatoires ou inéquitable prises à l'encontre de ses intérêts. Son contenu dépend donc de l'interprétation de faits particuliers. On peut tout au plus affirmer qu'il renvoie au principe de non-discrimination et de proportionnalité dans le traitement réservé aux investisseurs étrangers »*⁶⁴⁶.

Tout de même, d'après Dominique Carreau et Patrick Julliard, en tant que standard, le traitement juste et équitable est un principe général de droit international. Mais, à la différence des autres principes, il sert à mesurer le degré de conformité du droit interne au droit international⁶⁴⁷.

Il y a traitement juste lorsque le droit interne tient ce qu'il a promis en satisfaisant aux exigences du droit international.

Le traitement équitable, quant à lui, est celui qui est conforme à l'équité, c'est-à-dire qui ménage leur part légitime aux intérêts des parties en cause dans une opération d'investissement international. Il serait donc celui qui *« assurerait un équilibre satisfaisant entre les intérêts de l'investisseur, d'un premier côté, de l'État de nationalité de l'investisseur, d'un deuxième côté,*

⁶⁴⁴ Y. NOUVEL, « Les standards de traitement: le traitement juste et équitable, la sécurité pleine et entière », in *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Ch. LEBEN (dir.), Pédone, 2015, pp. 287-345, p. 287.

⁶⁴⁵ R. DOLZER et M. STEVENS, « Bilateral Investments Treaties », CIRDI, 1985 ; M. SALEM, « Le développement de la protection conventionnelle des investissements étrangers », *J.D.I.*, n°3, 1986, pp. 579-626.

⁶⁴⁶ P. MUCHLINSKI, « Multinational Enterprises and the Law », *Blackwell Publishing Limited, London*, 1995, p. 625.

⁶⁴⁷ D. CARREAU, Th. FLORY et P. JUILLARD, « Droit international économique », Paris, *LGDJ*, 1990, p. 632.

*et de l'État de territorialité de l'investissement, d'un troisième côté... »*⁶⁴⁸. De façon abstraite, il exige que toutes les règles et pratiques légales administratives ayant une incidence sur les intérêts des investisseurs soient transparentes, prévisibles et non discriminatoires. Il fait implicitement référence aux principes essentiels des États de droit que sont la transparence des conditions d'investissement, la non-discrimination, la légalité, la proportionnalité, la garantie de la non-rétroactivité des lois et le respect du droit international.

Le traitement juste et équitable s'applique à tous les aspects des investissements et aux revenus qu'ils génèrent : exploitation, gestion, acquisition, maintenance, expansion et cession. Y sont inclus, par exemple, l'accès aux matières premières, l'énergie ou le combustible, les moyens de production ou d'exploitation, l'accès aux services publics et aux marchés locaux des capitaux, la fiscalité, la liberté de commercialiser des produits tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du pays hôte, le droit du travail, l'admission, le traitement et la protection du personnel expatrié. En somme, c'est tout le système juridique du pays qui doit être conforme à cette norme, et non simplement la législation relative aux investissements. Le système juridique et les pratiques administratives du pays hôte doivent, dans leur ensemble, créer un climat favorable aux investissements.

Il faut faire remarquer qu'il s'agit d'une norme de traitement à caractère "absolu" et "non contingent", c'est-à-dire d'une norme qui définit le traitement qui doit être accordé selon des termes dont le sens exact reste à déterminer en fonction d'un contexte spécifique d'application, à l'inverse des normes "relatives" intégrées dans les principes du "traitement national" et de "la nation la plus favorisée", qui définissent le traitement requis eu égard au traitement accordé à d'autres investissements⁶⁴⁹.

Il faut mentionner que le traitement juste et équitable est, au même titre que les autres standards, caractérisé par sa flexibilité et son imprécision. Il peut comporter beaucoup d'obligations dont le manquement par l'État peut déboucher sur l'engagement de la responsabilité de ce dernier. Il en est ainsi des "attentes légitimes" des investisseurs. La notion d'attente légitime a fait une apparition relativement récente dans le droit des investissements. Elle correspond à ce à quoi l'investisseur raisonnable serait en droit d'attendre de la part de l'État, dont la responsabilité pourrait être mise en jeu en cas de méconnaissance manifeste⁶⁵⁰. À ce stade, il est possible d'avoir une idée sur les éventuels contentieux qui pourraient surgir

⁶⁴⁸ D. CARREAU et P. JUILLARD, « Précis Dalloz », 2^{ème} édition, pp. 441 et 442, n°1265.

⁶⁴⁹ Voir CNUCED, « Bilateral Investment Treaties in the Mid » 1990s, 1998, voir également A. A. FATOUROS, « Government Guarantees to Foreign Investors », *Columbia University Press*, 1962, pp. 135-141 et 214-215.

⁶⁵⁰ A. DE NANTEUIL, « Droit international de l'investissement », 2^{ème} éd., *op.cit.*, p. 322.

entre investisseurs étrangers et États d'accueil de l'investissement. Une mesure étatique portant atteinte aux attentes légitimes de l'investisseur peut déboucher sur la violation du standard de traitement juste et équitable. Il importe d'indiquer que l'inclusion du respect des attentes légitimes dans le traitement juste et équitable a été acceptée par de très nombreux tribunaux arbitraux, même si elles ne sont pas toujours mentionnées comme telles : le traitement juste et équitable implique que l'État respecte ses engagements ou les apparences de nature à faire naître des attentes de l'investisseur⁶⁵¹. La question que l'on devrait se poser à ce niveau est celle de savoir : pour être protégées, les attentes légitimes doivent-elles être issues d'un engagement spécifique de l'État vis-à-vis de l'investisseur qui s'en réclame ou peuvent-elles découler simplement de son comportement global ?

Si la première hypothèse devait être retenue – c'est-à-dire le fait que les attentes légitimes sont issues d'un engagement spécifique de l'État vis-à-vis de l'investisseur- il n'y aurait pas de grandes différences entre la clause de respect des engagements contractuels et la notion "d'attentes légitimes". Car, en effet, les engagements contractuels sont, à priori, à l'origine des attentes les plus fortes et les plus plausibles des deux parties au contrat d'investissement. Dès lors, si l'hypothèse d'un engagement spécifique peut, sans doute, être exclue, il n'en reste pas moins que la seconde. C'est-à-dire celle selon laquelle les attentes légitimes de l'investisseur ne peuvent naître que du comportement des autorités étatiques. Mais, l'on peut apporter ici aussi une autre nuance : les attentes légitimes peuvent résulter du comportement global et général de l'État sans lien nécessaire avec l'opération d'investissement, a indiqué un tribunal arbitral en ces termes : « *the implicit need for a long-term operation (...) for the investor to be able to have a reasonable return on the expected investment* »⁶⁵².

Deux types d'attentes légitimes existent. Les premières sont d'ordre général. Elles tiennent au droit de l'investisseur d'attendre de l'État d'accueil d'un fonctionnement régulier et cohérent de son administration, en se conformant aux standards de la bonne gouvernance. En vérité, ces attentes n'ont pas de liens directs avec le traitement juste et équitable, et ne peuvent fonder, sans difficultés, des décisions arbitrales contre des mesures étatiques. En revanche, les autres attentes sont celles qui découlent directement du comportement étatique. Seulement, de telles attentes nécessitent une analyse minutieuse des circonstances dans lesquelles les mesures étatiques peuvent compromettre aux attentes légitimes des investisseurs étrangers. Il s'agit

⁶⁵¹ *Ibidem.*, p. 332.

⁶⁵² Affaire CIRDI, *Azurix corp. C. Argentine*, n° ARB/01/12, 14 juillet 2006, ICSID Reports vol. 14, p. 374, § 318.

d'examiner si le comportement de l'État est raisonnable et objectivement justifié ou bien si un investisseur pouvait légitimement s'attendre à ce qu'un tel comportement soit adopté.

A partir de ces quelques éléments, il est possible de conclure que les attentes légitimes font aujourd'hui partie du traitement juste et équitable comme une de ses composantes essentielles, même si elles doivent être maniées avec précaution. Selon Arnaud De Nanteuil, les attentes légitimes agissent, au fond, à la manière d'un filet de sécurité permettant d'encadrer avec une certaine souplesse les agissements de l'État, qui ne doivent pas méconnaître déraisonnablement ce qu'un opérateur avisé et rationnel, équivalent international du bon père de famille, est en droit d'attendre de la part de l'État.

Après avoir exposé le standard du traitement juste et équitable, il convient de se pencher sur celui de la pleine et entière protection et sécurité.

B : Le standard de la pleine et entière protection et sécurité

Pour certains, la sécurité pleine et entière constituerait une obligation de faire – adopter les mesures appropriées pour empêcher et réprimer les atteintes matérielles – par opposition au traitement juste et équitable qui constituerait une obligation de ne pas faire⁶⁵³. Pour Yves Nouvel, « *il semble plus judicieux d'admettre que le traitement juste et équitable constitue un standard d'application générale couvrant l'ensemble des conduites de l'État à l'égard de l'investisseur, alors que la sécurité pleine et entière est un standard d'application spéciale régissant des situations exceptionnelles à l'occasion desquelles l'investissement subit une atteinte le plus souvent matérielle* »⁶⁵⁴.

Par ailleurs, même si, contrairement aux autres standards, il est moins invoqué devant les tribunaux arbitraux d'investissements, le standard de la pleine et entière protection et sécurité n'en demeure pas moins imprécis. Les adjectifs "plein" et "entier" qui renvoient à "une quantité" ou "un contenu" le démontrent à suffisance. Il ne sera pas aisé d'attribuer au standard de la

⁶⁵³ Cette idée a été soutenue par Chr. Schreuer : « *The fair and equitable standard consists mainly of an obligation of the host State's part to desist from a certain course of action. By contrast, by promising full protection and security the host assumes an obligation to actively creat a framework that grants security* », Ch. SCHREUER, « Fair and Equitable Treatment (FET) : Interactions with other Standards », *Transnational Dispute Management* 2007, vol. 5, p. 4. Cette distinction ne cadre pas avec la conception exigeante que certains tribunaux se font du standard. Par exemple, dans l'affaire *MTD*, le tribunal souligna à la lumière du préambule que les termes du standard « are framed as a pro-active statement (...) rather than prescriptions for a passive behavior of the State or avoidance of prejudicial conduct to the investors », *MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile S.A. c. Chili*, Aff. CIRDI n° ARB/01/7, sentence du 25 mai 2014, § 113.

⁶⁵⁴ Y. NOUVEL, « Les standards de traitement: le traitement juste et équitable, la sécurité pleine et entière », in *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Ch. LEBEN (dir.), *op.cit.*, p. 312.

pleine et entière protection et sécurité, dont la fonction est, par essence, correctrice, un contenu détaillé. L'on ne peut l'aborder que par voie illustrative.

Ainsi, selon Dominique Carreau et Patrick Juillard, un État qui n'offrirait à l'investisseur international aucune garantie juridique en vue d'un débat contradictoire sur le principe et sur les modalités de la mesure de dépossession qui le frapperait, ne respecterait pas le standard de la pleine et entière protection, parce que le niveau des protections qu'il accorderait serait insuffisant. De même, un État qui tolérerait ou encouragerait les agissements des groupes privés qui tendraient à paralyser, totalement ou partiellement, l'exercice effectif des droits de l'investisseur sur son investissement ne respecterait pas le standard de pleine et entière sécurité, parce que le niveau qu'il assurerait, non plus en droit, mais en fait, serait insuffisant⁶⁵⁵.

Le standard s'est manifesté très tôt dans la pratique des États. En effet, dès le dix-neuvième siècle, les traités de commerce et de navigation disposaient régulièrement que « *les commerçants de chacune des parties jouiront d'une protection pleine et entière pour les personnes et leurs propriétés* »⁶⁵⁶.

Toutefois, il faut mentionner que le standard ne signifie nullement que les États ne peuvent pas prononcer des mesures de dépossession contre les investissements étrangers. Il impose tout simplement aux États un devoir d'accorder un niveau convenable de protection en droit (obligation de moyens) et en fait (obligation de résultats)⁶⁵⁷.

C'est précisément dans le contentieux CIRDI avec la sentence *AAPL c. Sri Lanka*⁶⁵⁸ que le standard de pleine et entière protection et sécurité a fait son apparition. Selon le tribunal, la clause pertinente de l'accord entre le Royaume Uni et le Sri Lanka⁶⁵⁹ n'obligeait pas les Parties à une obligation de résultat, mais à une obligation de moyens, qui n'était autre que celle de « *due diligence* », pour empêcher que l'investisseur subisse des dommages causés par la violence physique qui serait exercée contre lui. Ainsi, le tribunal a considéré que :

« *Selon le tribunal arbitral, l'ajout des termes tels que "constant" ou "pleine" pour renforcer les critères de "protection" et de "sécurité" traduit sans doute l'intention des Parties*

⁶⁵⁵D. CARREAU et P. JUILLARD, « Droit international économique », 4^{ème} éd., Dalloz, 2010, p. 515.

⁶⁵⁶ Traité de commerce et de navigation signé entre la France et la République du Libéria en 1852, F. K. MARTENS, « Recueil manuel et pratique des traités, conventions et autres actes diplomatiques, vol. 7, p. 547. Une étude a montré qu'avant 1920, sur les vingt-deux accords commerciaux conclus par les États-Unis, quatorze faisaient référence à une "special protection" et les autres prescrivaient une « *full and perfect protection* » des personnes privées (W. Wilson, « *Property-protection Provisions in United States Commercial Treaties* », *AJIL* 1951, vol. 45, pp. 92-96, cité dans Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. et al. c. Argentine, Aff. CIRDI n° ARB/03/19, 30 juillet 2010, § 161).

⁶⁵⁷ D. CARREAU, Th. FLORY et P. JUILLARD, « Droit international économique », *op.cit.*, p. 662.

⁶⁵⁸ Affaire CIRDI, *AAPL c. Sri Lanka*, n° ARB/87/3, sentence du 27 juin 1990.

⁶⁵⁹ Il s'agit de l'article 2(2) de l'Accord.

de poser l'exigence d'un standard de prudence et de diligence plus élevé que celui du droit international général. Cependant, la nature de l'obligation et de la responsabilité qui peut s'ensuivre demeure inchangée, les termes "constants" ou "pleine" n'étant pas eux-mêmes suffisants pour établir que les Parties aient entendu transformer leurs obligations respectives en une responsabilité de plein droit »⁶⁶⁰.

D'après Dominique Carreau et Patrick Juillard, la référence au « standard de prudence et de diligence » du droit international ne vise pas autre chose que le standard minimum du droit international. Selon ces professeurs, le tribunal veut insinuer que les Parties peuvent s'astreindre à des obligations conventionnelles plus contraignantes que celles qui résultent du standard minimum. Mais, en ce cas, leur commune volonté doit clairement ressortir des termes utilisés, et l'emploi des termes « constants » ou « pleine » ne suffit pas à établir cette commune volonté⁶⁶¹.

De manière très générale, il faut retenir que le standard n'exprime pas une obligation de résultat mais de comportement au terme duquel il convient pour l'État « *de mettre en place les moyens appropriés, de s'efforcer dans la mesure du possible et de faire le maximum pour obtenir ce résultat* »⁶⁶². Parfois, l'objet de l'obligation peut être précisé expressément par le traité indiquant la nature de la protection qu'il impose ; il en est ainsi des traités qui ont des dispositions comme « *sécurité et protection physiques et intégrales* »⁶⁶³, ou « *une protection juridique pleine et entière* »⁶⁶⁴. Mais ce qu'il faut surtout retenir c'est que, dans le standard de la pleine et entière protection et sécurité, l'État est tenu à une obligation générale de diligence requise dont le degré est variable. La diligence suffisante n'est pas nécessairement celle qui aurait permis d'empêcher que le dommage se réalise. Elle s'entend plutôt de celle démontrant que l'État a pris les dispositions suffisantes pour éviter la réalisation du dommage et, au cas échéant, d'en poursuivre les auteurs. Dès lors, prouver le manquement à une telle obligation suppose de démontrer une omission imputable à l'État qui consiste en une carence des autorités publiques à prendre les mesures appropriées. Seulement, il faut souligner que l'investisseur n'est pas dispensé de l'obligation d'apporter la preuve du manquement reproché à l'État. La

⁶⁶⁰ Préc. § 50.

⁶⁶¹ D. CARREAU et P. JUILLARD, « Droit international économique », 5 éd., Dalloz, 2013, p. 529.

⁶⁶² Affaires des Responsabilités et obligations qui patronnent des personnes et des entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone, TIDM, avis consultatif du 1^{er} février 2011, § 110, cité par Yves Nouvel, « Les standards de traitement : le traitement juste et équitable, la sécurité pleine et entière », in *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Ch. Leben (dir), op.cit., p. 318.

⁶⁶³ Article 3 § 2 du Traité bilatéral d'investissements entre la République du Bénin et le Royaume des Pays-Bas entré en vigueur le 15 décembre 2007.

⁶⁶⁴ Article 3 §1 de l'Accord entre le Yémen et l'Union économique belgo-luxembourgeoise concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements, entré en vigueur le 12 janvier 2004. Ici, l'on pourrait même se demander si la sécurité physique y est admise.

Cour internationale de justice l'a rappelé dans une affaire en considérant que l'investisseur doit être en mesure de démontrer que la vigilance des autorités étatiques est tombée au-dessous du niveau exigé par le droit international⁶⁶⁵. Ainsi, Yves Nouvel estime : «*face à un dommage, bien que la sécurité en tant que résultat n'ait pas été atteinte, la sécurité en tant que comportement, à savoir la mise en œuvre de moyens raisonnables pour sa réalisation, peut être satisfaite* ». ⁶⁶⁶ Par conséquent, il s'ensuit que si le standard de la pleine et entière protection et sécurité attend de l'État qu'il adopte, à travers son comportement, un niveau convenable de sécurité vis-à-vis des biens de l'investisseur ; il incombe à ce dernier, lorsqu'il estime que l'autorité étatique a failli à cette obligation, d'en apporter la preuve.

En résumé, les différents standards applicables en droit des investissements ont ainsi été identifiés. D'une part, l'on peut noter les principes de non-discrimination que sont le traitement national et le traitement de la nation la plus favorisée. Ces principes sont également appelés par la doctrine les standards de protection par renvoi, en ce sens que le traitement accordé à l'investisseur étranger est à comparer à celui qui est accordé soit à l'investisseur national, soit à d'autres investisseurs ressortissants d'États tiers. D'autre part, il y'a aussi des principes issus de la coutume et des principes généraux du droit. Ces principes sont à leur tour appelés standards de caractère absolu⁶⁶⁷ pour les distinguer à d'autres que l'on qualifie aussi de standards de caractère relatif⁶⁶⁸. Il s'agit du standard de traitement juste et équitable, et celui de la pleine et entière protection et sécurité.

Dès lors, il convient de s'interroger sur les effets de ces standards internationaux dans les investissements effectués sur le territoire des États de la CEDEAO. En d'autres termes, il s'agira d'exposer l'impact de ces standards internationaux sur les États de cette Organisation régionale ouest-africaine.

⁶⁶⁵ Affaire CIRDI, *Elettronica Sicula S.p.A, (États-Unis d'Amérique c. Italie)*, arrêt du 20 juillet 1989, Rec. CIJ, 1989, p. 65, § 108.

⁶⁶⁶ Y. NOUVEL, « Les standards de traitement: le traitement juste et équitable, la sécurité pleine et entière », in *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational, op.cit.*, p. 319.

⁶⁶⁷ D. CARREAU et P. JUILLARD, « Droit international économique », *op.cit.*, p. 499. Pour ces professeurs, ces standards sont de caractères absolus parce que point ne serait nécessaire, pour les besoins de leur interprétation ou de leur application, de recourir à quelque élément de comparaison qui leur serait étranger.

⁶⁶⁸ En ce sens voir Muschlini et alii, *Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, chap. 8 (Standards of treatment (i) Two Standards – Comparative and absolute), p. 261 s. ; Dugan et alii, *Investor – State arbitration*, Oxford University Press, 2008, Chap. XVII, (Fair and Equitable Treatment and Full Protection and Security), p. 261 s. ; Mc Lachlan et alii, *International Investment and Arbitration*, Oxford University Press, 2008, chap. 7 (Treatment of Investors, B – The Current Structure of Investor Treaty Provisions), p. 207 s.

Section 2 : L'impact des standards internationaux de traitement des investissements étrangers sur les territoires des États de la CEDEAO

L'importance des standards internationaux dans le droit international des investissements n'est plus à démontrer. Leur importance est telle qu'un auteur a pu constater qu'« *une nouvelle étape semble être franchie : les règles relatives à l'investissement ont tendance à se standardiser avec une intensité sans précédent* »⁶⁶⁹. Désireux d'attirer les investissements internationaux nécessaires à leur décollage économique, les États de la CEDEAO ont aussi adapté leurs législations aux règles internationales régissant les investissements internationaux. C'est ainsi que dans le cadre des TBI signés avec des États tiers, ces États ouest-africains s'engagent à traiter les ressortissants des États parties aux accords conformément aux standards internationaux de protection des investissements.

Seulement, dans le contexte d'indexation du droit international des investissements comme un droit déséquilibré au profit de l'investisseur, il sera utile d'analyser l'impact de l'application des standards internationaux du droit des investissements sur les territoires des États membres de la CEDEAO. Ces standards ont-ils simplement pour objet de régler l'investissement international ou constituent-ils en même temps des instruments de contrainte vis-à-vis des États d'accueil ? Ne seraient-ce pas, justement, ces standards qui constituent d'une manière générale, les instruments de limitation de la liberté normative des États d'accueil, surtout ceux en développement, tels les États de la CEDEAO. Mais, avant d'analyser l'impact de ces standards internationaux dans le traitement de l'investissement (**Paragraphe 2**), soulignons tout d'abord que certains d'entre eux- tel le traitement national -, reçoivent une application différente sur les territoires des États de la CEDEAO selon le modèle de TBI que ces derniers ont souscrit (**Paragraphe 1**).

Paragraphe 1 : L'application disparate du traitement national sur les territoires des États de la CEDEAO selon les modèles de TBI

D'emblée, il faut signaler que ni les États de la CEDEAO, ni ladite Organisation d'intégration régionale, ne disposent de modèles de TBI qui leurs sont propres. Les TBI signés par ces États sont tous élaborés d'abord par les États d'origine des investisseurs. D'une manière générale, ce sont des modèles de TBI provenant des pays du Nord ou plus précisément des pays

⁶⁶⁹ F. HORCHANI, « Le droit international des investissements à l'heure de la mondialisation », *JDI*, 2004, n° 2, pp. 367-417, p. 367.

développés. Ils ont été élaborés en fonction des réalités socio-économiques de ces derniers, et même peut être de "leurs intérêts". Rappelons que ces TBI ont essentiellement pour objet de protéger les investissements, et non les États d'accueil. Plus les États d'accueil s'engagent à accorder une protection élevée des investisseurs, plus ils affirment leurs politiques de promotion des investissements internationaux. En d'autres termes, c'est la volonté et la capacité de l'État hôte à protéger les investisseurs étrangers qui déterminent la réussite de sa politique de promotion des investissements. La promotion de l'investissement est tributaire de sa protection. Donc, ces modèles de TBI des pays du Nord contiennent exclusivement des règles de protection des investissements de leurs ressortissants. Et comme tels, ils les imposent systématiquement à leurs différents partenaires, préférant parfois même rompre les négociations plutôt que d'accepter des compromis sur des points essentiels⁶⁷⁰. Surtout qu'il est presque certain que ces pays du Nord ne seront pas amenés à se retrouver à appliquer les règles ou clauses contenues dans ces traités. Pour la simple et bonne raison, qu'en pratique, ce ne sont pas eux qui vont accueillir sur leurs territoires les ressortissants des États en développement pour des activités d'investissements. Mais, c'est plutôt l'inverse qui est plus probable et qui se traduit en pratique. Autrement dit, ce sont les États de la CEDEAO (pays en développement) qui sont dans le besoin de capitaux et d'infrastructures nécessaires à leur développement qui mènent des politiques d'attraction d'investissements détenus par les pays du Nord, ou plus précisément des ressortissants de ces derniers. Dès lors, c'est la question de la sécurisation de ces investissements qui a conduit les deux catégories d'États (États développés et États en développement) à conclure des TBI. Selon Patrick Juillard, « *une convention de protection des investissements, c'est avant tout une convention de protection des investissements que constituent les ressortissants des pays développés dans les pays en développement* »⁶⁷¹. Il faut noter que le droit des investissements internationaux ne se résume pas exclusivement à l'adoption de TBI. Des opérations d'investissements se réalisent dans certaines régions du monde sans l'existence de ces types de traités, et en cas de difficultés, l'application du droit national suffira. Ainsi, d'après Arnaud de Nanteuil, un investisseur américain en Italie ou japonais en Allemagne n'a, en effet, pas *besoin* de la protection du droit international. Le droit interne de ces États est réputé suffisamment protecteur pour que le recours au TBI ne s'impose

⁶⁷⁰ M. FORTEAU, « Les conventions bilatérales de promotion et de protection des investissements conclues par la France », in *Droit de l'économie internationale*, P. Daillier, G. Pradelle et H. Gherari (dir), Pédone, 2004, pp. 755-763, p. 755. Dans le même sens, voir également M. Salem, « Le développement de la protection conventionnelles des investissements étrangers », *JDI*, 1986, pp. 579-626, p. 585.

⁶⁷¹ P. JUILLARD, « L'évolution des sources du droit des investissements », *RCADI*, 1994, n° Volume 250, p. 107.

pas. L'auteur ajoute : « ...qu'un investisseur australien entende venir s'implanter en France, il devra obtenir les autorisations et permis nécessaires..., mais rien ne le prédestine à déposer une requête devant un tribunal arbitral... quand bien même une autorisation lui serait indûment retirée par le gouvernement, le Conseil d'État devrait apporter, dans la plupart des cas, une protection jugée satisfaisante sur le fondement du droit français »⁶⁷².

Il faut dire que l'examen des instruments bilatéraux montre que les clauses de traitement national peuvent être classées en deux catégories. D'une part, les instruments qui limitent la portée du traitement national à la seule phase post-établissement constituent le modèle européen (A). Et d'autre part, les instruments qui, en revanche, étendent le traitement national de la phase pré-établissement à la phase post-établissement composent le modèle canadien et américain (B). Plus précisément, c'est au niveau de l'admission des investissements que ces deux modèles se différencient.

A : La souplesse du modèle européen d'application du traitement national et du traitement de nation la plus favorisée dans la seule phase post-établissement

Dans les conventions bilatérales de promotion et de protection des investissements conclues par les pays européens, il est fait la distinction entre traitement et admission. Derrière cette distinction se profile une "présumée répartition des compétences" entre droit interne et droit international sur le régime juridique applicable au droit des investissements internationaux. Car, dans le cadre de l'admission de l'investissement, les États européens ont opté pour la reconnaissance de l'exclusivité de l'État d'accueil d'admettre ou de ne pas admettre les investissements sur leurs territoires. J. Briery a fait remarquer en ce sens que : « *No State is legally bound to admit aliens into its territory but if it does so it must observe a certain standard of decent treatment towards them* »⁶⁷³. Cela signifie que le contrôle de l'État d'accueil sur l'admission des investissements se fait uniquement en référence à sa propre législation, ou encore à son "bon vouloir". Par voie de conséquence, aucune autre autorité extérieure ne possède un droit de regard sur sa réglementation d'admission des investissements ; même le droit international. Un auteur a pu dire les législations nationales concernant l'investissement

⁶⁷² A DE NANTEUIL, « Droit international de l'investissement », 2^{ème} éd., *op.cit.*, p. 49.

⁶⁷³ J. BRIERY, « The Law of Nations », Oxford, Clarendon Press, 1963, p. 273, cité par M. SORNARAJAH, « The International Law on Foreign Investment », Cambridge, 1994, p. 83. Voir sur le même point Th. WÄLDE, « Multilateral Investment Agreements (MITs) in the year 2000, in *Souveraineté étatique et marchés internationaux, Mélanges en l'honneur de Ph. KAHN*, Ch. LEBEN, E. LOQUIN et M. SALEM (dir.), Paris, Litec, 2000, p. 409.

étranger [...] continuent sans doute à avoir une importance concrète sur le traitement des investissements étrangers, dans la mesure où l'État demeure compétent pour réglementer l'entrée et le développement des investissements sur son territoire, même en présence d'une convention internationale⁶⁷⁴. Ainsi, un rapport de 1984 élaboré dans le cadre de l'OCDE consacré aux accords d'investissements des pays en développement, par le Comité de l'investissement international et des entreprises multinationales versait dans ce sens. Le rapport disposait, en ce qui concerne l'admission des investissements que :

« Si la plupart la plupart des conventions passées jusqu'ici encouragent les flux d'investissements entre les Parties, elles ne confèrent pas le droit d'entrée ou d'établissement. Il est prévu que celui-ci est régi par les lois, réglementations et procédures des pays d'accueil. Ainsi qu'il est dit, par exemple, au paragraphe 2 du modèle allemand, chaque Partie autorise conformément à sa législation les investissements de capitaux de la part de ressortissants et de sociétés de l'autre Partie. Aux termes du modèle français, les obligations prévues dans la convention s'appliquent aux investissements d'une des Parties, étant entendu que ces investissements doivent être ou avoir été effectués conformément à la législation de l'autre Partie. »⁶⁷⁵.

Donc, dans le modèle européen, si l'État se doit de se référer aussi au droit international, au niveau du traitement de l'investissement, il n'y est pas obligé au niveau de l'admission de ce dernier. Un auteur l'a résumé en affirmant : *« ainsi s'établit le partage des frontières entre droit interne et droit international : au seul droit interne, la définition du régime de l'admission ; au droit interne, sous le contrôle du droit international, la définition du régime du traitement »⁶⁷⁶.*

Ce qui signifie d'une manière générale, par principe, voire par essence, que la souveraineté territoriale des États les autorise à réglementer la constitution des investissements étrangers sur leur territoire ainsi que leur exploitation. Cependant, les perspectives économiques associées à ces opérations, tant pour les pays du Nord, exportateurs de capitaux, que pour les pays du Sud, importateurs de capitaux, ont incité les États à rechercher un régime aménageant

⁶⁷⁴ J. MARGIE-LYS, « Arbitrage et protection des investissements internationaux: L'apport des traités régionaux et multilatéraux à l'évolution du droit de l'arbitrage et du droit international des investissements », Volume 1 éd., *Editions universitaires européennes*, 2011, p. 2.

⁶⁷⁵ IME (84) 114, du 18 septembre 1984, cité par P. JUILLARD, « L'évolution des sources du droit des investissements », *RCADI*, 1994, n° Volume 250, *op.cit.*, p. 160.

⁶⁷⁶ P. JUILLARD, « L'évolution des sources du droit des investissements », *RCADI*, 1994, n° Volume 250, *op.cit.*, p. 160.

leur souveraineté économique pour fournir des garanties aux investisseurs étrangers.⁶⁷⁷ Il faut dire que, le modèle européen de conventions bilatérales de promotion et de protection réciproque des investissements, inspiré du projet de convention multilatérale sur la protection des biens étrangers préparé par l'O.C.D.E. dans les années 60, comprend ainsi une clause d'encouragement. Cette clause figure à l'article 3 du modèle français et est ainsi rédigé : « *Chacune des parties contractantes encourage et admet, dans le cadre de sa législation et des dispositions du présent accord, les investissements effectués par les investisseurs de l'autre partie sur son territoire et dans sa zone maritime* »⁶⁷⁸.

L'insertion des mots « dans le cadre de sa législation » témoigne de la marge de manœuvre de la souveraineté de l'État dans l'admission des investissements. Cet État peut donc soumettre à déclaration préalable et autorisation préalable les investissements étrangers. Ainsi, « *en se réservant la possibilité de refuser l'admission de ces investissements, l'État limite, ipso facto, le traitement national aux seuls investissements qui auront bénéficié d'une autorisation d'admission – et, donc, pour la seule phase post-établissement* »⁶⁷⁹. En ce sens, la charte des droits et des devoirs économiques des États considérait que « *Tout État a le droit de réglementer les investissements étrangers dans les limites de sa juridiction nationale et d'exercer sur eux son autorité en conformité avec ses lois, et conformément à ses priorités et objectifs nationaux. Aucun État ne sera contraint d'accorder un traitement privilégié à des investissements étrangers* »⁶⁸⁰. L'investisseur étranger ne dispose pas d'un droit inhérent de s'implanter et d'exercer ses activités dans un pays donné. La décision d'accueillir ou non des investissements par l'État doit être analysée comme une question d'opportunité, ou mieux, de besoins économiques. Selon Patrick Juillard, la décision d'admettre ou de ne pas admettre un investissement étranger, en effet, repose plus sur des considérations d'opportunités que sur des questions de légalité⁶⁸¹. D'ailleurs, c'est parce que les États en général, et ceux en développement, en particulier, ont besoin des capitaux et infrastructures indispensables à leur économie, qu'ils mènent des politiques destinées à attirer les investissements. Si l'on interprète la clause "d'encouragement et d'admission" des investissements qui se trouve dans le modèle européen, l'utilisation du verbe « encourager » et la référence faite à la législation nationale, il

⁶⁷⁷ M. SUZUKI, « Les principes directeurs du régime juridique », in *Droit de l'économie internationale*, P. DAILLER, G. LA PRADELLE et H. GHERARI (dir), Pédone, 2004, pp. 675-684, p. 675.

⁶⁷⁸ Article 3 du modèle français d'accord bilatéral sur l'encouragement et la protection réciproque des investissements.

⁶⁷⁹ D. CARREAU et P. JUILLARD, « Droit international économique », *op.cit.*, p. 513.

⁶⁸⁰ Article 2 paragraphe 2, a) de la Charte des droits et devoirs économiques des États tiré de la résolution 3281 (XXIX) de l'Assemblée Générale des Nations Unies

⁶⁸¹ P. JUILLARD, « L'évolution des sources du droit des investissements », *op.cit.*, p. 44.

est facile de déduire que la convention bilatérale ne crée aucun droit à constituer un investissement, mais simplement un droit à voir un investissement bénéficier de son application s'il est admis par l'État d'accueil.

Seulement, l'engagement d'encourager les investissements reste, tout de même, un engagement, et comme tel l'État se doit de le respecter. En l'occurrence " les parties doivent l'exécuter de bonne foi". Mais une question semble devoir être posée : l'engagement d'encourager les investissements est-il si déterminant de sorte que son manquement pourrait engager la responsabilité de l'État fautif ? Répondre à une telle question nécessiterait que l'on se penche sur le sens et la portée de l'expression "engagement d'encourager les investissements". En effet, pour engager la responsabilité de l'État, il faudrait d'abord déceler les implications de la clause d'encouragement. Patrick Juillard suppose que « *l'encouragement ne consiste pas dans la suppression pure et simple de toutes réglementations, restrictives ou non restrictives, en matière d'admission. Le professeur Juillard précise qu'il consiste en une manifestation de volonté aux termes de laquelle les parties contractantes, pour développer entre elles les flux d'investissements, conviennent de prendre les mesures de promotion nécessaires* »⁶⁸².

Par ailleurs, si le modèle européen n'applique le traitement national que dans la phase post-établissement, le continent américain utilise un modèle de convention bilatérale qui s'applique tant dans la phase pré-établissement qu'à la phase post-établissement.

B : L'exigence du modèle nord-américain d'application du traitement national et du traitement de la nation la plus favorisée tant dans la phase pré-établissement que dans la phase post-établissement

Les américains ont toujours été attachés à "l'idée de liberté". Cet attachement à la liberté apparaît, au-delà de leurs politiques d'investissements, dans leurs politiques économiques d'une manière générale. En effet, depuis le premier Sommet des Amériques de Miami de décembre 1994 jusqu'au Sommet du Québec d'avril 2001, la plupart des pays du continent américain se sont engagés dans un processus de création d'une zone de libre-échange des Amériques (Z.L.E.A)⁶⁸³. Celle-ci avait pour but l'élimination progressive des entraves à la liberté de commerce. D'une manière générale, les zones de libre-échange sont normalement établies par

⁶⁸² *Ibidem.*, p. 162.

⁶⁸³ N. SUSANI, « L'encadrement juridique de l'investissement sur le continent américain », in *Droit de l'économie internationale*, P. DAILLER, G. DE LA PRADELLE, et H. GHERARI (dir), Pédone, 2004, pp. 733-738, p. 733.

plusieurs pays ou territoires douaniers entre lesquels les droits de douanes et les autres réglementations commerciales restrictives sont éliminés pour l'essentiel des échanges commerciaux portant sur des produits originaires des territoires constitutifs⁶⁸⁴.

Cette idéologie générale de la politique économique américaine touche également l'investissement. En effet, à l'heure actuelle, le plus important des accords de libre-échange qui touchent les questions relatives aux investissements est l'ALENA (Accord de Libre-Echange Nord-Américain). Celui-ci, entré en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1994, regroupe le Canada, les États-Unis et le Mexique en ayant pour objet la réglementation d'une zone de libre-échange entre ces pays⁶⁸⁵. L'étude du modèle américain de convention bilatérale d'investissements est intéressante à plus d'un titre. Au-delà, du fait qu'il existe des différences avec le modèle européen, le modèle des États-Unis, comme le fait remarquer Patrick Juillard, représente véritablement le *state of the art*, le niveau le plus avancé de la technique juridique en matière de droit des investissements⁶⁸⁶. En effet, en ce qui concerne l'admission des investissements, il faut dire que si les modèles européens constituent des instruments de protection mettant l'accent sur la sécurité, le modèle américain privilégie la consécration de la liberté d'admission. Pour les États-Unis la meilleure manière de promouvoir l'investissement c'est de libéraliser l'accès des investisseurs sur les territoires hôtes des investissements.

Le contenu donné à d'autres standards du droit international des investissements révèle aussi sa particularité. Si d'aucuns estiment que les standards de traitement juste et équitable ainsi que celui de la pleine et entière protection et sécurité sont les composants du standard

⁶⁸⁴ Cf. Dictionnaire du droit international public, sous la direction de Jean Salmon, Bruylant, 2001.

⁶⁸⁵ Accord de libre-échange Nord-américain du 17 décembre 1992, 32 *ILM*, 1993, p. 289. Consultable sur le site de l'ALENA : www.nafta-sec-alena.org. Il faut juste préciser qu'avant l'ALENA, il existait un accord de libre-échange (ALE) entre les États-Unis et le Canada (ALE du 1^{er} janvier 1989) qui, d'ailleurs, continue à régir certains échanges, car n'étant pas abrogé par l'actuel ALENA. Par contre, le règlement des différends dans le cadre de l'ALENA a supplanté les procédures comparables existant dans l'ALE, même la Commission Canada-États-Unis a été aussi remplacée par celle de l'ALENA. Aussi, il faut préciser également que c'est seulement le chapitre 16 qui traitait, d'une manière générale, les investissements transfrontaliers entre américains et canadiens. Voir sur ce point R. FOLSOM, « Accord de libre-échange Nord-américain, Etudes internationales – *Pédone*, 2004, p. 13 et s.

⁶⁸⁶ P. JUILLARD, « Le nouveau modèle américain de traité bilatéral sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements (2004) », *A.F.D.I.*, 2004, pp. 669-682, p. 670. Les mots utilisés dans l'intitulé de cet article par son auteur sont très significatifs. D'une manière générale, l'intitulé pour désigner un TBI se compose comme suit : « traité bilatéral de *promotion* et de protection réciproques des investissements ». Mais, comme l'a présenté Patrick JUILLARD dans son titre, le modèle américain est intitulé comme suit : « traité bilatéral sur *l'encouragement* et la protection réciproques des investissements ». Ainsi, l'on constate donc que les américains ont opté le mot "*encouragement*" en lieu et place mot "*promotion*", et ce choix n'est pas fortuit. En effet, il témoigne l'attachement des américains au principe de l'open door policy, c'est-à-dire le principe de la libre admission des investissements étrangers. Pour de larges développements sur le modèle conventionnel américain, voir le même auteur dans une autre contribution, mais dans la même source : « Investissements », *Chronique du droit international*, *A.F.D.I.*, 1983, pp. 589-605.

minimum du droit international des investissements, les arbitres, dans leurs sentences, démontrent le contraire. En effet, dans beaucoup d'affaires, la jurisprudence semble démontrer que ces standards sont, certes, propres au droit international des investissements, mais distincts, et distincts encore du standard minimum du droit international général.

Face à cette vision partagée, le modèle américain de TBI a adopté une position claire et sans nuance : les standards du traitement juste et équitable de même que celui de la pleine et entière protection et sécurité sont les composants du standard minimum (coutumier) du droit international général. La disposition du paragraphe 1 de l'article 5 dispose : « *Chacune des parties contractantes accordera aux investissements couverts par le traité un traitement conforme au droit coutumier international, en ce compris un traitement juste et équitable comme une pleine et entière protection et sécurité* ». ⁶⁸⁷ Le choix des États-Unis de contenir le standard du traitement juste et équitable et celui de la pleine et entière protection et sécurité dans le standard minimum du droit international coutumier s'explique aussi par leur méfiance envers l'interprétation de ces standards par les arbitres. Le professeur Juillard l'a bien fait remarquer : « *Les États-Unis ne souhaitent pas que la définition du contenu des standards du traitement juste et équitable, ou de la pleine et entière protection et sécurité, soit laissée à la discrétion des tribunaux arbitraux, dont ils n'approuvent pas toujours les décisions, parce que, précisément, ces décisions leur semblent s'affranchir du droit coutumier international* ». ⁶⁸⁸

Il faut aussi dire que d'autres accords inspirés du modèle ALENA ⁶⁸⁹ poursuivent la tendance libérale établie dans les traités bilatéraux d'investissements signés par les États-Unis ⁶⁹⁰, et cherchent à assurer une admission sans entrave des investissements. Ces instruments

⁶⁸⁷ Article 5, paragraphes 1 du modèle de TBI américain, cité par P. JUILLRAD, « Le nouveau modèle américain de traité bilatéral sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements (2004), *op.cit.*, p. 673.

⁶⁸⁸ P. JUILLARD, « Le nouveau modèle américain de traité bilatéral sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements des investissements (2004), *op.cit.*, p. 675.

⁶⁸⁹ J. KARL, « Multilatéral Investment Agreements and Regional Economic Integration », *Transnational Corporation*, vol. 5, n°1, 1996, p. 19.

⁶⁹⁰ I. SHIHATA, « Recent Trends Relating to Entry of Foreign Investments », *I.C.S.I.D.*, Review, 1994, n°4, p. 60. Ainsi, les articles 1102 et 1103 de l'ALENA, 17-03 et 17-04 du G-3 et 3, § 2 et 3, § 4 du Protocole de Colonia pour la promotion et la protection mutuelle des investissements intra-zone dans le Mercosur (Décision N°11/93 du Conseil du Marché Commun) appliquent les principes du traitement national et celui de la nation la plus favorisée dès le stade de l'admission. Ce traitement se poursuit durant toute la vie de l'investissement puisque, comme le précise les articles 1102 et 1103 de l'ALENA, chacune des parties accordera aux investisseurs d'une autre partie et à leurs investissements un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des situations analogues, aux investisseurs d'une autre partie, ainsi qu'un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des situations analogues, à ses propres investisseurs et à leurs investissements en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre disposition d'investissements. Voir sur ce point Nadine SUSANI, « L'encadrement juridique de l'investissement sur le continent américain », in *Le droit de l'économie internationale*, *op.cit.*, p. 735.

qui se rattachent au modèle américain mettent l'accent sur la libre circulation des investissements au moins autant, sinon plus, que sur leur protection. Le moyen le plus évident d'assurer leur libre admission, est de faire jouer le traitement national dans la phase pré-établissement. L'accord conclu entre le Canada et la Barbade⁶⁹¹ en fournit un exemple. Son article II (3) est ainsi rédigé :

« Chacune des parties contractantes autorise l'établissement d'une nouvelle entreprise commerciale ou l'acquisition, en totalité ou en partie, d'une entreprise commerciale existante, par des investisseurs ou investisseurs potentiels de l'autre partie contractante, à des conditions non moins favorables que celles qu'elle applique, dans des circonstances analogues, pour l'acquisition ou l'établissement d'une entreprise commerciale a) à ses propres investisseurs ou investisseurs potentiels, ou b) par des investisseurs ou investisseurs potentiels d'un État tiers ».

Ainsi, en accordant le traitement national aux investisseurs étrangers pour l'établissement ou l'acquisition d'entreprises commerciales, les parties contractantes suppriment toute entrave à l'admission des investissements étrangers, sauf exceptions mentionnées à l'Annexe de l'Accord⁶⁹². Pour les investissements étrangers dans les secteurs ainsi réservés, la possibilité d'un contrôle subsiste. Il est toutefois établi que la décision portant refus d'autorisation ne saurait être contestée par la voie de l'arbitrage entre investisseur et État, que prévoit l'article XIII de la Convention CIRDI⁶⁹³. Il importe de relever que le nouveau modèle américain cherche à apporter des éclaircissements sur certaines ambiguïtés et à combler les lacunes des règles de fond. Cette équivoque est mise en lumière par le fait qu'il s'avérait impossible jusqu'à présent, de trouver un semblant de consensus sur le contenu concret de certains concepts en la matière. En effet, la clarification des normes substantielles va porter tantôt sur les règles de traitement, tantôt sur les règles de protection des investissements. Pour ce qui est des règles indirectes de traitement, des auteurs comme Ichrack Ayed et Mohamed Abida ont fait remarquer que les exceptions prévues dans les anciens modèles⁶⁹⁴ concernant le standard du traitement national et celui de la clause de la nation la plus favorisée n'existent plus dans la nouvelle version Nord-américaine⁶⁹⁵.

⁶⁹¹ Accord du 29 mai 1996 entre le Gouvernement du Canada et le Gouvernement de la Barbade pour la promotion et la protection réciproques des investissements.

⁶⁹² Art. II, Etablissement, acquisition et protection des investissements, Points 1 et 3.

⁶⁹³ Article II, point 4 (b).

⁶⁹⁴ Ces deux auteurs emploient l'expression "anciens modèles" pour mettre en exergue les nouveaux modèles de TBI adoptés respectivement par les États-Unis en 2004 et le Canada en 2005.

⁶⁹⁵ I. AYED et M. ABIDA, « Les nouveaux modèles de traité bilatéraux de protection et de promotion des investissements: exemples des modèles américain (2004) et Canadien (2005) », in *Où va le droit de*

L'on vient de remarquer que le modèle de TBI des États-Unis diffère du modèle européen à raison de son caractère libéral ; c'est-à-dire le fait d'accorder une politique de promotion plus large des investissements étrangers à travers une libéralisation de principe, de l'admission de ceux-ci sur le territoire. Mais, tout de même, force est de constater que ce principe de libre admission des investissements étrangers sur le territoire américain, comme tout principe, connaît des exceptions. Ainsi, un article entier du modèle américain est consacré aux mesures non conformes qui constituent des limites à l'application des règles de traitement destinées à garantir la non-discrimination en droit international des investissements. Ces mesures, dont les contours s'avèrent difficile à tracer, se caractérisent principalement par leur caractère très vaste et général. En effet, les normes indirectes ne s'appliquent pas à « *une mesure non conforme existante relevant d'une administration centrale, régionale ou centrale de l'une des parties* »⁶⁹⁶. Certains TBI, même prônant l'obligation de non-discrimination, excluent certains secteurs économiques au principe de l'admission des investissements. Il en est ainsi du TBI États-Unis/Lettonie qui dispose en son annexe que :

« *The Government of United States reserves the right to make or maintain limited exceptions to national treatment (...) in the sectors or matters it has indicated below : air transportation ; ocean and coastal shipping ; banking insurance, securities, and other financial services ; government grants ; government insurance and loan programs ; energy and power production ; (...) The Government of the United States reserves the right to make or maintain limited exceptions to most favored nation treatment (...), in the sectors or matters it has indicated below : ownership of real property ; mining on the public domain ; maritime services and maritime-related services ; and primary dealership in United States government securities (...)* ».

Cependant, dans le cadre de la CEDEAO, il faut noter que les TBI signés par les États de cet espace régional, ont la plupart du temps adopté le modèle européen. D'ailleurs, ces TBI contiennent ainsi une clause qualifiée de « clause d'admission » selon laquelle il appartient à chaque État d'admettre conformément à son droit national les investissements des ressortissants étrangers. Il en est ainsi du TBI Sénégal/Allemagne qui dispose : « *Chaque partie contractante admettra sur son territoire, en conformité à sa législation, les investissements effectués par des ressortissants et des sociétés de l'autre partie contractante, encouragera si possible ces*

l'investissement? Désordre normatif et recherche d'équilibre: Actes du Colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006., Ferhat HORCHANI (dir), Pédone, 2007, pp. 139-151, p. 146.

⁶⁹⁶ *Idem.*, p. 146.

investissements et considérera avec bienveillance la question de l'octroi des autorisations nécessaires »⁶⁹⁷.

Seulement, si les États membres de la CEDEAO ont pratiquement tous repris le modèle européen de TBI, le droit de l'Union européenne a remis en cause ce principe, en opérant un revirement sur la liberté coutumière des États de réglementer l'admission des investissements. Le droit communautaire européen confère à l'investisseur européen non seulement le droit d'exercer son activité économique dans les mêmes conditions que l'investisseur national, mais encore le droit d'accéder au marché national des autres États membres dans des conditions qui ne soient pas dissuasives⁶⁹⁸. La Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) condamne non seulement les réglementations nationales discriminatoires mais encore toutes réglementations non discriminatoires qui ont pour effet d'empêcher ou de dissuader les opérateurs économiques de faire usage de leur liberté de circulation. Ainsi, dans son arrêt du 13 mai 2003, *Commission c. Royaume-Uni*, Aff. C-98/01, la Cour communautaire considère qu'un régime national d'autorisation préalable qui restreint la possibilité de participer effectivement à la gestion d'une société ou à son contrôle, quand bien même il serait indistinctement applicable aux résidents et aux non-résidents, constitue une entrave prohibée⁶⁹⁹.

Pour certains auteurs, en raison de l'adoption dans certains États de politiques protectionnistes visant à fermer leur marché devant l'investissement étranger, surtout l'investissement souverain ou public, on réclame de plus en plus de rendre effectif et non discriminatoire, le droit d'accès des investisseurs étrangers⁷⁰⁰. Des institutions internationales ont également alerté contre la montée du protectionnisme visant l'investissement étranger. Il en est ainsi de la CNUCED, dans son rapport sur l'investissement dans le monde de 2011, qui

⁶⁹⁷ TBI Sénégal/Allemagne de 1964 (Art 1). La même disposition se trouve également dans le TBI Sénégal/Pays-Bas de 1979 (Art1) ; de même TBI Sénégal/Royaume-Uni de 1980 (Art 2) ; TBI Royaume-Uni/Barbade de 1993 (Art2) (2) qui dispose : « *Each Contracting Party encourage and create favorable conditions for nationals and companies of the other contracting party to invest capital in its territory, and subject to its rights to exercise powers conferred by its laws, shall admit such capital* ». L'on constate, dans ces différents TBI que, la clause d'admission s'accompagne toujours par une clause d'encouragement. Par contre, les américains refusent d'inclure cette clause dans leurs TBI, en n'invoquant que la clause d'admission. Pour eux, la clause d'admission est contraire à la liberté de la concurrence.

⁶⁹⁸ W. BEN HAMIDA, « L'admission des investissements et des investisseurs », in *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Ch. LEBEN (dir.), *Pédone*, 2015, pp. 243-264, p. 244.

⁶⁹⁹ L. V. AZOULAI et W. BEN HAMIDA, « Droit conventionnel des investissements et droit primaire communautaire: étude comparée des régimes et des approches », in *Le droit européen et l'investissement*, C. KESSEDJIAN et Ch. LEBEN (dir), éd. Panthéon-Assas, 2009, pp. 69-88.

⁷⁰⁰ Voir W. BEN HAMIDA, « *Sovereign FDI and International Investment Agreements : Questions Relating to the Qualification of Sovereign Entities and the Admission of Their Investments Under Investments Agreements* », *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2010, p. 17-36.

alléguait que les mesures protectionnistes contre les investissements étrangers continuent à progresser. Elles représentaient 32% des nouvelles législations nationales concernant les investissements internationaux, contre 30% en 2009, 20% en 2005 et seulement 2% en 2000⁷⁰¹. Le même constat a été fait par la chambre de commerce internationale à Paris sur la tendance protectionniste des États à l'endroit des investissements étrangers. Ce rapport note : « *Malgré les avantages évidents de l'investissement étranger, la communauté économique constate avec beaucoup de préoccupation une nouvelle vague de protectionnisme en matière d'investissement, qui se manifeste par des suggestions d'action ou des initiatives délibérées de gouvernements visant à interdire ou entraver les investissements étrangers, sous prétexte de protéger des secteurs stratégiques ou de préserver la sécurité nationale* »⁷⁰². Selon ce rapport, des pays qui, paradoxalement, ont longtemps encouragé les investissements et en ont bénéficié dressent maintenant pour des motifs politiques des barrières bloquant ces investissements dans des secteurs comme les services financiers, l'énergie, l'acier, le tabac, l'industrie alimentaire et les ports⁷⁰³.

Ainsi, de tout ce qui précède, l'on peut remarquer d'une manière générale, que deux modèles de TBI prévalent en droit international des investissements. Le modèle américain et celui européen. Il a aussi été relevé que tous ces deux modèles comportent des différences selon le sens donné aux standards qui y sont applicables. L'on a également relevé que c'est le modèle européen qui est le plus appliqué en Afrique en général, et dans la CEDEAO en particulier. Cependant, pour mieux analyser et cerner l'impact des standards internationaux dans les TBI signés par les États de cet espace régional, il faut se pencher sur le traitement des investissements étrangers dans la CEDEAO.

Paragraphe 2 : Au niveau du traitement de l'investissement

Rappelons que l'investisseur a pour vocation de demeurer un certain temps, plus ou moins long, parfois des décennies, sur le territoire où il réalise son opération d'investissement. Dès lors, « *La question de ses conditions de vie dans l'État d'accueil, est donc d'une importance*

⁷⁰¹ CNUCED, « Rapport sur l'investissement dans le monde », 2011, p. 110, http://unctad.org/en/docs/wir2011_embargoed_en.pdf

⁷⁰² Ce rapport a été rédigé par la Commission des politiques du commerce et de l'investissement en collaboration avec la Commission des services financiers et de l'assurance, disponible sur http://www.iccwbo.org/Advocacy-Codes-and-Rules/Document-centre/2006/Les-gouvernements-doivent-%C3%A9viter-le-protectionnisme-en-mati%C3%A8re-d%E2%80%99investissement/Document_103/275 rev Final FR 2 novembre 2006.

⁷⁰³ Le même rapport précité.

capitale »⁷⁰⁴. C'est ainsi que l'essentiel des règles du droit international des investissements a pour objet principal de veiller au respect par l'État d'accueil de son engagement à assurer un traitement convenable et une protection réelle des investisseurs et de leurs investissements sur son territoire. Donc, il va de soi que les standards contenus dans les traités d'investissements ne servent pas seulement à donner corps à ces derniers et les "*embellir*". Bien au contraire, la pratique et l'évolution du droit international des investissements sont fortement tributaires de ces standards à un double titre : leur respect (application) par les États d'accueil et leur maniement (interprétation) précautionneux par les tribunaux arbitraux.

C'est aux standards inclus dans les TBI que les États hôtes de l'investissement doivent se référer pour admettre⁷⁰⁵ et traiter les investisseurs étrangers et leurs investissements. Mais aussi, c'est à ces mêmes standards que les arbitres prennent repères, dans le cadre de contentieux entre l'investisseur étranger et l'État d'accueil, pour déduire si ce dernier a porté atteinte ou non aux biens du premier. Tout cela pour dire que les standards occupent une place très essentielle dans le droit international des investissements, s'ils ne constituent pas même la quintessence des règles applicables dans celui-ci. En vérité, ce sont ces standards qui déterminent le régime juridique applicable à cette matière et « *que l'on désigne sous le terme de traitement dans les instruments internationaux relatifs à l'investissement* »⁷⁰⁶. Ici, il faut comprendre que l'appellation « standards de traitement » est des fois remplacée par celle de « normes de traitement », mais elles ont la même signification, en tout cas en droit international des investissements⁷⁰⁷.

⁷⁰⁴ Ch. LEBEN, « Droit international des investissements: un survol historique », in *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Ch. LEBEN (dir), Pédone, 2015, pp. 1-79, p. 19.

⁷⁰⁵ En ce qui concerne l'admission des investissements, il faut dire que la référence aux standards dépend du modèle de TBI. S'il s'agit du modèle de traité des États-Unis, l'État d'accueil de l'investissement se trouve dans une situation de compétence liée, en ce sens que conformément à la clause d'encouragement, la libre admission des investissements étrangers y constitue un principe. C'est-à-dire l'État hôte ne doit pas poser des obstacles à l'entrée des investissements dans son territoire. Par contre, pour ce qui est du modèle européen, l'État est libre d'admettre ou de ne pas admettre des investissements étrangers. Dans ce modèle, l'on peut dire que l'État hôte est dans une situation de pouvoir discrétionnaire, qui met en exergue son attribut de souveraineté.

Dans tous les cas, même dans le modèle américain, c'est parce que l'État est souverain qu'il accepte non seulement de se lier à un TBI, mais encore de se soumettre à la clause de libre admission des investissements étrangers.

⁷⁰⁶ J. CAZALA, « Les standards indirects de traitement: traitement de la nation la plus favorisée et traitement national », in *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, de Ch. LEBEN (dir.), Pédone, 2015, pp. 265-286, p. 265.

⁷⁰⁷ Cependant, il faut relever qu'il y a une spécificité des "standards" par rapport aux "normes", et sur cette question V. les études suivantes : Y. RADI, « La standardisation du droit international : contours d'une théorie dialectique de la formation du droit », Bruxelles, *Bruylant*, 2013 ; J.M. FAVRE, « Essai sur la notion de standard en droit international public », Thèse Université Paris 1, Panthéon-Sorbonne, 1994 ; V. également Numéro spécial de Droit prospectif – Revue de la recherche juridique, 1998, n°4 « Les standards dans les divers systèmes juridiques » ; V. aussi A. LAGELLE, « Les standards en droit international économique : contribution à l'étude de la normativité

Devant l'investissement international, les États en développement ont un double défi à relever. D'abord, ils doivent mener des politiques de promotion dans le but d'attirer les investissements étrangers (en capital comme en infrastructures) dans la contribution de leurs projets de développement. Mais ensuite, ils doivent adopter une prudence dans les mesures réglementaires (même générales) qu'ils pourraient être amenés à prendre face à l'activité de l'investisseur étranger. Si le premier défi est une mesure souveraine, volontaire, le second semble contraignant car il résulte d'un engagement qu'ils ont souscrit à travers des conventions qu'ils signent et ratifient. D'ailleurs, il arrive souvent, dans une opération d'investissement, que l'investisseur étranger attire l'État d'accueil devant une juridiction internationale, ou un tribunal arbitral international pour contester une mesure prise par l'État hôte et portant atteinte à son investissement.

Il faut dire à ce niveau que les standards les plus invoqués face aux États de la CEDEAO (États en développement) par les investisseurs pour contester les mesures étatiques devant les tribunaux sont : le traitement national et le traitement juste et équitable. Si l'on examine certaines affaires, l'on pourrait constater que ces deux standards sont, en fin de compte, préjudiciables à l'État d'accueil. A bien des égards, le traitement national instaure une discrimination à rebours au détriment de l'investisseur national (**A**). Pour ce qui est du traitement juste et équitable ; il constitue une notion imprécise au profit de l'investisseur et au détriment de l'État d'accueil (**B**).

A : Le traitement national : une discrimination à rebours au détriment du national, à un double niveau dans les États de la CEDEAO

D'une manière générale, la clause du traitement national exige de l'État d'accueil de l'investissement qu'il traite l'investisseur étranger, au même titre que les investisseurs nationaux. Cependant, dans la pratique, l'application de cette clause dans les États africains, instaure une discrimination au détriment non des investisseurs étrangers, mais plutôt des nationaux, et à un double niveau. D'abord, bien avant le droit international des investissements, il a toujours existé en Afrique, "une application coutumière du traitement national". Celle-ci se caractérise dans ces pays ouest-africains par "un devoir naturel" d'accorder plus de privilèges

internationale », *L'Harmattan*, 2014, op.cit. ; Y. NOUVEL, « Les standards de traitement: le traitement juste et équitable, la sécurité pleine et entière », in *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Ch. LEBEN (dir.), op.cit., pp. 287-345, et I. TUDOR, « The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment », Oxford, *OUP*, 2008, pp. 109-133.

aux étrangers qu'aux nationaux (1). D'autre part, au-delà de l'application contraignante du traitement national dans la pratique du droit international des investissements en Afrique, cette discrimination à rebours au préjudice des nationaux n'est pas reconnue par le droit international général : celui-ci ne connaît que la discrimination au préjudice des étrangers (2).

1 : Le privilège accordé à l'étranger : une application coutumière du traitement national précédant le droit international des investissements en Afrique

Ce qu'il faut d'abord savoir c'est que dans la plupart des pays en développement, l'étranger⁷⁰⁸ y reçoit, d'une manière générale, un traitement privilégié par rapport aux nationaux. Cette réalité a existé bien avant les opérations d'investissements, et la réglementation de ceux-ci par le droit international. Deux raisons fondamentales peuvent être avancées pour expliquer ce traitement privilégié des étrangers dans ces États de la CEDEAO :

Premièrement, dans certains pays africains, les privilèges dont bénéficie l'étranger ont des fondements coutumiers, voire traditionnels⁷⁰⁹. Dans la conception africaine de l'étranger, en général, c'est justement parce que l'individu a "le titre d'étranger", qu'il doit bénéficier des meilleurs traitements. Ce privilège constitue, avant tout, une marque d'hospitalité⁷¹⁰ ; certains pays arrivent même à le revendiquer et en ont fait leur devise. C'est le cas d'un pays comme le Sénégal par exemple qui a comme dénominateur "le pays de la teranga", qui signifie littéralement en Wolof (langue nationale) le pays de l'hospitalité. Hospitalité, parce que, dans ce pays, comme la plupart des États africains, la tradition recommande et exige que l'étranger bénéficie d'un accueil chaleureux mais encore du meilleur des traitements possibles. L'étranger est un hôte et comme tel, on doit lui réserver un traitement meilleur que celui accordé aux nationaux. En ce sens, l'un des chanteurs sénégalais les plus célèbres (Youssou Ndour) a expressément composé une chanson dédiée à cette hospitalité sénégalaise ayant pour titre

⁷⁰⁸ Ici, l'on entend par "étranger" la personne physique qui n'est pas nécessairement un investisseur, un opérateur économique. Il peut s'agir d'un touriste, ou bien d'une personne désirant tout simplement s'installer dans un pays donné pour y mener une activité professionnelle sans rapport avec une opération d'investissement. Il peut s'agir d'un enseignant, d'un médecin, d'un fonctionnaire international etc.

⁷⁰⁹ Ces deux notions sont intimement proches et sont, d'ailleurs, souvent associées. Mais on peut, tout de même les distinguer. La tradition renvoie plus à une pensée, une doctrine qui peut avoir des fondements moraux, religieux, politiques etc. Et la coutume peut être définie comme une habitude, un usage propres aux mœurs d'un groupe, d'un peuple : *les us et les coutumes d'une région* (Dictionnaire Le Grand Larousse illustré 2015). Selon le même dictionnaire, la coutume est un ensemble de dispositions sociales cohérentes et transmises par la tradition, par opposition à la loi écrite, édictée par une autorité politique. Donc, l'on peut dire que c'est la coutume qui met en pratique la tradition.

⁷¹⁰ En ce sens voir S. M. KAM, « Tradition africaine de l'hospitalité et dialogue interreligieux: réflexion théologique et pastorale dans le contexte de l'Eglise-famille de Dieu au Burkina Faso », éd. karthala ., 2011.

"Tourista" venant du mot touriste. L'artiste y défendait la préservation de cette hospitalité en utilisant comme refrain : « *Notre hospitalité est une fierté nationale... et comme nous en faisons une fierté nationale, nous devons la partager à travers nos faits et gestes. Quand nous accueillons des étrangers nous devons leur offrir cette hospitalité afin qu'ils gardent de bons souvenirs de notre pays* »⁷¹¹.

La seconde raison démontrant cette spécificité africaine de traitement privilégié de l'étranger est aussi d'ordre économique. Il faut, tout de même garder à l'esprit qu'avant tout, ce sont des pays en développement, en d'autres termes des pays pauvres. L'étranger, surtout lorsqu'il est d'origine occidentale est souvent perçu comme quelqu'un détenant un pouvoir financier. Cette perception lui procure beaucoup d'avantages, tant dans la vie sociale que politique. En général, les nationaux ont des appréhensions selon lesquelles, entrer en conflit avec un étranger (à tort ou à raison) peut leur causer des ennuis judiciaires à cause du pouvoir financier de ce dernier. Dans la pratique, en effet, l'une des raisons qui peuvent l'expliquer est le phénomène de la corruption. D'autant plus que, dans la plupart des pays africains, la corruption occupe une place telle que l'on pourrait la considérer comme "*un système de gouvernement*". Par voie de conséquence, rien que par son pouvoir financier, l'investisseur étranger pourrait bénéficier d'un traitement plus favorable que les nationaux dans le système judiciaire. Pour des raisons politico-économiques également, l'investisseur étranger bénéficie naturellement de privilèges de protection sociale et juridique. Cette-fois ci, il peut s'agir d'une politique murie par le gouvernement, non seulement pour des raisons diplomatiques⁷¹², mais aussi économiques, surtout lorsque la présence de l'étranger contribue au développement d'un secteur d'activité économique tel que le tourisme, par exemple.

⁷¹¹ L'artiste/compositeur sénégalais, Youssou Ndour psalmodie son peuple et les incite à continuer à préserver cette attitude hospitalière connue du Sénégal, et en faire une fierté nationale. Pour écouter cette chanson de Youssou Ndour "Tourista" et lire le texte intégral traduit en français, voir : www.senegal-carte.com/la-teranga-une-authentique-hospitalite/

⁷¹² Dès fois, les relations qu'entretienne l'État d'accueil avec l'investisseur étranger peuvent avoir des répercussions sur ses relations avec l'État national de ce dernier. Rien que pour préserver cette relation avec l'État d'origine de l'investisseur, l'État d'accueil de l'investissement (surtout lorsqu'il s'agit d'un État en développement, et tout en sachant qu'en général, les investissements étrangers proviennent souvent des États développés) est tenu d'accorder aux investisseurs étrangers un traitement raisonnable. A ce niveau, il faut noter que même s'il existe des mécanismes plus juridiques et efficaces de protection des biens des étrangers, la protection diplomatique n'en demeure pas totalement absente du droit contemporain de l'investissement international. Sur ce point voir A. De Nanteuil, « Droit international de l'investissement », *op.cit.*, p. 19.

2 : L'absence de reconnaissance, en droit international, de la discrimination du traitement national au détriment du national et au bénéfice de l'investisseur l'étranger

En droit des investissements, le traitement national signifie que l'État accorde aux investisseurs étrangers le même traitement qu'il accorde à ses propres nationaux. En d'autres termes, il constitue, pour l'opérateur étranger « *un droit de recevoir le traitement que l'État réserve à ses nationaux* »⁷¹³. Donc, en droit international des investissements, et en droit international général, il y a violation du traitement national lorsque l'investisseur national de l'État a été plus privilégié que l'investisseur étranger. Dans ces disciplines juridiques, ce n'est que dans ce sens que s'oriente la discrimination du traitement national. Ainsi, les États de l'organisation régionale ouest-africaine se doivent d'étendre les "privilèges" qu'ils accordent à leurs entreprises locales aux opérateurs économiques étrangers. Le standard du traitement national est perçu par certains auteurs⁷¹⁴ comme le standard le plus politiquement et économiquement sensible du droit international. Il concerne les relations entre l'État hôte, les investisseurs nationaux et les investisseurs étrangers⁷¹⁵. Il est sensible en ce sens que l'État d'accueil, dans sa politique de réglementation des secteurs économiques, doit toujours tenir compte de la présence des entreprises étrangères, et surtout veiller à un équilibre des avantages qu'il consent entre ses nationaux et ces investisseurs étrangers.

Dans les États en développement, la crainte de discrimination, tant redoutée des opérateurs étrangers, se répercute plutôt, dans la pratique, du côté des investisseurs nationaux. En effet, si l'appel aux investisseurs étrangers dans les États de la CEDEAO a comme objectif, entre autres, d'accroître le pouvoir économique de ces États, les opérateurs nationaux de ces derniers semblent discriminés par la présence de ces multinationales dans leurs territoires. A la base, les États ne se trouvent pas dans "une obligation" d'accorder des privilèges à leurs propres investisseurs. Mais, en revanche, ils peuvent être amenés à octroyer des avantages aux investisseurs étrangers, dans le cadre d'obligations auxquelles ils ont souscrit à travers des conventions qu'ils signent et ratifient, sans les étendre nécessairement aux investisseurs nationaux. C'est ce qu'une partie de la doctrine désigne comme " la discrimination à rebours" en ce sens qu'elle s'exercerait au détriment non des étrangers, mais des ressortissants de l'État

⁷¹³ A. DE NANTEUIL, « Droit international de l'investissement » *1^{ère} éd.*, *op.cit.*, p. 295.

⁷¹⁴ J. CAZALA, « Les standards indirects de traitement: traitement de la nation la plus favorisée et traitement national », in *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Ch. LEBEN (dir.), *op.cit.*, p. 267.

⁷¹⁵ OCDE, « National Treatment of International Investment in South East European Countries : Measures Providing Exceptions, Paris, *OECD*, 2003, 106.

d'accueil⁷¹⁶. Par voie de conséquence, ce traitement préférentiel de l'investisseur étranger s'exerce au détriment des opérateurs nationaux. Pourtant, ce sont plutôt ces derniers qui devraient mieux mériter de bénéficier d'un traitement préférentiel car étant économiquement plus faibles que les multinationales étrangères. En ce sens Thierry Lauriol a révélé que le standard international peut s'écarter du traitement national, lorsque l'État d'accueil traite mieux l'investissement international que l'investissement national⁷¹⁷.

Seulement, cette discrimination au détriment des investisseurs nationaux n'est pas reconnue en droit international. Comme l'ont fait remarquer les professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard, « *Le droit international n'interdit pas que l'on accorde ou que l'on assure un traitement préférentiel à l'investissement international par rapport à l'investissement national... Le droit international interdit certains traitements différentiels qui frapperaient l'investissement international, mais non l'investissement national* »⁷¹⁸.

Il faut, par ailleurs, signaler que ce n'est pas seulement dans l'application du traitement national que l'on remarque cette discrimination à rebours : celle-ci est également constatable au niveau du mécanisme d'arbitrage transnational propre au droit international des investissements. En effet, Arnaud De Nanteuil a également révélé dans d'autres écrits que : « *... le mécanisme de l'arbitrage transnational conduit à opérer une distinction, sans autre motif que la nationalité, entre investisseurs étrangers et investisseurs nationaux, les recours à l'arbitrage étant réservés premiers. Il s'agit là d'une discrimination « à rebours » en ce sens qu'elle désavantage les nationaux par rapport aux étrangers et non l'inverse* »⁷¹⁹. Effectivement, dans l'arbitrage transnational relatif aux investissements étrangers, il n'y est pas prévu la possibilité pour l'investisseur national d'attirer son État devant un tribunal arbitral. Cette voie de droit est seulement et exclusivement réservée aux investisseurs étrangers et non aux nationaux des États d'accueil de l'investissement. Cela peut se comprendre, dans la mesure où les TBI et TMI ont essentiellement pour objet de sécuriser les investissements des ressortissants des États parties à ces dits traités dans les territoires des autres États parties, et réciproquement.

Au demeurant, si l'application du traitement national au sein de la CEDEAO instaure une discrimination, non au détriment des étrangers, mais des nationaux ; le standard du traitement

⁷¹⁶ A. DE NANTEUIL, « Droit international des investissements », 1^{ère} éd., *op.cit.*, p. 289.

⁷¹⁷ T. LAURIOL, « Le traitement national », *op.cit.*, p. 60.

⁷¹⁸ D. CARREAU et P. JUILLARD, « Droit international économique », 4^{ème} éd., Dalloz, 2010, p. 480.

⁷¹⁹ A. DE NANTEUIL, « Les mécanismes permanents de règlement des différends, une alternative crédible à l'arbitrage d'investissement? », *JDI*, Janvr-Fév-Mars 2017, pp. 55-80, p. 59.

juste et équitable constitue, à son tour, une notion imprécise profitable à l'investisseur étranger et préjudiciable à l'État d'accueil.

B : Le traitement juste et équitable : une notion imprécise au profit de l'investisseur étranger et au détriment de l'État d'accueil

En vérité, l'État d'accueil de l'investissement ne rencontre pas, en principe, de difficultés pour se conformer au standard du traitement juste et équitable dans l'exercice de son pouvoir réglementaire. Ou, du moins, le standard en tant que tel ne définit pas un champ d'application précis duquel, la réglementation étatique ne doit pas déborder pour ne pas porter atteinte aux biens de l'investisseur. Ce qui revient à considérer que ce standard du traitement juste et équitable se caractérise par son imprécision. C'est justement ce caractère imprécis de ce standard, comme tant d'autres en droit international des investissements, qui est présumé avantageux pour les investisseurs étrangers et, bien sûr, préjudiciable aux États d'accueil de l'investissement, comme ceux de la CEDEAO.

Pourtant, les termes juridiques qui se caractérisent, en général, par leur imprécision ont, de tout temps, été profitables à l'État lorsqu'il prenait certaines mesures - qui n'étaient pas avantageuses pour les administrés - en invoquant certains motifs. Il en est ainsi de la notion "*d'ordre public*" ou celle "*d'intérêt général*". L'on retrouve la notion d'ordre public dans, pratiquement, toutes les disciplines juridiques. En droit administratif, et plus précisément en matière de police administrative, elle se définit par référence à un triptyque : la sécurité, la tranquillité et la salubrité publiques. Dans ce cadre, l'autorité administrative, peut, par exemple, interdire une liberté publique (comme la marche) si elle juge que celle-ci constitue un risque de *trouble à l'ordre public* et qu'elle ne dispose pas de moyens de sécurité nécessaires pour l'encadrer⁷²⁰. Par ailleurs, s'il existe une notion juridique chère à l'État, c'est bien de celle de l'intérêt général. Celui-ci est, par principe, le fondement de toute action étatique. En d'autres termes, l'État incarne l'intérêt général et l'ensemble de son action est réputée le satisfaire. Pour cette cause, il peut aussi prendre des mesures (individuelles ou réglementaires) contraignantes

⁷²⁰ C'est le lieu de rappeler qu'en matière de police administrative, l'exercice des libertés publiques est soumis à la réglementation de l'autorité étatique, plus connue sous le nom de police administrative. En effet, d'après le professeur Demba SY, la police administrative est une forme d'intervention qu'exercent certaines autorités administratives et qui consiste à imposer, en vue d'assurer l'ordre public, des limitations aux libertés des individus. Cette police a justement pour finalité de prévenir les atteintes à l'ordre public. Selon Demba SY, l'ordre public est une notion fort imprécise. Il désigne un état dans lequel les citoyens sont préservés dans la plus grande mesure possible des risques que comporte la vie sociale. Voir, Demba SY, « Droit administratif », *CREDILA (Centre de Recherche, d'Etude et de Documentation sur les Institutions et les Législations Africaines)*, 2009, p. 210.

à l'égard des individus ou personnes morales de droit privé, et invoquer l'intérêt général comme motif. Seulement, dans bien des cas, cette invocation de « *l'intérêt général peut être un prétexte à tout type de comportement* »⁷²¹.

En somme, l'on constate donc que la notion d'ordre public comme celle d'intérêt général peuvent constituer des « couvertures » à des mesures étatiques arbitraires, à cause de l'imprécision de leurs définitions. Cette même analyse pourrait être faite à l'endroit du standard du traitement juste et équitable, en droit international des investissements. Mais cette fois ci, il n'est pas profitable à l'État, mais plutôt à l'investisseur étranger ; donc préjudiciable au pouvoir étatique. D'ailleurs, l'une des critiques les plus récurrentes adressées au droit international des investissements, porte exclusivement sur son mécanisme de règlement des différends. En effet, dans l'arbitrage transnational, les arbitres disposent d'une grande latitude dans l'interprétation des notions comme le standard du traitement juste et équitable ou celle d'expropriation indirecte. Interprétation, car ces notions sont essentiellement caractérisées par leur imprécision. C'est ce qui tourne à l'avantage de l'investisseur étranger, qui peut toujours considérer qu'une mesure étatique porte atteinte à un standard tel que le traitement juste et équitable et attirer l'État devant un tribunal arbitral. Ainsi, il appartiendra à ce dernier de déterminer, en l'absence de critères définis, si telle ou telle réglementation étatique enfreint le standard du traitement juste et équitable. L'on constate donc que ce sont les tribunaux arbitraux qui décideront si une mesure prise par l'État et allant à l'encontre des intérêts de l'investisseur étranger constitue une violation du traitement juste et équitable.

En fin de compte, l'on peut dire que, dans bien des cas, le sort du pouvoir réglementaire étatique peut se retrouver entre les mains des arbitres statuant en matière de règlement des différends relatifs aux investissements internationaux. Dès lors, la facilité pour les investisseurs étrangers d'invoquer la violation du traitement juste et équitable, et le pouvoir interprétatif arbitral des mesures étatiques, constituent des atteintes à la liberté normative de l'État d'accueil. Il va de soi qu'autant ce standard soit préjudiciable à l'État d'accueil, autant il bénéficie à l'investisseur étranger. En vérité c'est l'avenir du droit international des investissements, et de l'arbitrage transnational plus spécifiquement, qui risqueraient d'en pâtir.

C'est pour cette raison que le projet d'accord de libre-échange entre l'Union européenne et le Canada (CETA) a, entre autres comme ambitions, de procéder à une réforme de l'arbitrage en matière d'investissements. En ce sens, il est question dans le cadre des réformes de procéder

⁷²¹ A. DE NANTEUIL, « Réflexions sur les droits de l'État d'accueil dans le droit international des investissements », in *Mél. Droit international et culture juridique*, Ch. LEBEN (dir), *op.cit.*, p. 322.

à une clarification de certaines notions contenues dans les TBI comme celle du traitement juste et équitable. Ainsi, l'Accord a, dans sa version consolidée adoptée en Octobre 2016, dressé une liste exhaustive des composantes du traitement juste et équitable, permettant ainsi à la fois d'accroître la sécurité juridique des opérations d'investissements et d'éviter la condamnation d'un État pour une mesure dont la contrariété au droit international dépend avant tout de l'appréciation subjective des arbitres⁷²².

Il semble d'autant plus opportun que les États de la CEDEAO fassent de même. Et pour ce faire, deux solutions d'ordre interne et international semblent envisageables. Au niveau interne, c'est-à-dire dans l'espace régional, l'organisation doit créer un modèle de TBI unique auquel les États membres se référeront dans les futurs TBI qu'ils auront à signer. D'autre part, au niveau international, les États membres devront tenter d'ouvrir des négociations avec les États tiers à la CEDEAO et auxquels ils sont engagés dans des TBI en cours, dans le but de réformer certaines dispositions source d'ambiguïté, comme le standard traitement juste et équitable et celui de l'expropriation⁷²³.

⁷²² A. DE NANTEUIL, « Les mécanismes permanents de règlement des différends, une alternative crédible à l'arbitrage d'investissement? », *op.cit.*, p. 65. Ainsi, d'après cet auteur, l'article 8.10 de l'Accord CETA dispose : « Au titre du traitement juste et équitable, la protection de l'investisseur est donc limitée à l'interdiction du déni de justice, de l'arbitraire, de la discrimination et du harcèlement ainsi qu'à un droit général au bénéfice du due process of law ». L'article 8.10.3 prévoit que les parties ont la possibilité de s'accorder sur de nouvelles composantes, ce qui confirme clairement le caractère exhaustif de la liste, cité par le même auteur.

⁷²³ A ce niveau, il faut rappeler que cette éventualité ait été invoquée au sein de l'Union européenne à propos des nouveaux adhérents de l'institution européenne. Il était demandé aux nouveaux adhérents de corriger les incompatibilités de certaines des dispositions de TBI précédemment signés avec celles de l'Union européenne. Sur ce point voir, S. EL BOUDOUHI, « L'avenir des traités bilatéraux d'investissement conclus par les Etats membres de l'Union européenne avec des Etats tiers », *RTDE*, 2011, pp. 85-115.

Conclusion du Chapitre 2

Les standards internationaux, au même titre que les traités bilatéraux et multilatéraux d'investissements, constituent des instruments du droit international contribuant au renforcement de la protection communautaire des investissements étrangers dans l'espace CEDEAO.

Il a été relevé qu'il existe deux catégories de standards en droit international des investissements. Il y a, d'une part, des standards qui sont des principes de non-discrimination, et d'autre part, des standards qui sont directement issus de la coutume et des principes généraux du droit. En ce qui concerne les premiers, il y a le traitement national et la clause de la nation la plus favorisée. Le traitement national exige de l'État d'accueil qu'il accorde à l'investisseur étranger, le même traitement réservé à ses propres nationaux. Tandis que la clause de la nation la plus favorisée suppose, en droit des investissements, qu'un État s'engage, dans un traité, à accorder aux investisseurs ressortissants de l'État partie, les mêmes avantages qu'il accorde aux investisseurs ressortissants d'États tiers. Il apparaît ici clairement que les deux standards constituent des normes de protection par renvoi, en ce sens que le traitement auquel l'investisseur prétend est celui déjà réservé à d'autres catégories d'investisseurs, en l'occurrence l'opérateur national et l'opérateur ressortissant d'État tiers. À côté de ces standards de non-discrimination, il y a les standards issus de la coutume et des principes généraux du droit. Ils sont ainsi composés du standard du traitement juste et équitable et celui de la pleine et entière protection et sécurité. Ces deux standards ne renvoient pas à une réclamation d'une égalité de traitement comme les standards de non-discrimination. Ils s'analysent à un degré de traitement, à une protection définie dans l'absolu.

Cependant, qu'il s'agisse de la première catégorie de standards ou de la seconde, l'analyse a montré que leur application dans l'espace CEDEAO pose quelques difficultés pour les États de la communauté. Plus explicitement, leur imprécision donne non seulement la possibilité aux investisseurs de contester les décisions étatiques, même si celles-ci sont prises dans l'intérêt général, mais encore renforce le pouvoir des arbitres. Ces derniers auront une certaine marge de manœuvre dans l'appréciation du pouvoir règlementaire de l'État. À la longue, c'est la liberté normative de ces pays d'accueil de l'investissement qui en pâtira, d'où la nécessité de procéder à des réformes de ces standards, en délimitant leur champ définitionnel.

Conclusion du Titre 1 de la deuxième partie

L'apport du droit international général dans la sécurisation communautaire des investissements étrangers dans l'espace CEDEAO peut donc se manifester par le biais de certaines règles que l'on pourrait qualifier d'instruments internationaux. Ce sont, d'une part, des actes juridiques internationaux et conventionnels de protection des investissements, et d'autre part, des standards internationaux de traitement des investissements. Ces deux instruments ont, tantôt, des points de convergence, tantôt, des dissemblances qu'il importe de souligner.

Au plan formel, par exemple, leurs mécanismes d'engagement des États ne sont pas les mêmes. En effet, les actes juridiques internationaux que sont les TBI et TMI sont dits conventionnels parce qu'ils scellent, de manière expresse, la volonté des parties d'être liées aux obligations internationales qu'ils renferment. Ce sont des instruments qui doivent obligatoirement faire l'objet de négociations, de signatures et de ratifications de la part des États concernés afin qu'ils puissent servir force de loi dans leurs rapports. Ce qui n'est pas le cas des standards internationaux. Ceux-ci ne sont pas des instruments conclus entre États, ils relèvent, plutôt, des principes coutumiers établis par le droit international, et devant servir d'un « niveau » à atteindre ou d'un « modèle » de référence dans certaines circonstances où une mesure doit être prise à l'endroit d'un sujet de droit. La particularité de ces standards c'est que, bien qu'ils constituent des normes aux contours incertains et flous, l'État ou l'autorité, en prenant une décision – qui, surtout, comporte des conséquences sur un individu –, doit autant que faire se peut s'y conformer.

Sur le plan du fond, les convergences entre les traités et standards internationaux se manifestent au niveau de leurs effets dans les États d'accueil de l'investissement. Ainsi, le caractère surprotecteur des premiers et l'imprécision des seconds peuvent avoir pour effet commun de porter atteinte à la liberté normative des États hôtes. C'est précisément le cas de ceux de la CEDEAO. Pour les investisseurs, en revanche, le caractère flou des standards, de même que les dispositions sévères des TBI vis-à-vis des États, constituent une situation favorable à la sécurisation de leurs biens. C'est de là où réside le déséquilibre constaté en droit international de l'investissement. Pour remédier à ce déséquilibre, cependant, des perspectives réformatrices ont été entreprises. Il s'agira de redéfinir de manière précise, voire, énumérative les standards contenus dans les TBI. D'autre part, dans le cadre contentieux, il a été question, non seulement, de permettre aux États hôtes d'introduire des demandes reconventionnelles, mais

encore d'instaurer des obligations à l'endroit des investisseurs dans les TBI. Cette seconde série de réformes affiche plus d'avancée dans le continent africain à travers deux instruments phares. Il s'agit, d'une part, du modèle de TBI de la communauté économique régionale de la SADC, et d'autre part, du Code panafricain des investissements adopté par l'Union africaine.

Telles sont les appréciations que l'on pourrait formuler au niveau des TBI conclus dans l'espace CEDEAO et ayant pour objet de protéger les investissements effectués dans cet espace communautaire ouest-africain.

Par ailleurs, cette sécurisation des biens des opérateurs économiques en territoire étrangers, par ces deux instruments internationaux, est encore plus accentuée lorsque l'on aborde les mécanismes procéduraux de protection des investissements prévus par le droit international général.

Titre 2 : Les mécanismes procéduraux de protection des investissements dans l'espace CEDEAO

La logique verticale ou pyramidale de protection des investissements étrangers dans l'espace CEDEAO se manifeste également dans les mécanismes procéduraux du droit international des investissements. Dans les TBI signés par les États de l'organisation d'intégration régionale ouest-africaine, c'est généralement l'arbitrage international du CIRDI qui y constitue le mode privilégié de règlement des différends. Il sera question de le présenter (**Chapitre 1**) avant de se pencher sur le régime du contentieux relatif aux investissements qu'il prévoit (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 : L'arbitrage international, le mode privilégié de règlement des différends relatifs aux investissements étrangers : le CIRDI

Le Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI) demeure l'institution privilégiée pour la résolution des litiges portant sur l'investissement. Comme il s'agit de l'arbitrage, force est de rappeler que l'institution de la Convention de Washington ne s'est pas, de son propre chef, imposée dans l'espace CEDEAO pour connaître d'éventuels conflits qui opposeraient les États de la Communauté à des investisseurs. C'est pourquoi, avant de se pencher sur son système de règlement des différends (**Section 2**), il semble fondamental d'établir, au préalable, les fondements de sa compétence à connaître de tels contentieux (**Section 1**).

Section 1 : Les fondements de la compétence du CIRDI

C'est au chapitre II de la Convention de Washington du 18 mars 1965⁷²⁴ que l'on trouve la définition de la compétence du CIRDI. L'alinéa 1 de l'article 25, qui en est la disposition

⁷²⁴ En ce qui concerne la littérature portant sur la Convention du 18 mars 1965, l'on peut citer : G.R. DELAUME : La Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, *J.D.I.*, 1966, pp. 26-50 ; G. GOZARD : La Convention de la B.I.R.D. pour le règlement des différends relatifs aux investissements, *revue Tiers-Monde*, 1965, pp. 989-1002 ; J.D. ROULET : La Convention du 18 mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, *Annuaire Suisse du Droit International*, 1965, pp. 121-154 ; S. BOSKEY et P. SELLA : Règlement des différends relatifs aux investissements, *Finances et Développement*, septembre 1965, pp. 143-148 ; A. BROCHES : The

fondamentale, stipule : *La compétence s'étend aux différends d'ordre juridique entre un État contractant (ou telle collectivité publique ou tel organisme dépendant de lui qu'il désigne au centre) et le ressortissant d'un autre État contractant qui sont en relation directe avec un investissement et que les parties ont consenti par écrit à soumettre au Centre. Lorsque les parties ont donné leur consentement, aucune d'elles ne peut le retirer unilatéralement.*

Cette disposition, aussi simple en apparence, a fait couler beaucoup d'encre au niveau de la doctrine dans son interprétation.

Mais, les deux grandes conditions majeures déterminant la compétence du Centre se ramènent à deux éléments essentiels : d'une part, les parties doivent consentir à se soumettre à l'arbitrage CIRDI (**Paragraphe 1**) et d'autre part le litige qui les oppose doit être en relation directe avec un investissement (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : Le consentement des parties à l'arbitrage CIRDI

Dans toutes les disciplines juridiques, l'arbitrage aussi bien que la conciliation n'y sont pas, par essence, les modes de règlements des différends. Dans tout État, existent des systèmes juridictionnels chargés de résoudre des litiges de tout genre. Même l'État, en dépit de sa souveraineté, reste soumis à ses propres juridictions dans les différends auxquels il est parti. Qu'il s'agisse des différends les opposant à ses nationaux, ou même ceux les opposant à des non-nationaux.

Le droit des investissements internationaux, qui met directement en relation l'État et un investisseur ressortissant d'État étranger, n'échappe pas à ce principe. Les juridictions étatiques peuvent bien entendu trancher les litiges mettant aux prises l'État d'accueil et les investisseurs étrangers. La Convention de Washington, instituant l'arbitrage CIRDI, l'a pourtant rappelé dans son préambule⁷²⁵. Si, souvent, le règlement des différends en droit des investissements se fait par arbitrage, c'est parce que les parties l'ont décidé. Elles confèrent aux arbitres le pouvoir de statuer sur les litiges les opposant, à travers leur consentement à cette fin. D'ailleurs, c'est le consentement des parties à se soumettre à l'arbitrage qui conditionne la dérogation de la compétence des tribunaux internes des États aux règlements des différends relatifs aux

Convention on the settlement of Investment Disputes : Some Observations on Jurisdiction, *Columbia Journal of Transnational Law*, 1966, pp. 26 ; E. LAUTERPACHT, *The World Bank Convention on the Settlement of International Investment Disputes*, Hommage à Paul GUGGENHEIM, p. 642.

⁷²⁵ Le préambule, à son alinéa 3, dispose : « Reconnaissant que si ces différends doivent normalement faire l'objet de recours aux instances internes, des modes de règlement internationaux de ces différends peuvent être appropriés dans certains cas ».

investissements internationaux. Selon le Rapport des administrateurs de la Banque mondiale, « *Le consentement des parties constitue la pierre angulaire de la compétence du Centre* ». Cette compétence repose sur une base purement consensuelle⁷²⁶. L'importance du consentement des parties à l'arbitrage est telle que, comme l'a bien fait remarquer Robert Kovar, le seul fait de ratifier la Convention n'engage pas un État à faire usage des procédures du Centre, il lui donne simplement la faculté de le faire⁷²⁷. La seule ratification de la Convention CIRDI par l'État ne saurait suffire pour qu'il puisse bénéficier des mécanismes de résolution des litiges institués par le Centre, que sont la conciliation et l'arbitrage ; Il doit, en plus, donner son consentement⁷²⁸. Selon Paul Reuter, la ratification de la Convention par l'État hôte et l'État d'origine de l'investisseur constitue seulement une aptitude pour ces derniers de recourir à l'arbitrage ou à la conciliation... Le Centre ne devient effectivement compétent que par un consentement écrit engageant d'une part un État contractant et d'autre part le ressortissant d'un autre État contractant⁷²⁹. Ce principe est celui du consensualisme : le tribunal n'est compétent que si et dans la mesure où les parties lui ont donné compétence. C'est un principe fondamental du droit international qui a été rappelé par la CIJ sur l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête)* opposant la République démocratique du Congo et le Rwanda.

Seulement, le fait que le consentement des parties détermine, voire, donne compétence à un organe de régler leurs différends par conciliation ou arbitrage ne constitue pas la spécificité du CIRDI. C'est un principe qui s'applique dans le domaine de l'arbitrage international d'une manière générale ; l'arbitrage commercial aussi dépend fortement du consentement des parties. La particularité de la Convention de Washington se situe ailleurs, en l'occurrence au niveau de la manifestation du consentement des parties. Dans la procédure CIRDI, en effet, les modalités de consentement à l'arbitrage entre l'État et l'investisseur étranger sont non seulement différentes, mais encore dissociées (A). D'autre part, en disposant que le consentement doit être

⁷²⁶ Ch. SPOFFORD, « The Convention emphasizes the consensual nature of proceedings. Signature of the Convention by a State does not commit it to compulsory arbitration », *Third Party Judgment and International Economic Transactions*, Cours La Haye, 1964, p. 143.

⁷²⁷ R. KOVAR, « La compétence du Centre International de Règlement des Différends relatifs aux Investissements », in *Investissements étrangers et arbitrage entre États et personnes privées: La Convention B.I.R.D. du 18 mars 1965*, sous la dir. de C.R.E.D.M.I.I., Pédone, 1969, pp. 25-58, p. 47.

⁷²⁸ *Le dernier alinéa* du Préambule de la Convention CIRDI est très clair à ce propos : « Déclarant qu'aucun État contractant, par le seul fait de sa ratification, de son acceptation ou de son approbation de la présente Convention et sans son consentement, ne sera réputé avoir assumé aucune obligation de recourir à la conciliation ou à l'arbitrage, en aucun cas particulier. »

⁷²⁹ P. REUTER, « Réflexions sur la compétence du Centre créé par la convention pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements entre États et ressortissants d'autres États », in *Investissements étrangers et arbitrage entre États et personnes privées: La Convention B.I.R.D. du 18 mars 1965*, sous la dir. de C.R.D.M.I.I., Pédone, 1969, pp. 9-24, p. 14.

fait par écrit, sans préciser la forme que devait revêtir ce dernier, l'article 25 alinéa 1 de la Convention crée plus de problèmes qu'il n'en résout **(B)**.

A : Des modalités de consentement différentes et dissociées entre les parties

Des modalités de consentement "dissociées" d'abord, car comme l'a précisé Sébastien Manciaux, dans le recours au CIRDI, les consentements des parties ne sont pas émis simultanément, l'État donnant son consentement par avance, l'investisseur donnant le sien - généralement- une fois le litige né⁷³⁰. Ensuite, les modalités de consentement sont "différentes" : l'État dispose, en effet, d'une variété de modes de consentement à l'arbitrage CIRDI **(1)** alors que pour l'investisseur, la simple soumission d'une affaire au CIRDI a été considérée comme impliquant son consentement⁷³¹ **(2)**.

1 : La diversité des modes de consentement de l'État à l'arbitrage CIRDI

Le règlement arbitral des litiges relatifs aux investissements est spécifique dans le CIRDI. L'un des caractères de cette spécificité résulte du fait que l'une des parties, en l'occurrence l'État, peut exprimer son consentement à l'arbitrage sous plusieurs formes. Trois cas d'expression du consentement de l'État peuvent être relevés :

Premièrement, le consentement de l'État peut se manifester dans une clause compromissoire. En effet, il arrive souvent que des contrats d'investissements soient conclus entre un État et un investisseur étranger. Dans ces contrats, l'État et l'investisseur s'engagent dans une clause compromissoire⁷³², de se soumettre à l'arbitrage CIRDI, pour résoudre les éventuels litiges qui pourraient surgir dans l'opération d'investissement. Le CIRDI, peut donc parfaitement, sur le fondement d'une disposition contractuelle entre l'État et l'investisseur, se déclarer compétent et statuer sur le différend les opposant. D'ailleurs, Arnaud de Nanteuil a fait observer que « *c'est là au demeurant l'hypothèse « classique », qui était au départ la seule*

⁷³⁰ S. MANCIAUX, « Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États, trente années d'activités du CIRDI », *op.cit.*, p. 193.

⁷³¹ B. STERN, « Le consentement à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissement international: Que disent les travaux préparatoires? », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle: à propos de 30 ans de recherche du CREDIMI*, P. KAHN (dir), Litec-CREDIMI, 2000, pp. 223-244, p. 224.

⁷³² Dans la clause compromissoire, les parties au contrat désignent à l'avance le mode de règlement des différends qu'elles souhaiteraient souscrire lorsque surgit un conflit. C'est le contraire du compromis, où les parties ne choisissent leur mode de résolution des litiges que lorsque ceux-ci surviennent.

envisagée, notamment dans le cadre du CIRDI »⁷³³. Seulement, ce consentement de l'État à l'arbitrage, par le biais d'une clause compromissoire contenue dans le contrat qui le lie avec l'investisseur, entraîne certaines conséquences non négligeables en droit international des investissements. D'abord, c'est le contrat qui constituera le fondement de la compétence du tribunal, ce qui peut produire d'importants changements. Ensuite, la question du droit applicable au litige (qui est principalement le droit international lorsque le tribunal est saisi sur le fondement d'un traité) est réglée par le contrat lui-même : celui-ci peut donc accorder une place non négligeable au droit de l'État d'accueil, lequel sera généralement combiné avec le droit international. Enfin, la compétence du tribunal arbitral sur le fondement d'une disposition contractuelle induit une autre conséquence. En effet, il peut arriver qu'en dehors du contrat qui le lie avec l'investisseur étranger (et dans lequel il consent à l'arbitrage CIRDI), l'État d'accueil soit partie aussi dans un TBI avec l'État d'origine dudit investisseur. Et, dans ce traité, c'est exclusivement l'arbitrage international qui y constitue le mode de règlement des différends. Par conséquent, le litige né du contrat peut se trouver également soumis au traité de protection des investissements. Dans l'hypothèse où le contrat prévoirait la compétence du juge interne, le même différend se verra régler par deux tribunaux différents : le tribunal national sur la base du contrat et le tribunal arbitral international sur la base du traité. Ce qui conduit à la célèbre et redoutable distinction entre réclamations contractuelles et réclamations conventionnelles en droit des investissements⁷³⁴. Il faut, par ailleurs, souligner que cette distinction entre « *treaty*

⁷³³ A. DE NANTEUIL, « Droit international de l'investissement », 1^{ère} éd., *op.cit.*, p. 248.

⁷³⁴ La distinction entre violations contractuelles et violation conventionnelles ("*treaty claims et contract claims*" en anglais) a permis de rendre compte, dans la pratique l'apport des contrats d'État dans l'évolution du droit international des investissements. Pour mieux cerner cette distinction, voir D. CARREAU et P. JUILLARD, « Droit international économique », *op.cit.*, pp. 587-591, où ils considéraient que : Une seule et même opération d'investissement peut donc donner lieu à deux sortes de réclamations. Dans le cas d'un marché public, il peut arriver que le maître de l'ouvrage ne paie pas le prix convenu au maître d'œuvre, et contrevienne à la clause contractuelle qui fixe les modalités de paiement de ce prix. Le maître d'œuvre se tournera alors vers les tribunaux pour obtenir paiement. Sa réclamation, née de l'inexécution d'une obligation contractuelle, est une « *contract claim* ». Mais le défaut de paiement place le maître d'œuvre dans la totale impossibilité de poursuivre l'exécution du marché. Le maître d'œuvre peut donc faire valoir que l'impossibilité où on l'a placé constitue une mesure privative de son investissement, qui équivaut à une mesure d'expropriation. Or, une mesure équivalente à une mesure d'expropriation, dès lors qu'elle ne s'accompagne pas d'une indemnisation, constitue une violation du traité de couverture, dont le maître d'œuvre, en sa qualité d'investisseur, peut demander réparation par la voie de l'arbitrage international. Sa réclamation, née de la violation d'une obligation conventionnelle, est une « *treaty claim* ». En conséquence, la réclamation contractuelle et la réclamation conventionnelle peuvent donc se trouver en concurrence l'une vis-à-vis de l'autre ; V. aussi J. MARGIE-LYS, « Arbitrage et protection des investissements internationaux, Volume 1 : L'apport des traités régionaux et multilatéraux à l'évolution du droit de l'arbitrage et du droit international des investissements », *Editions Universitaires Européennes (EUE)*, 2011, *op.cit.*, pp. 194-210 ; V aussi Ch. LEBEN, « La théorie du contrat d'État et l'évolution du droit international des investissements », Volume 302, *R.C.A.D.I.*, 2003, *op.cit.*, pp. 201-386.

claim et contract claim » trouve également son origine dans les controverses doctrinales sur la question du droit applicable aux contrats d'État, à partir de la décennie 1970⁷³⁵. Généralement, lorsque l'investisseur dispose à la fois d'un contrat avec l'État d'accueil et d'un traité de couverture, il utilisera les deux voies qui lui sont reconnues afin de maximiser ses chances d'être entendu par le tribunal. Mais aussi, il peut arriver que les contrats ou traités offrent parfois aux demandeurs un choix entre deux modes de règlements de différends : soit le règlement par les juridictions nationales, soit le règlement par arbitrage international. C'est ce que l'on appelle en termes techniques, les clauses de bifurcation (*Fork in the road clauses* en anglais) qui sont à distinguer de la règle de l'épuisement des voies de recours internes⁷³⁶. L'on constate, au final, que l'État d'accueil peut bien évidemment donner son consentement à l'arbitrage international dans le seul contrat avec l'investisseur étranger.

Deuxièmement, l'on peut, par ailleurs, trouver l'expression du consentement de l'État à l'arbitrage dans une loi nationale⁷³⁷. Tel a été le cas dans l'*Affaire SPPC c. Egypte du 14 avril 1988*, où le tribunal déclara sa compétence sur le fondement de la loi égyptienne de 1974 par laquelle l'État égyptien donnait son consentement préalable à l'arbitrage CIRDI⁷³⁸. La majorité des États de la CEDEAO dispose dans leurs législations internes, d'une manière générale, des dispositions relatives à la réglementation des investissements ; et s'il s'agit précisément des investissements étrangers, des dispositions relatives aux politiques de promotion et de protection de ces investissements étrangers. Comme il est question de politique de promotion, la meilleure manière d'attirer les investisseurs étrangers, c'est de leur conférer des avantages, mais surtout des garanties. La principale garantie que l'État pourrait offrir à l'investisseur étranger c'est d'accepter solennellement de se soumettre à l'arbitrage pour le règlement de leurs différends. En d'autres termes, de consentir à l'arbitrage international au détriment des juridictions nationales de l'État hôte. Dans cette perspective, avant même de signer un contrat d'investissement ou un TBI, l'État peut, unilatéralement, donner son consentement à la

⁷³⁵ P. WEIL, « Problèmes relatifs aux contrats passés entre un État et un particulier », *op.cit.*, pp. 95-240.

⁷³⁶ Ainsi, les clauses d'épuisement des voies recours internes ont pour objet d'amener les États à réparer, dans leur ordre interne, les actes illicites qu'ils ont commis ; elles ont pour effet, si cette réparation ne s'en suit pas, d'ouvrir la voie de l'arbitrage international à l'investisseur qui a subi un préjudice du fait de l'acte illicite. Or, les clauses de bifurcation ont pour objet d'offrir à l'investisseur le choix entre les tribunaux internes et l'arbitrage international pour faire trancher le différend qui l'oppose à l'État ; et sans qu'il soit nécessairement besoin d'épuiser les recours internes. Ces clauses de bifurcation ont pour effet, si l'investisseur opte la voie du règlement par les tribunaux internes, de lui fermer la voie du règlement par l'arbitrage international. En ce sens voir D. CARREAU et P. JUILLARD, « Droit international économique », *op.cit.*, p. 585.

⁷³⁷ L'expression "*loi nationale sur les investissements*" renvoie aussi au *code d'investissement* ; en tout cas toutes dispositions d'une législation interne d'un État portant sur la réglementation de l'investissement étranger.

⁷³⁸ *Affaire CIRDI, SPPC c. Egypte du 14 avril 1988, Sentence sur la compétence.*

résolution arbitrale des conflits qui pourraient surgir avec des éventuels investisseurs, dans ses instruments internes (Loi nationale, Code des investissements, voir même Constitution). Ce qui est remarquable c'est qu'aucune acceptation de l'investisseur n'est exigée pour la validité du consentement unilatéral de l'État. A titre d'exemple, le Code guinéen des investissements a été invoquée dans un arbitrage CIRDI par des investisseurs français en Guinée⁷³⁹. En effet, son article 28 paragraphe 2 dispose : « ... *Les différends entre l'État guinéen et les ressortissants étrangers, relatifs à l'interprétation ou l'application du présent Code, sont, sauf accord contraire des parties en cause, définitivement réglés par arbitrage...* »⁷⁴⁰. Dans cette affaire, le tribunal CIRDI s'est déclaré compétent conformément au consentement de l'État guinéen exprimé dans ladite disposition⁷⁴¹.

Troisièmement, l'hypothèse la plus fréquente c'est de trouver le consentement de l'État dans les instruments révolutionnaires du droit des investissements : les TBI. Ce mode de consentement offre d'ailleurs plus de garanties à l'investisseur que dans les autres cas⁷⁴², car la durée de validité de TBI est plus longue (les TBI sont généralement conclus pour 10 ans au

⁷³⁹ P. MAYER et A. C. SIMOES E SILVA, « Le consentement à l'arbitrage », in *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Ch. LEBEN (dir), *Pédone*, 2015, pp. 681-726, p. 691.

⁷⁴⁰ Article 28 paragraphe 2 de l'ordonnance n° 001/PRG/87 du 3 janvier 1987, modifiée par la Loi n° L/95/029/CTRN/ du 30 juin 1995.

⁷⁴¹ Dans cette affaire *Getma International et autres c. République de la Guinée, ARB/11/29, CIRDI du 29 décembre 2012*, il s'agissait d'un contrat de concession, entre l'une des sociétés demandresses et la Guinée, dans lequel contenait une clause compromissoire renvoyant à l'arbitrage de la CCJA de l'OHADA en cas de différend portant sur le contrat et ses avenants. Et le tribunal estima que cette clause compromissoire allait à l'encontre de l'accord des parties au sens du Code guinéen des investissements en ce qui concerne les litiges découlant du contrat. Par conséquent, ladite clause limitait l'étendue de sa compétence fondée sur le consentement de la Guinée donné dans le Code. Le tribunal a alors écarté sa compétence « pour se prononcer sur les effets de la résiliation de la Convention de concession », tout en se déclarant compétent sur le fondement de la loi « pour se prononcer sur les effets de la réquisition des actifs des investisseurs sur le territoire de la Guinée et autres violations alléguées du Code des investissements n'entrant pas dans le cadre de la Convention de concession ». V. Jeune Afrique 09 décembre 2015, I. FADLALLAH, « Affaire Getma-Guinée : les arbitres répondent », *Jeune Afrique du 09 décembre 2015*, V. aussi P. MAYER et A.C. SIMOES E SILVA, « Le consentement à l'arbitrage » in *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Ch. LEBEN (dir), *op.cit.*, p. 691-692.

⁷⁴² Si le consentement de l'État s'est fait dans une Loi nationale ; celle-ci peut à tout moment faire l'objet d'une modification ou d'une abrogation et, dans certaines conditions, affecter ledit consentement. L'Affaire *Southern Pacific Properties c. Egypte, ARB/84/3, D.C du 14 avril 1988* est, à cet égard, assez éclairant : suite à la deuxième décision sur la compétence rendue dans ce litige, qui a vu dans l'article 8 de la loi égyptienne n°43 de 1974 le consentement de l'Égypte à l'arbitrage CIRDI, l'Égypte a modifié sa loi nationale, dont la portée était controversée, par une nouvelle loi disposant sans ambiguïté que les parties à un litige relatif à l'investissement « *pouvait s'accorder* » pour régler leur litige devant un tribunal CIRDI. Cela voudrait dire qu'un consentement ultérieur spécifique de l'investisseur et de l'État partie était désormais nécessaire afin de donner compétence au tribunal. Mais, pour que la modification ou l'abrogation de la loi, affecte le consentement de l'État, certaines conditions doivent être bien remplies. Et pour l'étude de celles-ci, et plus largement, des conditions de retrait du consentement de l'État, V. P. MAYER et A. C. SIMOES E SILVA, « Le consentement à l'arbitrage », in *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Ch. LEBEN (dir), *op.cit.*, 717-724.

moins) que par exemple celle des contrats. En ce qui concerne, par ailleurs, la manifestation du consentement, il faut noter que dans les traités, la rencontre des volontés permettant de fonder la compétence du tribunal arbitral se fait de la même manière que dans les contrats d'investissements. En effet, qu'il s'agit d'un traité ou de contrat, l'État est censé exprimer son consentement à l'avance, et il est loisible à l'investisseur d'exprimer le sien à tout moment, mais généralement, ce dernier le fait lorsqu'il assigne l'État devant le tribunal arbitral. La particularité du consentement exprimé dans le traité réside dans le fait qu'il (consentement) s'effectue à l'absence d'investisseur. Ce sont deux États, au moins, qui consentent réciproquement à se soumettre devant un tribunal arbitral lorsque d'éventuels investisseurs, ressortissants de l'autre partie, les y attirent. En ce sens, Carlos Santulli considère que la clause juridictionnelle, objet d'un accord des deux États concernés, suffit, à elle seule, à ouvrir la voie de l'arbitrage⁷⁴³.

Enfin, quatrième, selon Arnaud De Nanteuil, il existe « *une hypothèse marginale* »⁷⁴⁴ dans laquelle le consentement des parties au litige s'exprime dans un accord ayant spécifiquement cet objet, consentement établi après la naissance d'un litige. C'est ce que l'on appelle un accord de compromis. Ici, les consentements des parties (État et investisseur) à l'arbitrage se font de manière concomitante ; ils se produisent au même moment. Ce mode de consentement de l'État est très rare et marginal. L'investisseur ne prendrait pas le risque d'attendre qu'un litige soit né pour qu'il puisse déterminer avec l'État hôte le mode de résolution de ce différend. Au total, l'on constate donc que l'État dispose de plusieurs manières de consentir à l'arbitrage international, mais généralement, c'est le consentement exprimé dans les TBI qui offre plus de garanties pour l'investisseur étranger. Ce dernier, en revanche, bénéficie du privilège d'exprimer son consentement à l'arbitrage, par la simple introduction de sa requête devant le CIRDI.

⁷⁴³ C. SANTULLI, « Droit du contentieux international », *Montchrestien*, 2005, §§ 201 à 205, cité par P. MAYER et A. C. SIMOES E SILVA, « Le consentement à l'arbitrage », in *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Ch. LEBEN (dir), *op.cit.*, 701.

⁷⁴⁴ A DE NANTEUIL, « Droit international de l'investissement », *1^{ère} éd.*, *op.cit.*, p. 251.

2 : La manifestation du consentement de l'investisseur par la simple introduction de la requête au CIRDI

Dans l'arbitrage classique, l'investisseur étranger exprimait son consentement à l'arbitrage international de deux manières : soit dans une clause compromissoire du contrat qui le lie à l'État d'accueil, soit dans un accord de compromis lors de la survenance d'un litige. Avec l'évolution de l'arbitrage international relatif aux investissements, appelé aussi "arbitrage transnational" ou "arbitrage *without privity*", l'investisseur étranger n'aura plus besoin – s'il existe un traité de couverture conclu entre son État et l'État d'accueil de son investissement – d'inclure une clause compromissoire ou un compromis dans son contrat avec l'État hôte, comme expression de son consentement à l'arbitrage. Lorsqu'il souhaite contester une mesure étatique devant un tribunal arbitral, l'introduction de sa requête devant celui-ci vaut consentement. Ainsi, la manifestation du consentement de l'investisseur par la simple soumission d'une affaire devant le CIRDI a pu pousser certains à se demander si l'on ne s'orientait pas vers une banalisation de la saisine unilatérale par l'investisseur.⁷⁴⁵

D'ailleurs, le déséquilibre tant décrié actuellement dans le droit international des investissements repose, pour l'essentiel, sur la procédure de déclenchement des conflits dont l'investisseur en est le maître.

Par ailleurs, au-delà du fait que l'État et l'investisseur étranger n'expriment pas leur consentement de la même manière dans l'arbitrage CIRDI, la Convention de Washington n'aide pas beaucoup lorsqu'elle se borne à disposer simplement que le consentement doit être fait par écrit, sans préciser la forme que ce dernier doit prendre.

B : Les problèmes posés par "la formalité de l'écrit" au consentement des parties dans le CIRDI

Selon l'article 25 alinéa 1 de la Convention de Washington « *La compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique... que les parties ont consenti par écrit à soumettre au Centre...* ». Il semble aller de soi que dans l'ordre juridique international, le consentement des parties se fasse par écrit. Cette exigence de l'écrit est parfaitement légitime au regard des nécessités de sécurité juridique puisqu'il ne saurait exister une présomption de consentement⁷⁴⁶.

⁷⁴⁵ G. BURDEAU, « Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les États », *Revue de l'arbitrage*, 1995, n° 1, pp. 3-37, p. 10.

⁷⁴⁶ C.I.J., Affaire relative à l'incident aérien israélo-bulgare, *Rec.*, 1951, 142.

Aussi, la Convention n'exige également pas que les consentements des deux parties soient exprimés dans un même instrument, le même acte juridique. C'est ainsi, par exemple, qu'un État hôte pourrait offrir, dans le cadre d'une législation destinée à promouvoir les investissements, de soumettre à la compétence du Centre les différends résultant de certaines catégories d'investissements, tandis que l'investisseur pourrait donner son consentement en acceptant l'offre par écrit⁷⁴⁷.

Au-delà du consentement des parties, la compétence du CIRDI nécessite également que le litige, opposant l'investisseur étranger à l'État hôte, soit en relation avec direct avec un investissement.

Paragraphe II : La liaison du litige avec un investissement et ses implications

Selon l'article 25 (1) de la Convention, pour que le différend puisse entrer dans les compétences du CIRDI, il doit remplir deux conditions majeures : il doit être « *d'ordre juridique* », mais encore, « *être en relation directe avec un investissement* ». La première condition ne pose véritablement pas beaucoup de problèmes. Il suffit que la réclamation porte sur l'étendue des droits et obligations des parties, tels ceux qui résultent de dispositions contractuelles ou réglementaires. Y sont donc inclus, les litiges relatifs à la légalité de mesures de nationalisation ou d'expropriation et leurs modes de réparation, les litiges relatifs à l'interprétation des accords d'investissements et tous les contentieux relatifs à un manquement à une obligation. D'une manière très générale, il faut souligner que si le terme « *différend d'ordre juridique* » n'est pas défini dans la Convention, les travaux préparatoires soulignent que ce terme fait référence à un conflit de droits par opposition à un simple conflit d'intérêts : « *Le litige doit concerner l'existence ou la portée d'un droit ou d'une obligation, ou encore la nature ou l'étendue de la réparation due pour manquement à une obligation juridique* »⁷⁴⁸. , ne

⁷⁴⁷ Rapport des Administrateurs sur la Convention pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements entre États et ressortissants d'autres États, Doc. CIRDI, paragraphe 24. V. également l'article 2 (3) du Règlement de procédure relatif à l'introduction des instances de conciliation et d'arbitrage qui dispose : « La date du consentement est la date à laquelle les parties au différend ont consenti par écrit à soumettre leur différend au centre ; si les deux parties ont donné leur consentement à des dates différentes, c'est la dernière de ces deux dates qui est retenue. », cité par R. KOVAR, « La compétence du Centre International de Règlement des Différends relatifs aux Investissements », in *Investissements étrangers et arbitrage entre États et personnes privées: La Convention B.I.R.D. du 18 mars 1965, op.cit.*, p. 48.

⁷⁴⁸ *Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between the States and Nationals of Others States : Doc. ICSID/2, 1 ICSID Reports 1993, 23, § 26*, cité par E. GAILLARD, « Centre International pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements: Chronique des sentences arbitrales », *J.D.I.*, 1999, pp. 273-297, p. 281.

rentrent pas dans les conditions d'un litige d'ordre juridique posées conformément à l'article 25 (1) : « *les divergences de vues relatives à l'opportunité de réviser l'économie des relations entre les parties à la suite d'une évolution de la conjoncture et du rapport des forces économiques, financières ou politiques en présence* »⁷⁴⁹.

La seconde condition relative à la liaison du litige à un investissement, mérite beaucoup plus d'attention. En ce sens, le Professeur G. Delaume a pu dire : pour pouvoir retenir leur compétence, les tribunaux CIRDI doivent s'assurer que le différend dont ils sont saisis est « *en relation directe avec un investissement* »⁷⁵⁰. Mais, remplir cette condition supposerait nécessairement de définir la notion investissement (A), mais encore d'identifier celui qui porte le nom, c'est-à-dire l'investisseur (B).

A : La définition de l'investissement

S'il existe un consensus en droit international des investissements, c'est bien sur l'absence d'une définition unanime et *précise* de la notion d'investissement. La notion d'investissement est aujourd'hui l'une des plus délicates et des plus controversées de la Convention, la jurisprudence CIRDI étant plus divisée sur ce point que sur tout autre⁷⁵¹.

Pour bien saisir les raisons de la « complexité » de la définition de l'investissement, il importe tout d'abord de signaler la neutralité affichée par la Convention dans sa proposition de définition de l'investissement (1). Cette neutralité a poussé les tribunaux à adopter des critères de définitions, comme ceux de la sentence Salini, qui peuvent être considérés comme les éléments traditionnels de définition de l'investissement (2), même s'ils ne font pas l'unanimité, aussi bien dans la jurisprudence que dans la doctrine (3).

1 : La neutralité de la Convention de Washington dans sa proposition de définition de l'investissement

Un auteur a fait observer que : « *Bien que le terme d'investissement figure dans la dénomination même du CIRDI – Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements – et dans le titre de la Convention de Washington instituant ce centre*

⁷⁴⁹ G. R. DELAUME, « Le Centre international pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements », *J.D.I.*, 1982, n° 2, pp. 775-843, p. 799.

⁷⁵⁰ *Ibidem.*, p. 802.

⁷⁵¹ Voir en ce sens W. Ben. HAMIDA, « La notion d'investissement : la notion maudite du système CIRDI ? », *Gaz. Pal.*, 14-15 déc. 2007, p. 33.

d'arbitrage – Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États – aucune définition de ce terme ne figure dans le texte de ce traité »⁷⁵².

Au moment où le CIRDI, qui est le seul instrument spécialisé en matière de réglementation d'investissements, s'est abstenu de définir ce qu'il est censé régler, d'autres instruments multilatéraux⁷⁵³ ont, en revanche, tenté de donner un contenu de ce que l'on entendait par investissement.

Les raisons avancées par les administrateurs de la Banque mondiale à propos de l'abstention de la Convention sur ce point sont bien connues. En effet, selon le rapport des administrateurs de la Banque « *Il n'a pas été jugé nécessaire de définir le terme "investissement" compte tenu du fait que le consentement des parties constitue une condition essentielle et compte tenu du mécanisme par lequel les États contractants peuvent, s'ils le désirent, indiquer à l'avance les catégories de différends qu'ils seraient ou ne seraient pas prêts à soumettre au Centre (article 25(4))* »⁷⁵⁴. Ce texte traduit une volonté pleinement assumée des rédacteurs de la Convention. Selon ces derniers, l'absence de définition de l'investissement a été décidée afin de laisser aux parties la plus grande liberté possible : l'investissement est donc ce que les parties considèrent tel⁷⁵⁵. Seulement, en laissant le soin aux États de décider ce qu'ils entendaient par investissement, la Convention se référait au contrat conclu entre les parties à l'opération d'investissements. Car, à l'origine, le CIRDI avait été conçu comme un centre destiné à proposer des arbitrages sur le fondement des contrats d'États. C'est donc dans les contrats entre investisseurs étrangers et État d'accueil que la Convention s'attendait à ce que les parties circonscrivent l'étendue de la compétence des tribunaux arbitraux, en définissant l'investissement. Sauf que, si le contrat d'État a joué un rôle majeur dans le processus de maturation du droit des investissements, force est de reconnaître qu'il a très vite été supplanté par les TBI qui ont connu un développement fulgurant et pris le relais de l'édification de cette discipline juridique. C'est justement vers ces TBI qu'il faudrait se tourner pour obtenir une définition de la notion d'investissement venant des parties. Ce sont ces traités qui seuls sont en principe aptes à proposer une définition et par la même comblent le vide laissé par la Convention

⁷⁵² F. YALA, « La notion d'investissement dans la jurisprudence du CIRDI: actualité d'un critère de compétence controversé (les affaires Salini, SGS et Mihaly) », in *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement, nouveaux développements*, Ch. LEBEN (dir.), *L.G.D.J, Anthémis*, 2006, pp. 281-306, p. 281.

⁷⁵³ Il en est ainsi du Traité sur la Charte de l'énergie, entrée en vigueur le 16 avril 1990, *JOCE L* 69 du 9 mars 1998 ; de la Convention de Séoul du 11 Octobre 1985 portant création de l'Agence Multilatérale de Garantie des Investissements. Ce texte s'intéresse davantage à l'investissement « *éligible* » qu'à l'investissement lui-même.

⁷⁵⁴ Rapport, § 27, in E. GAILLARD, « La jurisprudence du CIRDI », *Pédone*, 2004, p. 941.

⁷⁵⁵ A. DE NANTEUIL, « Droit international de l'investissement », *1^{ère} éd., op.cit.*, p. 156.

de Washington. En ce sens le Professeur E. Gaillard a pu dire : « *Lorsque la compétence du Centre est fondée, comme c'est plus souvent le cas, sur un traité de protection des investissements, c'est précisément le traité qui définit ce que l'État d'accueil et l'État d'origine de l'investisseur ont entendu couvrir par la notion d'investissement* »⁷⁵⁶. Mais, en même temps, il ne fallait pas perdre de vue qu'il n'existe pas un modèle unique de TBI en droit des investissements. Ainsi, la définition que certains traités donnent à l'investissement peut ne pas être identique à celle que l'on trouve dans un autre traité. Plus marginal encore est le fait pour certains TBI d'exclure certaines opérations de la définition de l'investissement. Cette diversité de définition de l'investissement n'aide pas l'arbitre dont son réflexe premier est de vérifier sa compétence sur le litige au fondement duquel il a été saisi. Face à des définitions multiples et, quelques, fois différentes de la notion d'investissement, les tribunaux arbitraux peinent dans l'interprétation des traités pour y déceler leur compétence. Ce qui aboutit naturellement à une jurisprudence controversée et divisée. Mais, il faut tout de même reconnaître que c'est une célèbre décision arbitrale qui sert, jusque-là, de repère aux tribunaux saisis, dans la définition de l'investissement : il s'agit de la décision *Salini c. Maroc* du 23 juillet 2001. Même si, l'on constate dans la pratique, qu'aussi bien au niveau de la jurisprudence que dans la doctrine, les critères Salini de définition de l'investissement divisent, cette décision dispose néanmoins d'éléments traditionnels de définition de l'investissement, non négligeables.

2 : Les critères Salini : éléments traditionnels de définition de l'investissement

Dans cette espèce, le litige opposait deux sociétés italiennes et l'État marocain et portait sur l'exécution d'un contrat de construction d'une autoroute reliant Fès et rabat. Le tribunal arbitral a été saisi par les deux sociétés demandresses (Salini et Italstrade) qui estimaient que l'État chérifien avait violé ses obligations contractées à leur égard en vertu du TBI entre l'Italie et le Maroc datant de 1990. Plus explicitement, les deux sociétés prétendaient que le Maroc avait, d'une part, violé son obligation conventionnelle de traitement juste et équitable, et d'autre part, pris des mesures équivalent à une expropriation indirecte des droits qui leur étaient conférés par le contrat de construction de l'autoroute, du fait des agissements de son administration locale et de son refus de procéder au règlement de certaines factures. C'est ainsi que face à cette prétention des demandresses, l'État défendeur objectait que le litige en

⁷⁵⁶ E. GAILLARD, « Reconnaître ou définir? Réflexions sur l'évolution de la notion d'investissement dans la jurisprudence du CIRDI », in *Le droit international économique à l'aube du XXème siècle*, Hommage à D. CARREAU et P. JUILLARD, *Pédone*, 2009, pp. 17-32, p. 17.

question n'était pas en relation directe avec un investissement, tant au sens du TBI Italie/Marco fondement de la demande qu'au sens de l'article 25 (1) de la convention de Washington. C'était la première fois où un tribunal CIRDI devait se prononcer explicitement sur la possibilité de considérer comme "investissement" un contrat de construction.

Dans la jurisprudence, en effet, il faut noter que la décision *Salini c. Maroc* du 23 juillet 2001⁷⁵⁷ a marqué une étape importante dans la définition de la notion d'investissement, même si la décision retenue dans cette affaire est loin de faire le consensus. Mais bien avant cette espèce, les tribunaux ont toujours eu à se pencher sur les questions portant sur la définition de l'investissement pour fonder leur compétence dans certaines affaires. Il en est ainsi de l'affaire *Fedax c. Venezuela*⁷⁵⁸ dans laquelle le tribunal déclarait qu'un prêt pouvait constituer un investissement au sens de la convention de Washington. Cette même constatation a été faite par un tribunal CIRDI dans une autre affaire, dans le contexte de la répartition, entre la République tchèque et la Slovaquie, des créances générées par l'activité de l'entité chargée de soutenir les entreprises du pays en ex-Tchécoslovaquie⁷⁵⁹. Mais c'est l'affaire *Salini* qui attire plus l'attention. En effet, il s'agissait de savoir si un marché de travaux publics pouvait être considéré comme un investissement et relever à ce titre de la compétence du Centre. Si le tribunal a répondu par l'affirmative, ce sont les références qu'il a adoptées pour définir l'investissement qui interpellent.

En somme, le tribunal, dans sa décision, considère que trois éléments lui ont permis de déduire qu'il s'agissait bien d'un investissement :

« La doctrine considère généralement que l'investissement suppose des apports, une certaine durée d'exécution du marché et une participation aux risques de l'opération (cf. note de E. Gaillard citée ci-avant - JDI, 1999, p. 278 et s.-). La lecture du préambule de la Convention permet d'y ajouter le critère de la contribution au développement économique de l'État d'accueil de l'investissement.

*En vérité, ces divers éléments peuvent être interdépendants. Ainsi, les risques de l'opération peuvent être en fonction des apports et de la durée d'exécution du marché. Il en résulte que ces divers critères doivent être appréciés dans leur ensemble même si, pour les besoins du raisonnement, le Tribunal les passe ici en revue ».*⁷⁶⁰

⁷⁵⁷ Affaire CIRDI, *Salini Costruttori SpA c. Maroc*, sentence sur la compétence, n°ARB/00/4, du 23 juillet 2000

⁷⁵⁸ Affaire CIRDI, *Fedax NV c. République de Venezuela*, sentence sur la compétence du 11 juillet 1997.

⁷⁵⁹ Affaire CIRDI, *CSOB c. République slovaque*, sentence sur la compétence du 24 mai 1999.

⁷⁶⁰ E. GAILLARD, « Centre International pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements », *J.D.I.*, 2002, p. 208.

C'est de cette décision qu'est née l'expression « *les critères Salini* », ou « *la jurisprudence Salini* », ou encore en anglais « *The Salini test* », pour invoquer ces trois critères qui permettent de qualifier une opération d'investissement, et par là fonder la compétence du tribunal arbitral. Il s'agit, plus précisément d'un apport, une certaine durée, une participation aux risques. Selon les professeurs D. Carreau, T. Flory et P. Juillard, ces trois critères ne sont pas d'application alternative, mais cumulative⁷⁶¹. En d'autres termes, l'opération d'investissement doit remplir concomitamment ces trois critères pour être qualifiée d'investissement.

3 : *Les controverses jurisprudentielles et doctrinales sur les critères Salini*

La particularité de la décision *Salini* c'est qu'elle a fait naître, au sein des tribunaux arbitraux sous l'égide du CIRDI, deux courants contradictoires dans les critères de définition de l'investissement. Ces courants adoptent des méthodes différentes, que le professeur Juillard appelle respectivement la méthode intuitive et la méthode déductive⁷⁶², mais que d'autres aussi qualifient de courant subjectiviste et de courant objectiviste⁷⁶³.

En ce qui concerne la méthode intuitive, elle part de l'idée qu'il suffit de constater que certaines « caractéristiques » habituelles d'un investissement sont présentes, pour que l'existence d'un investissement soit avérée, quand bien même d'autres de ces caractéristiques ne se trouvent pas en l'espèce. Et c'est dans l'affaire *CSOB c. République slovaque* du 24 mai 1999, précédemment citée que l'on trouve la première illustration jurisprudentielle de la méthode intuitive. Dans cette espèce, le tribunal a commencé à mettre en relief l'observation du Rapport des administrateurs de la Banque mondiale sur l'omission volontaire de la définition de l'investissement dans la Convention⁷⁶⁴ :

« Cette formule signifie également que le concept d'investissement doit être interprété largement parce que les rédacteurs de la Convention n'ont pas imposé de restriction à sa signification. Une interprétation libérale de la question de savoir si une opération donnée

⁷⁶¹ Th. FLORY et P. JUILLARD D. CARREAU, *Droit international économique*, op.cit., p. 560.

⁷⁶² E. GAILLARD, « Reconnaître ou définir? Réflexions sur l'évolution de la notion d'investissement dans la jurisprudence du CIRDI », in *Le droit international économique à l'aube du XXème siècle*, D. CARREAU et P. JUILLARD (dir), op.cit., p. 22.

⁷⁶³ F. YALA, « La notion d'investissement dans la jurisprudence CIRDI : actualité d'un critère de compétence controversé (les affaires Salini, SGS et Mihaly) », in *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement : nouveaux développements*, Ch. LEBEN (dir), L.G.G.J., Anthémis, 2006, pp. 281-306, p. 282.

⁷⁶⁴ Rapport des Administrateurs sur la Convention pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements entre États et ressortissants d'autres États, op.cit., paragraphe 27, p.9.

constitue un investissement trouve appui dans le premier paragraphe du préambule de la Convention, déclarant que " les États contractants prennent en considération la nécessité de la coopération internationale pour le développement économique, et le rôle joué dans ce domaine par les investissements privés internationaux". Il est permis de déduire de cette affirmation qu'une opération internationale qui contribue à une coopération destinée à encourager le développement économique d'un État contractant peut être considérée comme un investissement au sens que ce terme revêt dans la Convention »⁷⁶⁵.

Ce texte rejoint la proposition donnée par G. Delaume⁷⁶⁶ dans la définition de l'investissement. Et le tribunal précise ensuite :

« ... même si l'on devait appliquer la définition de l'investissement avancée par la République slovaque, qui se fondait sur la définition classique fondée sur l'existence d'un apport, d'une durée et le risque encouru, les ressources fournies à travers les activités bancaires de CSOB dans la République slovaque étaient destinées à conférer un avantage et à offrir à SCOB un retour sur investissements, sous réserves des risques inhérents à la plupart des activités économiques. Le tribunal observe cependant que les éléments de la définition suggérée, bien qu'ils tendent, en règle générale, à être présents dans la plupart des investissements, ne constituent pas une condition formelle pour qu'une opération puisse être qualifiée d'investissement tel que ce concept est entendu dans la Convention »⁷⁶⁷.

Dans une autre affaire *MCI c. Equateur* du 31 juillet 2007, le raisonnement du tribunal a été le même. En réponse à l'État qui estimait que l'opération litigieuse n'entrait pas dans les conditions de durée et de risque, le tribunal disposa :

« Le Tribunal estime que les conditions qui ont été prises en considération par quelques précédents arbitraux pour les besoins de la constatation de l'existence d'un investissement protégé par un traité (tels que la durée et le risque de l'investissement allégué) doivent être considérés comme de simples exemples et pas nécessairement comme des éléments requis pour son existence »⁷⁶⁸. Selon le Tribunal, certains éléments du projet litigieux et ses conséquences permettent de constater l'existence d'un investissement.

Cette méthode intuitive de recherche de la définition de l'investissement dans une opération, permettant de retenir la compétence du CIRDI, trouve son expression plus aboutie et

⁷⁶⁵ Affaire *CSOB c. République slovaque* du 24 mai 1999, précitée.

⁷⁶⁶ G. R. DELAUME, « Le Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements », *op.cit.*, p. 801.

⁷⁶⁷ Affaire *CSOB c. République slovaque* du 24 mai 1999, précitée.

⁷⁶⁸ Affaire CIRDI, *MCI c. Equateur*, sentence sur la compétence du 31 juillet 2007.

motivée dans la décision *Biwater c. Tanzanie* du 24 juillet 2008⁷⁶⁹. Ainsi, en rejetant l'argumentation de l'État tanzanien qui soutenait qu'un projet d'amélioration d'infrastructure de distribution d'eau et d'égout ne pouvait pas être qualifié d'investissement en raison de son caractère non rentable, le tribunal dispose que les quatre éléments du critère Salini qui permettent d'identifier un investissement, se trouvaient dans le projet en question.

A ce courant intuitif ou subjectiviste, s'oppose celui qui s'en tient, plus classiquement, à un courant déductif ou objectiviste. Ce dernier courant ne se contente pas de reconnaître les « caractéristiques habituelles » d'un investissement mais s'efforce d'en donner une véritable définition. Les tenants de cette méthode déductive, en conformité avec la décision Salini, considèrent que la notion d'investissement comporterait un noyau dur irréductible composé d'éléments tels que l'apport, la durée de l'opération et le risque encouru par l'investisseur. Outre la décision *Salini* du 23 juillet 2001, beaucoup de décisions arbitrales⁷⁷⁰ ont tenté de donner une définition de l'investissement en se basant sur des critères fixes. Par exemple dans la décision *Pey Casado c. Chili* du 08 mai 2008, le tribunal considérait :

« Le présent du tribunal estime pour sa part qu'il existe bien une définition de l'investissement au sens de la Convention CIRDI et qu'il ne suffit pas de relever la présence de certaines des caractéristiques habituelles d'un investissement pour que cette question objective de la compétence du Centre soit satisfaite. Une telle interprétation reviendrait à priver de toute signification certains des termes de l'article 25 de la Convention CIRDI, ce qui ne serait pas compatible avec l'exigence d'interpréter les termes de la Convention en leur donnant un effet utile, comme l'a justement rappelé la sentence rendue dans l'affaire *Joy Mining Machinery Limited c. République arabe d'Égypte* le 6 août 2004 »⁷⁷¹.

Ainsi, d'après E. Gaillard, « Qu'elles retiennent trois ou quatre – ou davantage encore – éléments de la définition de l'investissement, toutes ces décisions ou sentences s'attachent à qualifier la situation litigieuse à l'aide d'une définition de l'investissement et non à reconnaître un investissement à travers la constatation de caractéristiques habituelles mais non nécessaires »⁷⁷².

⁷⁶⁹ Affaire CIRDI, *Biwater c. Tanzanie*, sentence sur la compétence du 24 juillet 2008.

⁷⁷⁰ L'on peut citer entre autres, la décision *LESI-Dipenta c. Algérie*, sentence du 10 janvier 2005, la sentence *Bayindir c. Pakistan* du 14 novembre 2005, la sentence *Jan de Nul c. Égypte* du 16 juin 2006, la sentence *Saipen SpA c. Bangladesh* du 21 mars 2007, la sentence *Ioannis Kardassopoulos c. Géorgie* du 6 juillet 2007, ou également la décision *Pey Casado c. Chili* du 08 mai 2008.

⁷⁷¹ Sentence précitée.

⁷⁷² E. GAILLARD, « Reconnaître ou définir? Réflexions sur l'évolution de la notion d'investissement dans la jurisprudence du CIRDI », in *Le droit international économique à l'aube du XXème siècle*, D. CARREAU et P. JUILLARD (dir), *op.cit.*, p. 26.

Par ailleurs, en doctrine, des positions ont, aussi été prises quant à la définition de l'investissement. Georges Delaume, l'ancien conseiller juridique principal de la Banque mondiale, jugeant les critères Salini d'apport, de durée et de risque trop rigides, suggérait de s'en tenir à un critère plus simple et plus malléable, celui de la contribution au développement économique de l'État d'accueil. La définition de l'investissement proposée par cet auteur est la suivante :

« A la notion classique relevant d'une conception économique et juridique étroite se substitue aujourd'hui un autre concept, essentiellement économique dans sa nature et juridiquement malléable dans sa formulation, qui repose non plus sur l'apport en propriété mais, au contraire, sur la contribution escomptée, sinon toujours effective, de l'investissement au développement économique du pays intéressé »⁷⁷³.

Selon Arnaud de Nanteuil, en revanche, la notion de contribution au développement de l'État d'accueil se présente alors davantage comme une conséquence d'une telle opération que comme une composante. En ce sens, dans l'affaire *Saba Fakes c. Turquie* du 14 juillet 2010⁷⁷⁴, le tribunal a, d'ailleurs, exclu ce critère de contribution au développement économique de l'État d'accueil, qu'il considère comme une conséquence d'une opération d'investissement et non comme un élément d'identification. Emmanuel Gaillard, pour sa part, considère que « la nature ou le nombre d'éléments à prendre en considération dans le raisonnement destiné à s'assurer de la satisfaction de la condition d'investissement prennent une signification très différente selon qu'ils s'insèrent dans une démarche fondée sur l'application d'une véritable définition ou dans une logique plus intuitive »⁷⁷⁵. Cet auteur estime que dans la méthode objective (ou déductive), plus les éléments sont nombreux, plus la condition d'investissement est difficile à satisfaire et la compétence du Centre étroite. Et dans celle subjective (ou intuitive), l'ajout de caractéristiques facilite au contraire la reconnaissance de l'investissement puisqu'il suffit qu'un certain nombre de ces caractéristiques, habituelles mais non nécessaires, soient identifiées pour

⁷⁷³ G. R. DELAUME, « Le Centre international pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements », *op.cit.*, p. 801.

⁷⁷⁴ Affaires CIRDI, *Saba Fakes c. Turquie*, n° ARB/07/20, sentence sur la compétence du 14 juillet 2010. Il faut ici relever que l'insertion de ce quatrième critère de contribution au développement économique de l'État d'accueil ne fait pas l'unanimité même au sein des tenants des critères Salini. En effet, un tribunal, a pu faire de ce quatrième critère un élément essentiel sans lequel une opération ne pouvait pas être qualifiée, même si la sentence a pu être annulée par un comité ad hoc au motif que le tribunal s'était rendu coupable d'abus de pouvoir en ne tenant pas compte de la volonté des parties : il s'agit de l'affaire *Malaysian historical Salvadors SDN, BHD c. Malaisie*, n° ARB/05/10, sentence sur la compétence du 17 mai 2007.

⁷⁷⁵ E. GAILLARD, « Reconnaître ou définir? Réflexions sur l'évolution de la notion d'investissement dans la jurisprudence du CIRDI », in *Le droit international économique à l'aube du XXème siècle*, D. CARREAU et P. JUILLARD, *op.cit.*, p. 26.

qu'une opération puisse être considérée comme un investissement relevant de la compétence du Centre. Le professeur Gaillard résume son opinion en affirmant : « ...*l'accumulation d'éléments constitutifs dans une définition procède d'un esprit restrictif, celle de caractéristiques dans une démarche impressionniste d'un esprit libéral* »⁷⁷⁶. Implicitement, le professeur Emmanuel Gaillard semble plus favorable à la thèse subjectiviste qu'il considère plus souple et libérale.

Un autre auteur, partisan de la thèse intuitive est le professeur Christoph Schreuer. Selon ce dernier, « *il ne serait pas réaliste de tenter d'avancer une nouvelle définition d'investissement sur la base de l'expérience du CIRDI. Il semble cependant possible d'identifier certaines caractéristiques qui sont typiques de la plupart des opérations en question* ». Même s'il a dressé une liste d'éléments qui pourrait composer un investissement, le professeur Schreuer a néanmoins reconnu que « *les caractéristiques ne doivent pas nécessairement être comprises comme des exigences de compétence mais seulement comme des caractéristiques typiques des investissements couverts par la Convention* »⁷⁷⁷.

C'est dans la même perspective qu'Ibrahim Fadlallah, dans un article consacré à la notion d'investissement, estimait que l'approche consistant à considérer les éléments de durée, d'apport, de risque, et peut-être de contribution au développement économique du pays d'accueil (qu'il considère comme une exigence politique et non juridique) « *comme des critères cumulatifs nécessaires* » permettant de dégager « *une définition formelle à caractère dogmatique* » présente plusieurs inconvénients :

« *En premier lieu, elle ne paraît pas conforme à la lettre de la Convention qui a délibérément écarté toute définition normative. Elle n'est pas plus conforme à son esprit d'ouverture et de libéralisme. En second lieu, l'énoncé d'un critère obligatoire impose une définition précise de ce critère. Plusieurs années seraient nécessaires pour y parvenir, sans assurance de résultat uniforme : le libéralisme favorable aux investisseurs et la rigueur, de plus en plus requise par les États, peuvent dessiner deux courants difficilement conciliables. Mieux vaut, en vérité, considérer ces éléments comme des facteurs pertinents susceptibles de guider les arbitres, un peu comme la règle d'interprétation des contrats. Il n'est pas nécessaire qu'on*

⁷⁷⁶ *Ibidem.*, p. 27.

⁷⁷⁷ Ch. SCHREUER, « Commentary on the ICSID Convention », *ICSID Rev.*, 1996, p. 318, spéc. § 122, p. 372. V. également, du même auteur, *The ICSID Convention : A Commentary*, Cambridge Univ. Press, 2001, p. 121 et s.

les retrouve tous, et il importe de laisser aux arbitres une marge confortable d'appréciation »⁷⁷⁸.

Contrairement à la pensée subjectiviste de la définition de l'investissement, un auteur comme Patrick Juillard a, bien avant la décision Salini, mis en lumière les caractères des contrats d'investissement. L'auteur considère que les contrats d'investissement exigent toujours un apport, en capital ou en nature, que le ressortissant d'un État développé fait en direction d'un État en développement, avant d'ajouter que cet apport doit revêtir un caractère de « durabilité » et que celle-ci impliquerait la participation de l'investisseur aux résultats de l'investissement, y compris les risques⁷⁷⁹. Justement, l'interprétation de ce critère du « risque » divise aussi bien les tribunaux arbitraux que la doctrine. Dans celle-ci par exemple, certains auteurs considèrent que le caractère du risque est indispensable à la définition de l'investissement. Ainsi, pour M. Bouhacene, « *la qualité d'investisseur ne peut être reconnue qu'à l'agent économique qui court ou qui partage le risque industriel né de la constitution ou de l'exploitation de l'investissement. L'assimilation du vendeur d'ensemble industriel à un investisseur n'est pas fondée* »⁷⁸⁰. Pour mieux ressortir l'importance du critère du risque dans la définition de l'investissement, d'autres auteurs ont mis en relief la différence entre vente et investissement. En effet, il considère que la distinction entre la vente d'un ensemble industriel clefs en mains ou un bien d'équipement et un investissement réside dans le fait que le vendeur tire ses revenus de la simple livraison de l'ouvrage tandis que l'investisseur, lui, tire la plus grande partie de ses revenus de l'exploitation de l'objet livré, ce qui le conduit à partager les risques avec son partenaire étatique⁷⁸¹. Selon M. Oman, « *si la principale raison de participer de l'entreprise étrangère est de vendre des ressources au titre du projet (par exemple des biens d'équipement, de la technologie, etc.) et non de s'approprier une partie du surplus que celui-ci engendrerait..., alors le projet représente pour elle une opération de vente et non un investissement* »⁷⁸².

La même thèse a été défendue par Sébastien Manciaux qui soutenait qu'« *il est difficile d'admettre que la vente pure et simple d'une usine clef en mains constitue une opération*

⁷⁷⁸ I. FADLALLAH, « La notion d'investissement : vers une restriction de la compétence du CIRDI ? », in *Liber Amicorum Robert Briner*, ICCA Publishing, 2005, p. 259 et s., spéc. § 15, p. 267.

⁷⁷⁹ P. JUILLARD, « Contrats d'État et investissement », in *Contrats internationaux et pays en développement*, H. CASSAN (dir), *Economica*, 1989, pp. 159-174, p. 172.

⁷⁸⁰ M. BOUHACENE, « Droit international de la coopération industrielle », *Alger, Publisud*, 1986, p. 130.

⁷⁸¹ F. YALA, « La notion d'investissement dans la jurisprudence du CIRDI: actualité d'un critère de compétence controversé (les affaires Salini, SGS et Mihaly) », in *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement, nouveaux développements*, Ch. LEBEN (dir), *op.cit.*, p. 290.

⁷⁸² M. OMAN, « Les nouvelles formes d'investissement dans les industries des pays en développement », *O.C.D.E.*, Paris, 1989, p. 11.

d'investissement »⁷⁸³, et plus loin, l'auteur s'interrogeait en ces termes : « *si une vente internationale de bien d'équipement avec règlement immédiat se révèle bénéfique pour le pays acheteur et concourt à son développement économique, va-t-on la qualifier d'investissement ? A l'évidence non !* »⁷⁸⁴. Donc l'on peut constater d'après ces auteurs que la distinction entre vente (commerce) et investissement permet de mieux démontrer la place de la notion d'apport dans la définition de l'investissement. Des auteurs comme Dominique Carreau et P. Juillard ont pu relever que : « *Les opérations de vente de biens d'équipement ne peuvent pas constituer des opérations d'investissement si la rémunération de l'investisseur est parfaite par le seul paiement du prix de vente, même si ce prix n'est pas déterminé, mais déterminable, et même si son paiement n'est pas instantané, mais échelonné. Elles ne seront constitutives d'un investissement que si la rémunération de l'investisseur consiste, pour partie, en le paiement d'un prix, et pour partie, en le versement de montants calculés d'après les résultats financiers de l'exploitation (...) il faut non seulement que l'investisseur investisse, mais encore qu'il s'investisse* »⁷⁸⁵.

De ce qui précède donc, l'on peut admettre, sans réserve, que l'une des difficultés auxquelles est confrontée la réglementation de l'investissement est liée au manque de consensus dans la définition de celui-ci. Manque de consensus qui vient du fait que le CIRDI – l'instrument international le plus spécialisé en la matière – ait volontairement occulté de donner à l'investissement un contenu précis. C'est pour cela que les tribunaux arbitraux saisis, étant dans l'obligation de rendre des décisions comme toute juridiction sous peine de déni de justice, se sont attelés à se référer à des critères pour définir la notion d'investissement, lequel doit être en liaison directe avec le litige pour fonder leurs compétences. Seulement, ces critères dégagés par la célèbre décision Salini, divisent aussi bien dans la doctrine que dans la jurisprudence.

Si donc, la liaison du litige avec un investissement détermine la compétence du Centre, définir l'investissement devient incontournable. Mais pas seulement ; l'investisseur, sans qui l'on ne pourrait parler d'investissement, mérite également d'être identifié.

⁷⁸³ S. MANCIAUX, *Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États: 25 années d'activité du Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements*, Thèse de droit, Université de Bourgogne, 1998, p. 61.

⁷⁸⁴ *Ibidem.*, p. 64.

⁷⁸⁵ D. CARREAU et P. JUILLARD, « Droit international économique », *Dalloz*, 2003, p. 387.

B : L'identification de l'investisseur

Si l'investissement n'a pas été défini par la Convention CIRDI, le mot « investisseur », lui, y a été matériellement omis. L'on peut rappeler la disposition de son article 25 (1) :

« *La compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique entre un État contractant {...} et le ressortissant d'un autre État contractant qui sont en relation directe avec un investissement et que les parties ont consenti par écrit à soumettre au Centre. {...}* ».

Il pourrait être déduit de ce texte que tout ressortissant d'un État contractant peut saisir le Centre, même s'il n'a pas la qualité d'investisseur. Mais, les problèmes liés à la définition de l'investisseur ne sont pas dans ce sens-là, les tribunaux arbitraux de même que la doctrine n'ont jusque-là, pas soulevé des réflexions à ce niveau. D'ailleurs, si le litige opposant les deux parties doit être en relation directe avec un investissement, il paraît évident que ce ressortissant de l'autre État partie ne peut être qu'un investisseur. Car, comme l'ont bien fait remarquer Dominique Carreau et P. Juillard, « *S'il y a un investissement, c'est bien parce qu'il y a un investisseur* »⁷⁸⁶. C'est l'investisseur qui se trouve, non seulement, à l'origine de l'opération d'investissement, mais encore, il est celui qui dispose exclusivement et au détriment de l'État d'accueil, de la voie de droit permettant de saisir le tribunal arbitral. Il est vrai que l'existence de l'investissement est une condition *sine qua non* pour le fondement de la compétence des tribunaux CIRDI, mais la saisine de ces derniers ne revient qu'à l'investisseur. Le professeur De Nanteuil l'a rappelé : « *...l'investisseur, sur le plan juridique, n'est autre que celui qui dispose de la qualité pour agir devant les tribunaux arbitraux, qualité qui lui est reconnue parce qu'il a réalisé une opération qualifiée d'investissement* »⁷⁸⁷. Il est dès lors opportun d'admettre que ces deux éléments, indispensables à la compétence du Centre, sont véritablement indissociables. Leurs caractères d'indissociabilité ont été relevés par un auteur en ces termes : « *...seul un investisseur peut saisir un tribunal, qui ne peut être compétent que si un investissement existe* »⁷⁸⁸.

Le problème véritable de la définition de l'investisseur se trouve ailleurs, en l'occurrence, dans la détermination de la nationalité de celui-ci. L'article 25 (2) qui en est la disposition pertinente stipule :

« Ressortissant d'un autre État contractant » signifie :

⁷⁸⁶ D. CARREAU et P. JUILLARD, « Droit international économique », 5ème éd., *op.cit.*, p. 482.

⁷⁸⁷ A DE NANTEUIL, « Droit international de l'investissement », 1^{ère} éd., *op.cit.*, p. 155.

⁷⁸⁸ *Ibidem.*, p. 181.

- (a) Toute personne physique qui possède la nationalité d'un État contractant autre que l'État partie au différend à la date à laquelle les parties ont consenti à soumettre le différend à la conciliation ou à l'arbitrage ainsi qu'à la date à laquelle la requête a été enregistrée conformément à l'article 28, alinéa (3), ou à l'article 36, alinéa (3), à l'exclusion de toute personne qui, à l'une ou l'autre de ces dates, possède également la nationalité de l'État contractant partie au différend ;
- (b) Toute personne morale qui possède la nationalité d'un État contractant autre que l'État partie au différend à la date à laquelle les parties ont consenti à soumettre le différend à la conciliation ou à l'arbitrage et toute personne morale qui possède la nationalité de l'État contractant partie au différend à la même date et que les parties sont convenues, aux fins de la présente Convention de considérer comme ressortissant d'un autre État contractant en raison du contrôle exercé sur elle par des intérêts étrangers ».

Il résulte de ce texte que l'identification de la nationalité de l'opérateur économique est indispensable pour qu'il puisse acquérir la qualité « d'investisseur » dans la Convention de Washington. Mais les difficultés liées à la détermination de la nationalité de l'investisseur ne sont pas les mêmes lorsque celui-ci est une personne physique ou une personne morale.

En ce qui concerne les personnes physiques, il faut tout de suite admettre que l'attribution de la nationalité à celles-ci est de la compétence exclusive des États. Les critères d'attribution de sa nationalité sont du ressort de l'État lui-même ; critères qui peuvent varier d'un État à un autre. A priori le droit international ne semble détenir une quelconque influence sur ce pouvoir souverain de l'État. La Cour Internationale de Justice l'a rappelé dans l'affaire *Nottebohm* en disposant qu'« *il appartenait au Liechtenstein comme à tout État souverain de régler par sa propre législation l'acquisition de sa nationalité ainsi que de conférer celle-ci par la naturalisation octroyée par ses propres organes conformément à sa législation* »⁷⁸⁹. Il semble donc clair que le ressortissant d'un État est celui que le droit de cet État considère comme tel.

Mais, au demeurant, cette compétence exclusive de l'État dans l'attribution de sa nationalité ne neutralise totalement pas la compétence, même minime soit-elle des tribunaux sur la question. En effet, ces derniers, une fois saisis par l'investisseur, s'arrogent le droit de vérifier l'identité de celui-ci. Cette vérification revêt une conséquence double. D'une part, elle permet au tribunal de fonder sa compétence sur le différend qui lui est soumis, et d'autre part de débouter le demandeur, si toutefois il dispose la nationalité de l'État partie au différend. Ce

⁷⁸⁹ Affaires CIJ, *Liechtenstein c. Guatemala*, 6 avril 1995, *Rec. P. 4*, p. 20.

qui signifie donc que l'hypothèse de l'existence de la double nationalité de l'investisseur, y compris de celle de l'État d'accueil de l'investissement entraîne l'incompétence du CIRDI⁷⁹⁰. Ainsi, le tribunal pourra être amené à demander au requérant de produire des justificatifs de son identité ; ça peut être une pièce d'identité, un certificat de naissance, une décision de naturalisation, bref tout document administratif certifié attestant la nationalité de l'investisseur. Cependant, si toutefois les documents d'identité présentés par le demandeur ne permettent d'établir leur authenticité, c'est-à-dire qu'ils ne démontrent pas que l'investisseur possède la nationalité d'un État contractant autre que l'État partie au différend, le tribunal pourra, à bon droit, se déclarer incompétent, et par là même rejeter sa requête. Il faut ici surtout préciser que ce n'est pas parce que les preuves de la nationalité de l'investisseur ne sont pas avérées devant le tribunal arbitral que celle-ci devient illicite. La question de licéité de la nationalité est du ressort exclusif du droit interne de l'État. Le tribunal ne peut, légalement, que neutraliser l'effet en se déclarant incompétent et en déclarant irrecevable la requête. Le pouvoir du tribunal se limite dans sa compétence de vérifier si les conditions d'attribution exigées par le droit de l'État ont été respectées.

De tout cela, il peut être permis d'adhérer à l'affirmation du professeur Arnaud De Nanteuil selon laquelle : « ...*le fait que l'État soit compétent à titre principal pour établir les conditions de l'octroi de sa nationalité ne laisse pas les arbitres dans le plus complet dénuement* »⁷⁹¹. Dans la pratique, la question de l'identification de la nationalité de l'investisseur personne physique, n'appelle véritablement pas à des remarques particulières. C'est en revanche, la détermination de la nationalité des personnes morales qui s'avère plus complexe en droit contemporain de l'investissement.

La première condition de l'article 25 (2) (b) relatif aux personnes morales n'a pas de différence particulière par rapport au (a) du même article consacré aux personnes physiques. Elle dispose en somme que la nationalité de la personne morale doit être celle d'un État partie à la Convention de Washington et que d'autre part cette nationalité ne saurait être celle de l'État partie à la procédure de conciliation ou d'arbitrage. Mais la deuxième condition du (b) suppose que le ressortissant d'un autre État contractant peut aussi signifier « ...*toute personne morale qui possède la nationalité de l'État contractant partie au différend et que les parties sont convenues, aux fins de la présente Convention, de considérer comme ressortissant d'un autre État contractant en raison du contrôle exercé sur elle par des intérêts étrangers.* ». Ce texte

⁷⁹⁰ D. CARREAU et P. JUILLARD, « Droit international économique », 5ème éd., *op.cit.*, p. 484.

⁷⁹¹ A. DE NANTEUIL, « Droit international de l'investissement », 1ère éd., *op.cit.*, p. 186.

constitue donc une exception à la disposition selon laquelle l'investisseur, personne morale, ne peut ressortir à l'État auquel l'oppose ce différend. Ce qui signifie donc que même si la personne morale, demanderesse, possède la nationalité de l'État défendeur, le CIRDI restera compétent pour connaître de leur différend, dès lors que les deux parties en différend s'accordent à considérer cette personne morale comme ressortissante à un autre État. Mais encore, faudrait-il, tout d'abord que la personne morale en question se trouve sous le contrôle de personnes physiques ou morales qui possèdent la nationalité de cet autre État. L'on constate donc qu'ici, la notion de contrôle constitue un critère essentiel dans la détermination de la nationalité des personnes morales. Seulement, la référence à ce critère pour l'identification de la nationalité de la personne morale n'est pas chose aisée. En effet, faudrait-il d'abord s'interroger sur l'individu ou l'entité qui contrôle l'entreprise. Est-ce la personne physique ou morale qui possède la majorité du capital ? Ou bien celle qui prend les décisions s'imposant à elle ? Ou encore celle qui dispose d'un certain nombre de voix au conseil d'administration ? L'on constate donc que les questions peuvent être interminables pour cerner la notion de « contrôle ».

A côté du contrôle, d'autres critères peuvent aussi servir pour déterminer la nationalité d'une société, personne morale. L'on peut relever le critère du siège, par exemple. Selon celui-ci, la nationalité sera alors celle de l'État sur le territoire duquel se trouve ce siège. L'avantage de ce critère est qu'il présente une grande facilité d'identification puisqu'il suffit d'une simple vérification matérielle. Mais, en même temps, il faut aussi reconnaître que cette interprétation conduit dès fois à des abus. En effet, si c'est le critère du siège qui détermine la nationalité des sociétés, certaines d'elles peuvent être tentées de s'établir sur certains territoires à des fins uniquement fiscales, sans intention d'y exercer aucune activité. Arnaud De Nanteuil considère à ce propos que : « ...retenir le seul critère du siège peut être interprété comme une incitation à une optimisation fiscale qui peut, à certains égards, confiner à la fraude »⁷⁹².

Par ailleurs existe aussi le critère de l'incorporation que l'on peut retrouver dans certains textes. Il en est ainsi du Central American Free Trade Agreement (CAFTA) qui définit une entreprise d'une partie comme « *an entreprise constituted or organized under the law of a Party* ». L'on peut aussi citer dans les mêmes perspectives le traité sur la Charte de l'énergie qui, en son article 1^{er}, paragraphe 7 définit l'investisseur comme : « *toute entreprise ou autre organisation organisée conformément à la législation applicable sur le territoire de cette partie contractante* ». Ce critère de l'incorporation fait appel au lieu de la constitution de l'entreprise pour établir la nationalité de celle-ci. Il est inspiré par la solution dégagée par la Cour

⁷⁹² *Ibidem.*, p. 191.

Internationale de Justice dans l'affaire de la *Barcelona Traction* selon laquelle, l'attribution de la personne morale - et donc les règles de constitution des sociétés – relève exclusivement de la compétence des États. Par conséquent, cette personne morale tire sa nationalité de l'État dans lequel elle a été constituée. Cependant, comme tous les autres critères, celui de l'incorporation comporte également ses inconvénients. Inconvénients qui constituent d'ailleurs le pendant de ceux du critère du siège. Car, le critère de l'incorporation permet d'attribuer la nationalité d'un État à une société qui, bien que constituée conformément au droit de cet État, n'y exerce pratiquement aucune activité (donc n'apporte pas de contribution à la fiscalité). A ce titre, ce critère également ne saurait être suffisant pour établir sans conteste la nationalité d'une personne morale.

Pour toutes raisons, certains TBI ont fait l'option de combiner certains de ces trois critères. C'est ainsi, par exemple, que le modèle de TBI béninois combine le critère de l'incorporation et celui du siège pour exiger qu'une société ne puisse bénéficier la nationalité d'un État que si elle y est incorporée et qu'elle y a son siège⁷⁹³. Il est également possible de combiner le critère du siège à celui du contrôle, en considérant qu'une société sera alors considérée comme ressortissante d'un État si elle y a son siège et dont ses ressortissants sont ceux qui la contrôlent. D'autres TBI accordent encore plus de liberté dans la détermination de la nationalité de la personne morale. Il en est ainsi du modèle ougandais qui dispose en son article 1^{er} que : « *The term "company" means any legal person constituted on the territory of one Contracting Party in accordance with the legislation of that Party and having its head office on the territory of that Party, or controlled directly or indirectly by the nationals of one Contracting Party or by legal persons having their head office in the territory of one contracting Party and constituted in accordance with legislation of that Party* »⁷⁹⁴.

Il importe de souligner que face à cette complexité d'identification de la nationalité des entreprises multinationales, les tribunaux arbitraux du CIRDI doivent faire preuve de simplicité pour se limiter exclusivement à leur mission principale qui est le règlement des différends relatifs aux investissements internationaux. Pour cela, il semble plus opportun et pratique de laisser aux États de définir ce qu'ils entendaient par « *nationalité de l'investisseur personne morale* ». Seulement, il peut arriver que certains États puissent ne pas adopter les mêmes critères de définition. C'est dans ce cadre que le CIRDI devrait veiller à ce que les États, dans les TBI qu'ils sont amenés à signer, adoptent une définition unanime de la personne morale. Ce

⁷⁹³ CNUCED, « Compendium, vol. IX, p. 279.

⁷⁹⁴ CNUCED, « Compendium, vol. XII, p. 313.

qui éviterait d'éventuelles contestations de sa compétence qui peuvent être liées à des interprétations différentes de la définition de l'investisseur personne morale. Pour éviter d'accentuer les controverses portant sur certains aspects du droit international des investissements, le CIRDI ne doit s'arroger une quelconque compétence portant sur la détermination des nationalités des personnes morales. Personnes morales qui, d'ailleurs, sont à l'origine de toutes les controverses que l'on trouve dans cette discipline juridique. Cependant, si les tribunaux sont saisis, ils peuvent, néanmoins, vérifier si l'entreprise répond aux critères de définition de la nationalité dans le traité auquel son État est partie. Mais, opérer des critères dans la définition de la nationalité par le droit international des investissements, reviendrait à ouvrir la boîte de pandore, compte tenu des conflits de normes qui peuvent y ressurgir. Ces conflits peuvent se manifester entre les États, puisqu'ils n'ont pas forcément la même réglementation de constitution des sociétés. Mais encore, la compétence du Centre peut être remise en cause par un État qui ne dispose pas du même critère de détermination de la nationalité des personnes morales que celui du CIRDI. Il convient donc pour ce dernier de s'exclure d'une moindre compétence sur l'élaboration de critères de détermination de la nationalité des personnes morales. D'autre part, pour identifier la nationalité des investisseurs, le Centre doit se référer, non pas aux droits des États, mais au contraire aux définitions données par les États dans les TBI.

Pour l'essentiel, il faut retenir que la compétence du CIRDI relative aux différends relatifs aux investissements se ramène à deux fondamentaux : d'une part, les parties doivent consentir à l'arbitrage du Centre, et d'autre part, le litige doit avoir un lien direct avec un investissement. Mais, ces deux conditions, apparemment claires, comportent des implications qu'il fallait ressortir. C'est pour cela qu'il était opportun d'exposer les manifestations du consentement des parties, mais encore d'identifier les parties et enfin préciser ce que l'on entendait par investissement.

Une fois les fondements de sa compétence exposés, il convient, dès lors, de se pencher directement sur la procédure de règlement des différends du Centre.

Section 2 : Le système de règlement des différends dans le CIRDI

La résolution d'un contentieux, en droit, suppose toujours la mise en place d'une procédure. Ce qui veut dire qu'il existe, en toute évidence, dans la Convention de Washington, une procédure de règlement des litiges. Ainsi, conformément à celle-ci, il peut arriver que le requérant – investisseur - épuise certains préalables avant de soumettre sa requête devant le tribunal (**Paragraphe 1**). Mais encore, il existe par ailleurs, dans la Convention, comme dans tout tribunal, un droit applicable (**Paragraphe 2**). Ce sont sur ces deux points qu'il importe de s'appesantir.

Paragraphe 1 : Les préalables à la soumission d'un litige au CIRDI

D'une manière générale, la saisine d'une juridiction, quel qu'en soit l'ordre⁷⁹⁵, nécessite des préalables. Le CIRDI, malgré sa particularité, n'échappe à cette pratique juridique coutumière, qui traduit le souci de cohérence et d'ordre qui habitent le droit en général. Seulement, ces préalables peuvent différer de juridictions à d'autres, ou même exister dans certaines et être absentes dans d'autres.

Les juridictions internationales ont coutume de poser des préalables à leur saisine. En effet, la négociation préalable et l'épuisement des voies de recours internes ont généralement été considérés comme des conditions de recevabilité des requêtes⁷⁹⁶. Il en est ainsi de la CIJ qui

⁷⁹⁵ D'une manière générale, l'on distingue deux ordres juridiques : nous avons l'ordre juridique interne et l'ordre juridique international.

⁷⁹⁶ En ce qui concerne la règle de l'épuisement des voies de recours internes en tant que condition de recevabilité de la demande, v. J. CAWFORD, « Les articles de la CDI sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite », Pédone, 2003 ; S. ROSENNE, « The Law and Practice of the International Court 1920-2005, Martinus Nijhoff Publ., 2006, p. 822. (« *In the Panevezys-Saldutiskis Railway case the Permanent Court rejected and objection based on the nationality of claims rule and accepted a second objection based on the exhaustion of local remedies rule. In that case the objections, being objections to the admissibility, were joined to the merits and the Court's decision was reached after full argument* »), p. 882 (« *In the Ambatielos (Merits : Obligation to Arbitrate) case, however, the present Court held it to be set up in accordance with that judgement. In the Interhandel case the same objection was advanced as an objection to the jurisdiction, but specifically held by the Court to be an objection to the admissibility. In the Barcelona Traction (New Application) case the objection to the admissibility was joined to the merits, since allegations of denial of justice constituted the major part of the merits* ») ; I. BROWNLIE, « Principles of Public International Law », Oxford, OUP, 2012, p. 710 (« An important rule of admissibility applies to cases of diplomatic protection as apposed to instances of direct injury to the state ») ; C. SANTULLI, « Droit du contentieux international », L.G.D.J., 2015, § 461 (« En droit de la responsabilité internationale, la règle de l'épuisement préalable des voies de recours internes détermine le moment de la violation des obligations internationales relatives au traitement des étrangers, dont elle précise ainsi l'objet. Le droit du procès en fait une condition de recevabilité de plusieurs types d'actions internationales ») ; M. GRANGE, « Compétence du juge et recevabilité de la requête : leurs relations dans l'exercice du pouvoir juridictionnel –

considère que ces deux conditions (négociation préalable et épuisement des voies de recours internes) constituent « *une règle bien établie du droit international coutumier* »⁷⁹⁷.

En droit international des investissements, les préalables à la saisine du CIRDI n'ont pas fait l'objet d'une réglementation particulière au niveau de la Convention de Washington. Dans la pratique, ce sont les États qui décident, dans les TBI qu'ils sont amenés à conclure, de subordonner la saisine des tribunaux arbitraux par l'investisseur étranger au respect d'un certain nombre de conditions. Celles-ci se ramènent, en général, à deux conditions que sont : l'obligation de négocier (A), et enfin l'exigence d'épuisement des voies de recours internes (C).

A : La négociation : un préalable obligatoire

En droit, d'une manière générale, et dans le contentieux international en particulier, l'obligation faite aux parties de procéder préalablement à des négociations, constitue l'une des choses les mieux partagées. Les professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard l'ont rappelé en ces termes : « *La sagesse des nations affirme qu'un mauvais arrangement est toujours préférable à un bon procès* »⁷⁹⁸. Le droit international des investissements ne déroge pas à cette coutume, ou, du moins, les conventions bilatérales d'investissements. Car, la Convention de Washington n'invoque pas explicitement cette phase procédurale que constitue la négociation. A partir de là, il peut être déduit qu'elle laisse aux États la faculté de l'intégrer dans leurs traités.

Dans le contentieux international relatif aux investissements, la négociation constitue une phase précontentieuse. En effet, lorsque surgit un différend entre un investisseur et un État, elle permet aux parties en différend, avant même l'introduction de la requête, d'entrer en négociations afin de conclure l'arrangement qui leur permettra d'éviter le contentieux. La

l'exemple de la Cour Internationale de Justice, Thèse Paris II, 7 décembre 2011, p. 97 (« L'autre condition majeure en matière de protection diplomatique est celle de l'épuisement des voies de recours internes. Bien que la question ait fait débat, il est désormais reconnu qu'il s'agit clairement d'une condition de recevabilité de la requête introduisant ce type de réclamation devant une juridiction internationale ») ; P.-M. DUPUY, Y. KERBRAT, « Droit international public », Dalloz, 2010, § 553 (« Les exceptions d'incompétence doivent être clairement distinguées de celles qui touchent à l'irrecevabilité d'une requête, lesquelles peuvent être examinées par la Cour sans que la compétence de celle-ci soit contestée ou indépendamment de cette contestation. Elles peuvent être notamment soulevées parce que les voies de recours internes n'auraient pas été épuisées préalablement (affaire de l'Interhandel 1959), soit parce qu'il n'y aurait pas eu, préalablement à l'invocation de la voie contentieuse, épuisement des voies diplomatiques envisageables ») ; Ch. DE VISSCHER, « Aspects récents du droit procédural de la Cour internationale de justice », *Pédone*, 1966, spéc. p. 87.

⁷⁹⁷ CIJ, Affaire de l'*Interhandel*, *États-Unis c. Suisse*, Arrêt du 21 mars 1959, Recueil 1959, p. 6, spéc. p. 26. Selon la Cour : « Bien que visant la compétence de la Cour, cette exception doit être considérée comme dirigée contre la recevabilité de la requête du Gouvernement suisse ».

⁷⁹⁸ D. CARREAU et P. JUILLARD, « Droit international économique », 5ème éd., *op.cit.*, p. 580.

majorité des TBI, d'une manière générale, et ceux signés par les États de la CEDEAO en particulier, souscrivent à cette coutume. Même s'il peut arriver que l'on retrouve des différences dans la rédaction des clauses prévoyant cette obligation, d'instrument à instrument. Ainsi, l'article 23 du modèle des États-Unis, intitulé « Consultation and Negotiation » est rédigé comme suit : « *In the event of an investment dispute, the claimant and the respondent should initially seek to resolve the dispute through consultation and negotiation, which may include the use of non-binding, third-party procedures* ».

C'est seulement si l'une des parties estime que le différend ne pourra être réglé par ces consultations et négociations, qu'elle peut introduire une requête d'arbitrage, conformément aux dispositions conventionnelles. Aucun délai n'est prévu à cet effet.

Par ailleurs, le modèle français de TBI – adopté par la plupart des États de la CEDEAO – dispose en son article 8 intitulé « Règlement des différends entre un investisseur et une partie contractante » que : « *Tout différend relatif aux investissements entre l'une des parties contractantes et un investisseur de l'autre partie contractante est réglé à l'amiable entre les deux parties concernées* ». C'est seulement, selon le paragraphe 2 du même article, « *si un tel différend n'a pu être réglé dans un délai de six mois à partir de la date à laquelle un règlement amiable a été demandé par l'une ou l'autre des parties au différend, il est soumis à la demande de l'investisseur concerné à l'arbitrage [...]* ».

A l'analyse, l'on peut remarquer que les clauses respectives des modèles américain et français révèlent des différences de rigueur. Si la procédure de règlement des différends contenue dans le modèle américain accorde plus de souplesse, celle contenue dans le modèle français semble plus exigeante. Mais, ce qu'il faut essentiellement retenir c'est que les tribunaux arbitraux de même que la Convention CIRDI ne semblent accorder une importance particulière à l'obligation de négocier. Certains auteurs ont, d'ailleurs, confirmé que les tribunaux arbitraux ne semblent pas disposés à ériger l'obligation de négocier comme une condition préalable à leur saisine⁷⁹⁹.

En effet, selon certains tribunaux arbitraux, l'obligation de négocier est satisfaite à partir du moment où l'une des parties en différend n'est pas restée totalement inerte pendant la phase précontentieuse. C'est ce qui a été démontré dans l'affaire opposant *Biloune* à l'État du Ghana⁸⁰⁰. L'État ghanéen, défendeur, estimait que le règlement amiable d'un différend – exigé

⁷⁹⁹ *Ibidem.*, p. 583.

⁸⁰⁰ Affaire CNUDCI (*ad hoc*), *Biloune et Marine Drive Complex LTD c./ Ghana Investments Centre et le Gouvernement du Ghana*, sentences portant sur la compétence et la responsabilité du 27 octobre 1989 et du 30 juin 1990.

par les dispositions de la loi nationale – n’a pas été respecté par l’entreprise demanderesse. Mais, en se prononçant sur le fond, le tribunal fait remarquer qu’à maintes reprises, l’entreprise *Biloune* avait proposé à l’État d’accueil de l’investissement d’entrer en négociation, mais que ce dernier n’avait à aucun moment réagi à sa demande. C’est ainsi que le tribunal arbitral en a conclu que l’exigence légale du règlement amiable du litige avait bien été respectée par la société demanderesse.

Par ailleurs, si les tribunaux arbitraux s’accordent à ne pas exiger la négociation comme condition préalable à leurs saisines, ils se trouvent, en revanche, divisés, quant aux effets de l’inobservation de celle-ci, lorsque les parties au différend lui confèrent un caractère obligatoire dans leur traité. En d’autres termes, quelle est la sanction de l’inobservation de la règle de la négociation préalable des différends, si elle constitue une procédure obligatoire dans les TBI ?

Pour certains tribunaux arbitraux, l’inexécution de l’obligation de négocier entraîne l’incompétence du tribunal. C’est-à-dire qu’ici, la règle de la négociation préalable constitue une condition de compétence des tribunaux. Et, en tant que condition de compétence, sa violation entraînerait l’incompétence du tribunal et par conséquent, en général le rejet immédiat des demandes, en même temps que la fin de la procédure⁸⁰¹. Telle a été la solution dégagée par le tribunal dans l’affaire *Daimler c./ Argentine*⁸⁰². Par contre, la majorité des arbitres considère que : « *l’obligation de négocier ne relève pas des questions de compétence, mais des questions de recevabilité, dont l’examen est lié à celui du fond* »⁸⁰³.

Par ailleurs, des auteurs ont fait remarquer que dans certaines affaires, les tribunaux ont considéré que : « *la violation des conditions de négociations préalables ou de recours aux juridictions internes ne devait pas conduire à l’irrecevabilité des demandes en constant, soit que la période de négociation prévue dans le traité était dans tous les cas expirée, soit qu’il ressortait de la rédaction de la clause que ces conditions n’avaient qu’un caractère facultatif,*

⁸⁰¹ Y. BANIFATEMI et E. JACOMY, « Compétence et recevabilité dans le droit de l’arbitrage en matière d’investissements », in *Droit international des investissements et de l’arbitrage transnational*, Ch. LEBEN(dir), *op.cit.*, pp. 773-812, p. 802.

⁸⁰² Affaire CIRDI, *Daimler Financial Services AG c./ République d’Argentine*, n° ARB/05/1, sentence sur la compétence du 22 août 2012, § 286. En ce sens, v. aussi Affaire CIRDI, *Murphy Exploration et Production Company International c./ Equateur*, n° ARB/08/4, sentence sur la compétence du 15 décembre 2010, § 157 ; Affaire CNUDCI, *ICS Inspection and Control Services Limited c/ République d’Argentine*, CPA n° 2010-09, sentence sur la compétence du 10 février 2012, §§ 326-327.

⁸⁰³ Affaire CIRDI, *Salini c. Maroc*, n° ARB/00/4, décision sur la compétence du 23 juillet 2001, in D. CARREAU et P. JUILLARD, « *Droit international économique* », 5ème éd, *op.cit.*, p. 582.

soit encore qu'il ressortait des faits de l'espèce que les négociations ou les recours aux juridictions locales auraient été futiles »⁸⁰⁴.

Il faut aussi relever que les traités prévoient généralement l'observation d'un certain délai avant de saisir un tribunal arbitral. Souvent, ce délai est d'une durée de six à dix-huit mois. Tel est le cas de l'Accord bilatéral de promotion et de protection réciproque des investissements entre la République française et le Gouvernement du Sénégal du 23 juillet 2010. Son article 8 relatif *au règlement des différends entre un investisseur et une Partie contractante*, après avoir indiqué tout différend entre les parties est réglé à l'amiable ajoute que : « *Si un tel différend n'a pu être réglé dans un délai de six mois à partir de la date à laquelle un règlement amiable a été demandé par l'une ou l'autre des parties au différend, il est soumis à la demande de l'investisseur concerné à l'arbitrage...* ». L'instauration de ce délai peut implicitement s'analyser comme une incitation à la négociation⁸⁰⁵. A ce titre, il peut être raisonnable de déduire que le respect de ce délai a pour finalité de permettre aux parties – investisseur et État d'accueil- d'entrer en négociation pour éviter, autant que faire se peut, le règlement arbitral de leur litige. Ce qui fait que certains tribunaux arbitraux assimilent l'obligation de négocier au respect d'un délai. Il en est ainsi dans l'affaire *Genneration Ukraine c. Ukraine*, où le tribunal a disposé que la négociation avait bien eu lieu là où le traité applicable ne mentionnait qu'une obligation de respecter un délai de six mois⁸⁰⁶.

Mais, la condition du respect d'un certain délai peut, aussi, être interprétée comme une obligation d'épuisement des recours internes⁸⁰⁷. En effet, ce délai qui peut aller de six à dix-huit mois, est normalement suffisant pour permettre à l'investisseur de tenter d'abord la

⁸⁰⁴ Y. BANIFATEMI et E. JACOMY, « Compétence et recevabilité dans le droit de l'arbitrage en matière d'investissements », in *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Ch. LEBEN (dir), *op.cit.*, p. 802. A ce titre, on peut citer Affaire CIRDI, *Victor Pey Casado et Fondation du Président Allende c. Chili*, n° ARB/98/2, Sentence du 8 mai 2008, § 573 ; Affaire CIRDI, *Abaclat et autres c. République d'Argentine*, n° ARB/07/5, Sentence du 04 août 2011 sur la compétence et la recevabilité, §§ 567-591 ; Affaire CIRDI, *SGS Société Générale de Surveillance SA c. Pakistan*, n° ARB/01/13, Sentence du 6 août 2003 sur les objections à la compétence, § 184 ; Affaire ALENA/CNUDCI, *Ethyl Corporation c. Gouvernement du Canada*, Sentence du 24 juin 1998 sur la compétence, §§ 84-85 ; Affaire CNUDCI, *Ronald Lauder c. République Tchèque*, Sentence du 3 septembre 2001, §§ 187-191 ; Affaire CNUDCI, *BG Group Plc c. République d'Argentine*, Sentence du 24 décembre 2007, §§ 140-157.

⁸⁰⁵ Une telle approche a été adoptée par la CNUCED, v. CNUCED, « Bilateral investment agreements 1996-2006 : trends in international rulemaking », *UN publications*, 2006, p. 105.

⁸⁰⁶ Affaire CIRDI, *Generation Ukraine c. Ukraine*, n° ARB/00/9, Sentence du 16 septembre 2003, Reports vol. 10, p. 240 ; § 14.2 et s.

⁸⁰⁷ Il faut ici relever que des arbitres ont interprété l'observation du respect d'un certain délai comme une obligation de saisine préalable des juridictions internes de l'État d'accueil, partie au litige. Il en est ainsi dans l'Affaire CIRDI, *Siemens AG c. Argentine*, n° ARB/02/8, Sentence du 3 août 2004, § 104. C'est le cas aussi dans la décision CIRDI, *TSA Spectrum de Argentina S.A c. Argentine*, n° ARB/05/5, Sentence du 19 décembre 2008, § 101.

résolution interne du contentieux avant de s'engager dans le règlement arbitral international. D'autant plus qu'en soi, la saisine préalable des juridictions internes n'est pas exclue dans l'arbitrage transnational unilatéral. L'on voit donc que dans la procédure arbitrale transnationale relative aux investissements, le respect d'un délai, avant l'introduction de la requête devant les tribunaux, peut être interprété à un double égard : d'une part, il peut être assimilé à une obligation de négocier, et d'autre part, l'observation de ce délai peut aussi être interprétée comme une imposition à l'épuisement des recours internes. Cette seconde interprétation peut être confortée par les propos d'un auteur qui affirmait :

« On pourrait penser que l'exigence d'un tel délai n'est autre qu'une manière d'imposer le recours aux juridictions nationales, d'autant que certains traités procèdent à une telle assimilation en prévoyant que l'investisseur ne pourra saisir le tribunal arbitral que s'il n'a pas obtenu de décision définitive à l'expiration du délai prévu »⁸⁰⁸.

D'ailleurs, il convient de se pencher sur la question de la saisine des juridictions internes, qui constitue l'autre pendant des préalables à la saisine des tribunaux CIRDI.

B : La saisine des juridictions internes : un préalable possible

En droit international, en général, l'épuisement des voies de recours internes constitue une condition indispensable à la saisine d'une juridiction internationale, dans certains cas. Il en est ainsi dans le cadre de la protection diplomatique, où préliminairement à l'exercice de celle-ci par son État de nationalité, le particulier prétendument lésé doit chercher réparation du dommage qu'il a subi en épuisant les recours qui lui sont ouverts dans l'ordre juridique de l'État dont la responsabilité est recherchée⁸⁰⁹. Une telle condition a été posée par la Cour Permanente de Justice Internationale (CPJI) dans *l'Affaire des Concessions Mavrommatis en Palestine*, en ces termes :

« C'est un principe élémentaire du droit international que celui qui autorise l'État à protéger ses nationaux lésés par des actes contraires au droit international commis par un autre État, dont ils n'ont pu obtenir satisfaction par les voies ordinaires »⁸¹⁰.

⁸⁰⁸ A DE NANTEUIL, « Droit international de l'investissement », 1^{ère} éd., *op.cit.*, p. 235.

⁸⁰⁹ A. TOURNIER, « La protection diplomatique des personnes morales », *L.G.D.J.*, 2013, p. 379.

⁸¹⁰ CPJI, arrêt du 30 août 1924, *Affaire des Concessions Mavrommatis en Palestine (Grèce c. Grande-Bretagne)* (Exceptions d'incompétence), Série A, n° 2, p. 12 ; CIJ, 21 mars 1959, *Affaire de l'Interhandel (exceptions préliminaires)* (*Suisse c. États-Unis*), Rec. P. 6, spéc. p. 27. Dans cette dernière la CIJ a considéré que la condition de l'épuisement préalable des recours internes est une exigence de recevabilité

D'une manière générale aussi, l'on retrouve cette règle de l'épuisement des voies de recours internes dans le domaine du contentieux portant sur le traitement des étrangers. Selon un auteur, en droit de la responsabilité internationale, l'épuisement préalable des voies de recours internes détermine le moment de la violation des obligations internationales relatives au traitement des étrangers, dont elle précise ainsi l'objet⁸¹¹.

Le droit international des investissements n'a pas dérogé à cette pratique juridique coutumière propre du droit international général, ordre juridique auquel il dérive d'ailleurs. Et c'est dans la même continuité de protection des étrangers que les premiers TBI, ont, à leur tour, adopté cette règle de l'épuisement des recours internes. Cette règle suppose, en droit international des investissements, que l'investisseur étranger qui se sent lésé par une mesure de l'État d'accueil, doit, au préalable, recourir aux tribunaux internes de celui-ci ; et c'est seulement lorsqu'il n'obtient pas gain de cause, qu'il peut introduire sa requête devant un tribunal arbitral. En d'autres termes, pour saisir un tribunal arbitral, le particulier doit, de façon bien plus certaine, avoir épuisé l'ensemble des voies de recours disponibles sur le territoire de l'État dont le fait est poursuivi⁸¹².

Si d'aucuns⁸¹³ estiment – et ils n'ont pas totalement tort de le prétendre – que le droit international des investissements privilégie plus – pour ne pas dire exclusivement – les intérêts de l'investisseur étranger que ceux de l'État d'accueil ; l'admission de la règle de l'épuisement des voies de recours internes pourrait être perçue comme l'un des tempéraments apportés à ce sentiment de déséquilibre des droits et obligations de ces deux acteurs principaux de cette branche du droit international économique. En effet, exiger, à l'investisseur de s'adresser directement aux juridictions internes, en cas de contentieux avec l'État d'accueil, avant de se tourner vers les tribunaux arbitraux, reviendrait à donner à cet État la latitude de réparer, intérieurement, son acte – présumé illicite – afin de l'épargner à un possible engagement de sa responsabilité internationale.

⁸¹¹ C. SANTULLI, « Droit du contentieux international », 2^{ème} éd., *L.G.D.J.*, 2015, p. 290.

⁸¹² A. DE NANTEUIL, « Droit international de l'investissement », 1^{ère} éd., *op.cit.*, p. 17.

⁸¹³ Parmi les auteurs qui dénoncent un sentiment de déséquilibre du droit international des investissements au profit de l'investisseur, l'on peut citer W. B. HAMIDA, « L'arbitrage État-investisseur cherche son équilibre perdu: Dans quelle mesure l'État peut introduire des demandes reconventionnelles contre l'investisseur privé? », *International Law FORUM du droit international*, 2005, n° Volume 7, n° 4, *op.cit.*, pp. 261-272. Mais, pour mettre en exergue les positions opposées des auteurs sur la question, v. P. JUILLARD, Ph. KAHN, P. MAYER, W. B. HAMIDA B. AUDIT, « Table ronde: Le système actuel est-il déséquilibré en faveur de l'investisseur privé étranger et au détriment de l'État d'accueil? », in *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, Ch. LEBEN (dir), Anthemis, 2006, *op.cit.*, pp. 185-202 ; v. aussi F. HORCHANI, « Rapport introductif », in *Où va le droit de l'investissement? Désordre normatif et recherche d'équilibre*, Actes du Colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006, F. HORCHANI (dir), Tunis, Pédone, 2007, *op.cit.*, pp. 3-16.

En ce qui concerne concrètement la position de la Convention CIRDI sur l'admission de la règle de l'épuisement des voies de recours internes dans le contentieux relatif aux investissements internationaux, son article 26 est tout à fait édifiant. Celui-ci dispose en ces termes : « *Comme condition à son consentement à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention, un État contractant peut exiger que les recours administratifs ou judiciaires soient épuisés* ». Si la Convention suggère aux États membres qui souhaiteraient exiger la règle de l'épuisement des recours internes comme condition à leur consentement à l'arbitrage de le préciser au moment de leur adhésion, c'est parce qu'en principe, cette règle n'est pas prévue dans le CIRDI. Ou du moins, ce n'est pas une condition obligatoire dans la procédure arbitrale du Centre.

En même temps, cette disposition de l'article 26 de la Convention révèle un autre enseignement. En effet, si l'on sait que cette expression du consentement de l'État à l'arbitrage se fait généralement dans le cadre d'un TBI auquel il est parti – même s'il n'en constitue pas le seul support de ce consentement⁸¹⁴ – il serait raisonnable d'en déduire que la Convention de Washington ait voulu laisser aux États, l'option d'inclure, dans leurs traités, la règle de la saisine préalable aux juridictions internes. Bien évidemment, un seul État ne peut, dans un TBI, unilatéralement décider d'exiger la saisine préalable de ces juridictions internes à un investisseur étranger, dans les éventuels conflits qui pourront surgir dans le cadre des opérations d'investissements avec ce dernier. C'est de manière conventionnelle que cette règle peut être insérée dans un traité entre les parties. Quand il s'agit d'un TBI, il résulterait d'une volonté commune des deux États de prévoir une clause tendant à s'adresser aux juridictions internes de l'État d'accueil de l'investissement, avant toute saisine d'un tribunal arbitral CIRDI. Ce qui signifie que si toutefois la règle de l'épuisement des recours internes n'a pas été prévue dans le TBI qui le lie avec l'autre État auquel l'investisseur est ressortissant, l'État ne saurait l'opposer à ce dernier comme condition à l'arbitrage international. Certains traités ont, par ailleurs, été plus explicites à ce propos : il en est ainsi du traité entre la Croatie et le Cambodge signé en 2001 qui prévoit que l'acceptation de l'arbitrage par l'État implique la renonciation à l'imposition d'une telle condition, quel que soit l'organisme saisi. Comme l'a fait remarquer

⁸¹⁴ L'on a vu un peu plus haut que le consentement de l'État à l'arbitrage peut s'exprimer généralement de trois manières : premièrement, l'État peut consentir à l'arbitrage international dans une clause compromissoire à travers un contrat qu'il a conclu avec l'investisseur étranger ; deuxièmement il peut aussi consentir à l'arbitrage dans une loi nationale (cf. la sentence *SPPC c. Egypte du 14 avril 1988*, in *J.D.I* 1994, p. 220) ; enfin, le consentement de l'État à l'arbitrage peut se trouver dans un TBI (cf. la sentence *APPL c. République de Sri Lanka du 27 juin 1990*, in *I.L.M.* 1990, p. 580). C'est cette dernière décision qui a porté la révolution selon laquelle, l'État en signant un TBI accepte la possibilité d'une saisine directe d'un tribunal arbitral par les opérateurs économiques ressortissants de l'autre partie au traité.

un auteur, « *il s'agit pour ces traités d'un corollaire au consentement anticipé de l'État à l'arbitrage* ». ⁸¹⁵ Il s'agirait, dans ce contexte, d'une reconnaissance d'office de la soumission directe du litige à l'arbitrage international.

Cependant, dans la pratique actuelle du droit international des investissements d'une manière générale, il est important de reconnaître que l'exigence d'épuisement des recours internes n'est plus une condition indispensable à une saisine d'un tribunal arbitral international. Ce délaissement de cette règle coutumière de l'ordre juridique international dans l'évolution du droit des investissements pourrait trouver une certaine explication. En vérité, et il faut le dire, l'admission de cette clause dans les TBI dépend exclusivement de la volonté des États dont les investisseurs, sont, en général, ressortissants. Ces États qui sont la plupart des États développés – donc des États d'origine des investissements, dont les États en développement ont besoin pour accroître leur économie – se trouvent dans une position plus favorable pour imposer l'insertion de certaines clauses dans les traités. Ensuite, puisque la règle de la saisine préalable des juridictions de l'État d'accueil n'a aucun intérêt aussi bien pour les États d'origine de l'investissement que pour leurs propres ressortissants, investisseurs, il est fort probablement que cette clause ne figure pas dans les TBI. Surtout lorsque les juridictions de ces États hôtes ne garantissent pas une certaine partialité et équité suffisante. Exiger l'opérateur étranger à purger les voies de recours du droit national avant toute saisine d'une juridiction arbitrale internationale, constituerait une perte de temps pour lui. Car, c'est quasi-certain qu'il n'obtiendra pas satisfaction de ses plaintes déposées dans les juridictions de l'État auquel il est en contentieux. Surtout lorsque les réclamations issues de ses plaintes engagent des sommes conséquentes, comme réparation du préjudice subi par l'investisseur, si tenté qu'il y'a préjudice. Rappelons-nous, justement, que l'arbitrage a été admis en matière d'investissements afin de soustraire les investisseurs étrangers aux juridictions de l'État d'accueil, souvent soupçonnées d'impartialité.

Seulement, cette méfiance *naturelle* des juridictions de l'État hôte de l'investissement doit être relativisée. Il fut un temps, dans un certain contexte, il était permis pour l'investisseur étranger de douter de la transparence des tribunaux internes de l'État d'accueil dans le règlement des litiges relatifs à l'investissement. Mais, de nos jours, les États en développement comme ceux de la CEDEAO, ont tout intérêt à afficher un environnement des affaires favorable à la promotion des investissements, dont un pouvoir judiciaire indépendant en constitue un élément central, voire même incontournable. Justement, c'est dans cette optique qu'aussi bien

⁸¹⁵ A. DE NANTEUIL, « Droit international de l'investissement », 1^{ère} éd., *op.cit.*, p. 238.

l'Organisation régionale, de même que ses États membres, ont respectivement posé des jalons permettant de relever ce défi conditionnant l'attraction des opérateurs économiques internationaux sur leurs territoires. Ceci revient à admettre qu'il appartient aux États d'accueil – qui sont souvent des États à démocratie faible ou perfectible – de renverser cette tendance, en instaurant de véritables États de droit sur leurs territoires.

Pour l'heure, la saisine préalable des juridictions internes des États d'accueil ne constitue pas une rigueur dans la procédure contentieuse relative aux investissements. En d'autres termes, le droit interne de l'État n'est pas celui préféré ni par les États d'origine de l'investissement, ni par les investisseurs ressortissants de ces dits États, dans les résolutions des litiges. C'est l'arbitrage transnational qui constitue le mécanisme par excellence de règlement des différends relatifs aux investissements internationaux.

Dès lors, si la négociation préalable et la saisine des juridictions internes peuvent être exigées comme des préalables à la soumission d'un litige à l'arbitrage CIRDI, il convient de s'intéresser au droit applicable dans celui-ci.

Paragraphe 2 : Le droit applicable dans l'arbitrage CIRDI

Si, dans les contrats d'État, la question du droit applicable a fait naître de vives controverses doctrinales⁸¹⁶, tel n'a pas été le cas avec l'avènement des traités d'investissements. Plus explicitement, dans ces traités, et contrairement aux contrats d'État, ce n'est pas le statut juridique d'une des parties qui pose problème par rapport au droit applicable. Il s'agit, plutôt,

⁸¹⁶ Voir à ce propos, Ch. LEBEN, « La théorie du contrat d'État et l'évolution du droit international des investissements », *R.C.A.D.I.*, 2003, Volume 302, *op.cit.*, pp. 197-386 ; P. WEIL, « Problèmes relatifs aux contrats passés entre un État et un particulier », *R.C.A.D.I.*, 1969, Volume 128, *op.cit.*, pp. 95-240 ; A. GIARDINA, « State Contracts : National versus International Law ? », *IYIL*, 1980-1981, pp. 147-170 ; INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, « Résolution de l'IDI sur la loi du contrat dans les accords entre un État et une personne privée étrangère » (session d'Athènes), *Ann. IDI*, 1979, t. II, pp. 192-195 ; G.R. DELAUME, « The Proper Law of State Contracts Revisited », *ICSID Rev.*, 1997, vol. 12, n°1, pp. 1-28 ; Th. FIRTH, « The Law Governing Contract in Arbitration Under The World Bank Convention », *NYU Journ. Of Intern. Law and Politics*, 1968, vol. 1, pp. 253-276 ; A.F.M. MANIRUZZAMAN, « International Development Law as Applicable Law to Economic Development Agreements : A Prognostic View », *Wisconsin International Law Journal*, 2001, pp. 1-56 ; V.C. IGBOKWE, « Developing Countries and the Law Applicable to International Arbitration of Oil Investments Disputes Has The Last Word Been Said ? », *J. Int. Arb.* 1997, vol. 14, n° 1, pp. 99-124 ; K.-H. BÖCKSTIEGEL, « Les règles de droit applicable aux arbitrages commerciaux internationaux concernant des États ou des entreprises contrôlées par l'État », in *Arbitrage international – 60 ans après – Regards sur l'avenir*, Paris, ICC Publ., 1984, publ. n° 412, pp. 127-190 ; J.R. CROOK, « Applicable Law in International Arbitration : The Iran-U.S. Claims Tribunal Experience », *AJIL*, 1989, vol. 83, n° 2, pp. 278-311 ; A.S. EL-KOSHERI, T.F. RIAD, « The Law Governing a New Generation of Petroleum Agreements : Changes in the Arbitration Process », *ICSID Rev.*, 1986, vol. 1, n° 2, pp. 257-287 ; F.A. MANN, « The Law Governing State Contracts », *BYBIL*, 1994, vol. 21, pp. 11-33.

de savoir entre le droit interne et le droit international, lequel les arbitres devraient ils appliquer dans la résolution des litiges ?

Dans la Convention de Washington instituant le CIRDI, la question mérite d'être posée pour deux raisons : d'une part, dans son système d'arbitrage – comme dans tout arbitrage d'ailleurs -, les parties y disposent prioritairement le pouvoir de choisir le droit applicable à leur litige **(A)**. Seulement, il a été constaté que, peu importe le droit choisi par les parties – droit interne ou droit international – le droit international n'est jamais écarté de l'arbitrage. Ou bien pour le dire autrement, le droit interne n'est jamais appliqué seul au litige. En termes plus clairs, même si les parties ont choisi le droit interne, celui-ci est appliqué sous réserve de sa conformité au droit international. Ce qui permet de considérer, d'autre part, que ce dernier occupe une place incontournable dans le droit applicable à l'arbitrage CIRDI **(B)**.

A : La prééminence du droit choisi par les parties

Qu'il s'agisse de l'arbitrage commercial de même que l'arbitrage d'investissement, le principe de l'autonomie de la volonté demeure la règle fondamentale qui, non seulement, établit la compétence du tribunal, mais encore, consacre le droit applicable dans ce dernier.

Il a été démontré plus haut que, contrairement au règlement judiciaire⁸¹⁷ des litiges, la spécificité de l'arbitrage est remarquable à un double égard : c'est un mode de règlement des différends dans lequel les parties ont la latitude de choisir non seulement les arbitres qui y statuent, mais encore, le droit applicable et appliqué par ces derniers. Tel n'est pas le cas de la justice étatique qui présente des caractéristiques contraires. Dans celle-ci, en effet, la compétence des tribunaux n'est pas tributaire de la volonté des parties au litige ; au contraire, comme l'a précisé un auteur⁸¹⁸, elle s'impose à elles. C'est dire, donc, l'importance du pouvoir des parties dans la résolution du contentieux arbitral en matière d'investissements. Le règlement arbitral du CIRDI l'a rappelé : son article 42(1) stipule : « *Le Tribunal statue sur le différend*

⁸¹⁷ Ici l'expression « règlement judiciaire » renvoie à la justice étatique ; c'est-à-dire aux juridictions de l'État. Dans celles-ci, effectivement, le droit applicable n'est pas choisi par les parties au litige. C'est un droit ayant un champ d'application territoriale générale. En d'autres termes, un droit qui s'impose à tous les sujets de droit de l'ordre juridique étatique. Par ailleurs, les juridictions étatiques, contrairement aux tribunaux arbitraux, se caractérisent par leur pérennité et veillent généralement au respect de l'ordre juridique de l'État. En ce sens, v. S. MANCIAUX, « Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États, trente années d'activités du CIRDI », *op.cit.*, p. 268. Pour démontrer la spécificité de l'arbitrage, cet auteur soutenait : « ... si les tribunaux arbitraux Cirdi sont des juridictions qui doivent trancher les litiges qui leur sont soumis selon le droit, les arbitres ne sont que des juges occasionnels désignés par les parties pour trancher un litige déterminé ; les arbitres ne sont donc les gardiens d'aucun ordre juridique et aucun système juridique ne s'impose à eux.

⁸¹⁸ O. DIALLO, « Le consentement des parties à l'arbitrage international », *P.U.F.*, 2010, p. 1.

conformément aux règles de droit adoptées par les parties ». Il en est de même des règles d'arbitrage de la CNUDCI de 1976 qui disposent également que : « *Le tribunal arbitral applique la loi désignée par les parties comme étant la loi applicable au fond du litige* ». ⁸¹⁹ Même les règles d'arbitrage du mécanisme additionnel du CIRDI⁸²⁰, de la Cour d'Arbitrage Internationale de Londres (LCIA)⁸²¹, de la Chambre de Commerce Internationale (CCI)⁸²², ou encore de la Chambre de Commerce de Stockholm (SCC)⁸²³ se sont pliées à la volonté des parties dans les résolutions des litiges. Plus justement, il faut préciser que les arbitres ne tenant leur pouvoir juridictionnel dans une affaire donnée que de la volonté des parties exprimée dans la clause compromissoire⁸²⁴. Non seulement, cette clause compromissoire remet la solution du litige à l'arbitre, à l'exclusion de toute juridiction étatique, mais encore, elle attribue à celui-ci sa qualité d'arbitre alors que les juges et juridictions étatiques possèdent en permanence leur qualité de juge ou de juridiction. D'ailleurs, la liberté des parties de recourir à un arbitrage ad hoc ou à un arbitrage rendu sous l'égide d'une institution comme le CIRDI a pu être qualifiée par un auteur par « *une justice sur mesure* »⁸²⁵.

⁸¹⁹ Article 33(1) de la Loi de 1976 sur la CNUDCI.

⁸²⁰ Article 54(1) dispose : « Le Tribunal applique les règles de droit désignées par les parties comme applicables au fond du litige ».

⁸²¹ Son Article 22(3) dispose : « The arbitral Tribunal shall decide the parties' dispute in accordance with the law (s) or rules of law chosen by the parties as applicable to the merits of their dispute », Règlement d'arbitrage de la Cour d'arbitrage international de Londres (LCIA) (en vigueur à compter du 1^{er} janvier 1998), site de la LCIA : www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/LCIA_Arbitration_Rules.aspx#article27.

⁸²² Son Article 17(1) dispose : « Les parties sont libres de choisir les règles de droit que le tribunal arbitral devra appliquer au fond du litige », Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (CCI) (en vigueur à compter du 1^{er} janvier 1998), site de la CCI : http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/Court/Arbitration/other/rules_arb_french.pdf ; v. également l'article 21(1) du Règlement d'arbitrage de la CCI (version 2012), site de la CCI : http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/Court/Arbitration/other/2012_Arbitration%20and%20ADR%20Rules%20FRENCH.pdf.

⁸²³ Son Article 22(1) dispose : « The Arbitral Tribunal shall decide the merits of the dispute on the basis of the law (s) or rules of law agreed upon by the parties ». La version française de cette règle est la suivante : « Le Tribunal arbitral décidera du fond du litige sur la base de la loi ou des règles de droit choisies par les parties », Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm (SCC) (2010), site de la SCC : <http://www.sccinstitute.com/skiljedomsregler-4.aspx>.

⁸²⁴ Il serait important, ici, de rappeler l'effet de la clause compromissoire dans le contrat, en général. En effet, le principe de l'autonomie de la clause compromissoire a été posé par la Cour de cassation française, dans son arrêt Gosset du 7 mai 1963. Selon la Cour, « en matière d'arbitrage international, l'accord compromissoire (...) présente toujours, sauf circonstances exceptionnelles qui ne sont pas alléguées en la cause, une complète autonomie juridique excluant qu'il puisse être affecté par une éventuelle invalidité de cet acte ». En d'autres termes, dans cette espèce, la Cour de cassation avait donc conclu à l'efficacité de la clause d'arbitrage malgré la nullité alléguée du contrat principal. A ce propos v. J.M. JACQUET, « Principe d'autonomie et contrats internationaux », *Economica*, 1983, pp. 42- 45 ; voir encore le même auteur J. M. JACQUET, « Le contrat international » *Dalloz*, 1992, pp. 27.

⁸²⁵ J.- M. JACQUET, « Le contrat international », *op.cit.*, p. 24.

C'est ainsi que, même si la Convention de Washington ait spécialement pour objet de résoudre les litiges sur les investissements, les parties disposent du privilège de choisir le droit applicable par les tribunaux CIRDI. Selon un auteur, « ...*la constitution du tribunal arbitral et l'applicabilité de la Convention ne relèvent pas de la Convention elle-même, mais du consentement des deux parties au litige* »⁸²⁶. Comme l'a fait observer un certain auteur, la Convention de Washington apparaît plutôt comme un cadre juridique pouvant être choisi par les parties d'un rapport mixte, que comme un instrument organique créateur du tribunal⁸²⁷. D'ailleurs, le rattachement du CIRDI au droit international général n'a été ni l'objet, ni le but de la Convention de Washington⁸²⁸. Celle-ci, au contraire, a voulu mettre en place un mécanisme de règlement des différends qui soit non seulement autonome des droits étatiques, mais qui puisse également prévenir la transformation de ces différends « privés » - selon les termes du préambule – en différends interétatiques⁸²⁹. En ce sens, la Convention dispose en son article 27 : « *Aucun État contractant n'accorde la protection diplomatique ou ne formule de revendication internationale au sujet d'un différend que l'un de ses ressortissants et un autre État contractant ont consenti à soumettre ou ont soumis à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention, sauf si l'autre État contractant ne se conforme pas à la sentence rendue à l'occasion du différend* ». Il faut noter à partir de ce constat que le mécanisme d'arbitrage CIRDI accorde plus de libertés que, par exemple, celui de la CNUDCI ou de la Chambre de Commerce Internationale (CCI). Dans ces deux derniers, les parties aux différends n'ont que la possibilité de choisir, comme droit applicable, entre le droit interne et le droit international⁸³⁰.

De ce qui précède, il ne fait aucun doute que dans l'arbitrage CIRDI, les parties aux différends disposent de la liberté d'y choisir le droit applicable. Seulement, la question à laquelle faudrait-il se pencher c'est à partir de quel moment les parties à l'arbitrage choisissent le droit applicable ? Répondre à une telle question exigerait de consulter l'instrument juridique

⁸²⁶ D. BENTOLILA, « Quelques réflexions sur le statut des tribunaux arbitraux fondés sur des traités en matière d'investissement », in *Le droit des rapports internationaux économiques et privés*, J.-M. JACQUET (dir), LexisNexis, 2013, pp. 3-29, p. 12.

⁸²⁷ M. MOHEBI, « The International Law Character of the Iran-United States Claims Tribunal », *Kluwer Law International*, 1999, p. 53, cité par D. BENTOLILA, « Quelques réflexions sur le statut des tribunaux arbitraux fondés sur des traités en matière d'investissement », in *Le droit des rapports internationaux économiques et privés*, J.-M. JACQUET (dir.), *op.cit.*, p. 12.

⁸²⁸ D. BENTOLILA, « Quelques réflexions sur le statut des tribunaux arbitraux fondés sur des traités en matière d'investissement », in *Le droit des rapports internationaux économiques et privés*, *op.cit.*, p. 12.

⁸²⁹ J. VERHOEVEN, « A propos de la fonction de juger en droit international public », in *Fonction de juger et pouvoir judiciaire*, P. GERARD et M. VAN DE KERCHOVE, Bruxelles, *Facultés universitaires de Saint-Louis*, 1983, p. 451.

⁸³⁰ I.F. SHIHATA et R. PARRA, « Applicable Substantive Law in Dispute Between States and Private Foreign Parties : The Case of Arbitration under the ICSID Convention », *9 ICSID Rev. FILJ* 1994, pp. 189.

scellant les relations entre l'État et l'investisseur. De manière générale, deux instruments peuvent contenir les relations juridiques entre ces derniers : c'est le contrat (*contract claims*) liant directement l'investisseur à l'État, ou le traité (*treaty claims*) comportant des engagements réciproques de l'État d'accueil et de l'État d'origine de l'investisseur pour la protection de leurs ressortissants établis sur leurs territoires respectifs.

Dans le premier cas, c'est-à-dire dans le contrat, le choix fait par les parties sur le droit applicable à leurs éventuels litiges n'est pas difficile à déterminer. Selon un auteur, « *L'existence d'un choix exprès des parties quant au droit applicable est une donnée facile à vérifier si l'investisseur et l'État hôte ont formalisé leur relation juridique dans un contrat...* »⁸³¹. En effet, dans leurs relations contractuelles, les parties prévoient toujours leur mode de résolution des différends nés de celles-ci, et en même temps le droit qui y sera applicable. La clause compromissoire contenue dans leur contrat d'investissement renvoie soit au droit de l'État d'accueil, soit à un tribunal arbitral international, ou bien même à un arbitrage ad hoc⁸³² pour le règlement des différends contractuels. Il faut aussi ajouter que, dans ces contrats, les parties choisissent de manière tacite et concomitante le droit applicable à leur litige, à travers la clause compromissoire. Il faut noter que cette possibilité pour les parties de choisir le droit applicable conformément à l'article 42(1) de la Convention de Washington précité, peut les amener à choisir le droit interne de l'État d'accueil. Selon certains auteurs, dans ce cas, « *l'on ne se trouve pas en présence d'un contrat d'État mais un contrat de droit interne pour lequel les parties contractantes ont accepté l'arbitrage CIRDI pour régler leurs litiges, comme elles auraient pu accepter un autre mécanisme d'arbitrage...* »⁸³³. Il en est ainsi dans l'affaire *Soabi c. Sénégal*, où les deux parties au litige ont considéré que le contrat devait être régi par le droit administratif sénégalais⁸³⁴. Il est même arrivé que le droit du pays d'origine de

⁸³¹ S. MANCIAUX, « Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États, trente année d'activités du CIRDI », *op.cit.*, p.275.

⁸³² Dans l'arbitrage ad hoc, les parties ont la possibilité de ne faire appel à aucune institution préexistante. Il s'agit d'une hypothèse dans laquelle leur liberté est la plus grande, et elles peuvent être amenées jusqu'à rédiger elles-mêmes un règlement de procédure qui leur sera propre et qui ne sera applicable que pour le cas d'espèce. Au demeurant, l'établissement d'un ensemble de règles applicables seulement pour un différend donné, n'est pas pratique, voire efficace. Si un corps de règles qui peuvent être applicables à tout litige préexistent déjà, le fait d'y référer pour résoudre leur différend, constituerait un gain de temps considérable pour les parties. En ce sens, v. A. DE NANTEUIL, « Droit international de l'investissement » 2^{ème} éd., *op.cit.*, p. 225.

⁸³³ Ch. LEBEN, « Retour sur la notion de contrat d'État et sur le droit applicable à celui-ci », in *L'évolution du droit international*, Hubert. THIEERY, Pédone, 1998, p. 258.

⁸³⁴ Affaire CIRDI, *SOABI c. État du Sénégal*, n° ARB/82/1, décision sur la compétence du 19juillet 1984. En ce sens v. E. GAILLARD, « Chronique » *Clunet* 1990, pp. 193-218 et ICSID Report, vol. II, pp. 190-336. v. aussi Ch. LEBEN, « Retour sur la notion de contrat d'État et sur le droit applicable à celui-ci », in *L'évolution du droit international*, *op.cit.*, p. 258. V. également I.F.I. SHIHATA et R. PARRA, « Applicable substantive law in disputes

l'investisseur soit choisi comme droit applicable au contrat, c'était le cas dans l'affaire *Colt industries c. Gouvernement de la République de Corée* (RB/84/2)⁸³⁵.

En ce qui concerne le second instrument qui est le traité, la situation est différente. C'est le moment, d'ailleurs, de rappeler la spécificité de l'arbitrage basé sur les traités d'investissements. En effet, dans ces derniers, comme l'a bien fait remarquer un auteur, « ...l'État donne consentement à l'arbitrage, de façon générale et préalable, pour une catégorie de personnes et une catégorie de différends dans une clause du traité, alors que l'investisseur donne son consentement au moment de saisir le tribunal par rapport à un différend concret et spécifique »⁸³⁶. Il arrive, souvent, qu'en donnant leur consentement à l'arbitrage dans un traité, les États parties y prévoient le droit applicable aux éventuels litiges entre l'un d'eux et un investisseur ressortissant de l'autre. Tel est le cas du TBI renvoyant à la compétence du CIRDI dans l'affaire *A. Goetz c. Burundi* qui stipulait en son article 8(5) :

« L'organisme d'arbitrage statue sur la base :

- Du droit national de la partie contractante partie au litige, sur le territoire de laquelle l'investissement est situé, y compris les règles relatives aux conflits de lois ;
- Des dispositions de la présente Convention ;
- Des termes de l'engagement particulier qui serait intervenu au sujet de l'investissement ;
- Des règles et principes de droit international généralement admis »⁸³⁷.

Dans cette hypothèse, il faut dire que si l'investisseur donne son consentement à l'arbitrage en introduisant sa requête devant le tribunal CIRDI, il accepte, en même temps, le

between states and private foreign parties : The Case of Arbitration under the ICSID Convention », *op.cit.*, p. 189. En effet, ces derniers remarquaient que dans l'affaire *KLöckner*, c'est l'État camerounais qui avait réclamé, lors du premier jugement en 1983, que les arbitres ne prennent pas uniquement en considération son droit et note : « Although the argument failed in the case, it suggests that the reference to international law in the second sentence of the first paragraph of Article 42 of the ICSID Convention, although originally conceived to protect the interests of investors may equally serve the interests of host States »

⁸³⁵ Ch. LEBEN, « Retour sur la notion de contrat d'État et sur le droit applicable à celui-ci », in *L'évolution du droit international*, *op.cit.*, p. 258.

⁸³⁶ D. BENTOLILA, « Quelques réflexions sur le statut des tribunaux arbitraux fondés sur des traités en matière d'investissement », in *Le droit des rapports internationaux économiques et privés*, *op.cit.*, p. 6.

⁸³⁷ Il faut noter que des clauses désignant le droit à appliquer par les arbitres existent dans de nombreux traités bilatéraux (cf. C. SCHREUER, « Commentary on the ICSID Convention : Article 42 », 12 *ICSID Rev. -FILJ* 1997, pp. 434 ; il en est ainsi du TBI conclu entre l'Algérie et la France en 1993 ; de même que l'article 1131 de l'ALENA qui est libellé ainsi : « Un tribunal institué en vertu de la présente section tranchera les points en litige conformément au présent accord et aux règles de droit international » ; l'article relatif au droit applicable du traité sur la Charte de l'énergie est similaire.), cité par S. MANCIAUX, « Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États, trente années d'activités du CIRDI », *op.cit.*, p. 272 et p. 276. v. aussi pour ce sujet, Ch. LEBEN, « Retour sur la notion de contrat d'État et sur le droit applicable à celui-ci », in *L'évolution du droit international*, *op.cit.*, pp. 270-271.

droit qui y est appliqué par les arbitres. Ce qui fait dire à Sébastien Manciaux que : « *La saisine du CIRDI par l'investisseur emporte à la fois consentement à l'arbitrage et accord sur les règles de droit applicables proposées par l'État hôte* »⁸³⁸. Ce même auteur poursuit en estimant qu'il en va de même si la clause de règlement des différends insérée dans une loi ou un traité ne prévoit le recours au CIRDI que pour trancher les litiges nés de l'application de ladite loi ou dudit traité. Selon lui, « *une telle clause a un double effet puisqu'elle limite la compétence du CIRDI et emporte choix du droit applicable : un tribunal arbitral saisi sur le fondement de cette clause ne pourra juger le comportement des parties qu'au regard du texte indiqué* »⁸³⁹.

Il est maintenant incontestable que les parties à l'arbitrage CIRDI disposent du pouvoir d'indiquer aux arbitres le droit applicable à leur litige. Ce pouvoir, elles le tirent de la nature conventionnelle de l'arbitrage, d'une manière générale, et de l'arbitrage CIRDI, en particulier. Mais encore, ce pouvoir, elles l'exercent aussi bien dans le contrat qui lie l'État à l'investisseur étranger (*contract claims*), que dans le traité auquel l'État d'origine et l'État d'accueil de l'investisseur sont parties (*treaty claims*). Seulement, dans ce dernier cas, l'on a remarqué que le pouvoir de choix du droit applicable par l'investisseur, est faible, ou mieux, indirect. Indirect, car c'est l'introduction de sa requête devant le CIRDI qui a été interprétée comme l'acceptation par l'investisseur du droit applicable proposé par l'État hôte⁸⁴⁰. Cependant, ce pouvoir des parties à l'arbitrage, comme tout pouvoir, connaît des limites, limites qui ont été posées par la Convention même, et qui, en même temps, démontrent l'incontournable place du droit international dans le droit applicable à l'arbitrage CIRDI.

B : L'incontournable place du droit international dans le droit applicable à l'arbitrage CIRDI

La présence de la notion « droit international » dans l'intitulé de la matière consacrée à la réglementation de l'investissement étranger ne relève pas du hasard. En tout cas, dans

⁸³⁸ S. MANCIAUX, « Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États, trente année d'activités du CIRDI », *op.cit.*, p. 276.

⁸³⁹ *Idem.*, p. 276.

⁸⁴⁰ En ce sens, un auteur comme Sébastien Manciaux faisait remarquer : « ... *On ne voit pas comment l'investisseur en acceptant l'offre de l'État de soumettre les différends relatifs aux investissements à l'arbitrage CIRDI pourrait refuser le choix des règles de droit à appliquer contenu dans cette même offre* ». L'auteur ajoute : « *souvent contenues dans le même article, l'acceptation de l'arbitrage et la désignation des règles de droit à appliquer par les arbitres constituent en effet selon nous une offre unique que l'investisseur ne peut accepter que globalement* », in S. MANCIAUX, « Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États, trente année d'activités du CIRDI », *op.cit.*, p. 276.

l'arbitrage CIRDI plus précisément, elle y occupe une place de choix. En d'autres termes, malgré le caractère conventionnel de l'instauration d'une justice arbitrale – contrairement à celle de la justice étatique –, l'on a constaté que le droit international est toujours applicable dans l'arbitrage CIRDI, quel qu'en soit le choix des parties au litige. Plus explicitement, dans le cadre d'une opération d'investissement, il peut arriver que l'opérateur étranger et l'État d'accueil choisissent la loi interne de ce dernier, comme droit applicable à l'arbitrage du centre. Dans un pareil cas, il a été constaté que les arbitres trouvent, tout de même, des occasions d'appliquer le droit international à la résolution du litige. Mais encore, il peut encore arriver que les parties ne précisent pas communément le droit applicable à leurs éventuels contentieux. Dans pareille situation, le droit international se trouve également à être appliqué, même si, ce sera en conjonction avec le droit interne de l'État d'accueil de l'investissement.

Globalement, c'est, à la fois, l'article 42 (1) de la Convention et la jurisprudence qu'il faut consulter pour se rendre compte de la place irrévocable du droit international dans le droit applicable dans ladite Convention. Pour rappel, pour le premier sa disposition est la suivante : « *Le Tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties. Faute d'accord entre les parties, le Tribunal applique le droit de l'État contractant partie au différend – y compris les règles relatives aux conflits de loi – ainsi que les principes de droit international en la matière* ».

A l'analyse, il est sans conteste que la seconde phrase de l'article fait mention, à côté du droit de l'État contractant partie au différend – *y compris les règles relatives aux conflits de lois*⁸⁴¹ - de l'application du droit international à l'absence de choix des parties. Par contre, en ce qui concerne la première phrase du même article, rappelant la liberté des parties de choisir le droit applicable à leur litige, il n'est pas exigé l'application du droit international. Et pourtant,

⁸⁴¹ En ce qui concerne la référence aux règles relatives aux conflits de lois dans l'article 42(1) de la Convention, il faut admettre qu'elle ne joue pratiquement aucun rôle, ni en doctrine, ni en jurisprudence, en droit des investissements. En ce sens, v. S. MANCIAUX, « Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États, trente années d'activités du CIRDI », *op.cit.*, p. 293-295. L'auteur considère que : « ...la référence aux règles de conflit de l'État d'accueil n'ayant pas fait recette ». Il signale que sur l'ensemble des tribunaux CIRDI ayant appliqué l'article 42(1) seconde phrase, seuls deux s'y ont référés, le premier c'était pour l'exclure et le second pour l'appliquer d'une façon peu conforme aux canons du droit international privé. Il s'agit respectivement des affaires *Klöckner c. Cameroun* (ARB/81/2) et *Amco Asia c. Indonésie* (ARB/81/1), pour les détails de ces décisions, voir la même référence. Un autre auteur a également fait remarquer l'inutilité de la référence aux règles relatives aux conflits de lois, en considérant : « *Si on laisse de côté la référence aux règles de conflits de lois qui jusqu'à maintenant n'a joué pratiquement aucun rôle et qui est sans doute une "butte témoin" d'un ancien dictum de la CPJI, le problème qui a été le plus discuté est celui des modalités de combinaison du droit national et des "principes de droit international en la matière"* », v. Ch. LEBEN, « Retour sur la notion de contrat d'État et le droit applicable à celui-ci », in *L'évolution du droit international*, Mél. Hubert THIERRY, Pédone, 1998, p. 259.

dans la pratique, il arrive que les tribunaux arbitraux appliquent celui-ci, malgré le choix d'un autre droit des parties.

En d'autres termes, il arrive souvent que les tribunaux CIRDI appliquent, de manière officieuse, au litige, le droit international, même si les parties ont entendu l'exclure au sens de la première phrase de l'article 42(1) (1). Or, conformément à la seconde phrase de cet article, ils ne peuvent librement et officiellement appliquer le droit international au litige qu'en cas d'absence de choix des parties (2).

1 : L'application officieuse du droit international, comme droit applicable au litige, par les tribunaux CIRDI

Dans un premier temps, il faut relever que certains auteurs ont considéré qu'« *une juridiction internationale applique le droit international... Si elle statue à partir du droit interne (sauf l'hypothèse où la référence à des règles de droit interne s'explique pour démontrer l'existence d'un principe général du droit), elle n'est pas une juridiction internationale* »⁸⁴². Une telle affirmation a été battue en brèche par d'autres auteurs qui estiment « *qu'il est impossible de refuser le caractère international à un tribunal pour la seule raison qu'il met en œuvre certaines règles du droit interne* »⁸⁴³. Pour sa part, le professeur Leben soutient que « *l'on peut remarquer, en sens inverse, que le fait pour des tribunaux internes d'appliquer du droit international, pratique tout à fait courante, n'en fait nullement des juridictions internationales* »⁸⁴⁴.

Ces deux positions contradictoires sur les caractères d'une juridiction internationale, ou du moins, sur le droit applicable dans celle-ci, démontrent, d'une manière très générale, que ce n'est pas exclusivement au niveau du CIRDI que se pose le problème de la primauté du droit international sur le droit interne. Seulement, dans le cadre de la Convention de Washington, le problème est ailleurs.

⁸⁴² CARA (J.Y), et PHILIP (Chr.) « Nature et évolution de la juridiction internationale », in *La juridiction internationale permanente*, S.F.D.I. Lyon, 1987, *Pédone*, pp. 2-43.

⁸⁴³ L. CAVARE, « La notion de juridiction internationale », *A.F.D.I.*, 1956, p. 507. Le professeur Cavaré prend l'exemple de la Cour de justice de la CECA qui « lorsqu'elle statue sur le recours pour excès de pouvoir fonctionne comme un Tribunal administratif, mais toujours comme une Cour de Justice internationale. Il fait remarquer que le rôle de juridiction administrative qu'elle remplit ne change rien à sa nature », cf. p. 507.

⁸⁴⁴ Ch. LEBEN, « Quelques réflexions théoriques à propos des contrats d'État », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle: A propos de 30 ans de recherche du CREDIMI*, Ph. KAHN (dir.), *Litec-CREDIMI*, 2000, p. 147. Selon l'auteur, le problème se pose différemment en droit communautaire, où pour une meilleure compréhension, il nous renvoie à A. BARAV, « La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire », in *L'Europe et le droit*, Mél. J. BOULOUIS (dir.), *Dalloz*, 1991, pp. 1-20.

En effet, aux termes de la première phrase de son article 42(1), - « *Le Tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties* » - les parties, disposant de la liberté de choix du droit applicable, peuvent bien choisir le droit national. Ce qui signifie, plus clairement, qu'elles écartent le droit international comme droit applicable à leur litige. Pourtant, et paradoxalement, il arrive que celui-ci soit appliqué par les tribunaux CIRDI, comme droit applicable, même si les parties avaient exprimé leur choix sur le droit national.

En vérité, il faut reconnaître, tout de même, que le CIRDI ne peut, sciemment, aller en l'encontre de la volonté des deux parties par rapport à leur clause du droit applicable contenue, soit dans le contrat, soit dans le traité. Une méconnaissance, par les arbitres, du droit choisi par les parties peut constituer un excès de pouvoir justifiant l'annulation de leur décision. Tel a été le cas dans l'affaire *MINE c. Guinée* (ARB/841/1), où un comité *ad hoc* du 22 décembre 1989 avait annulé la sentence du 6 janvier 1988 du tribunal qui avait statué sur le contentieux. En effet, le comité a commencé par rappeler l'importance de la première phrase de l'article 42(1), qui, selon lui, signifie deux choses : « *D'une part, elle donne aux parties au différend une liberté illimitée de s'accorder sur la loi applicable au fond du litige et, d'autre part, elle impose au tribunal de respecter la volonté des parties et d'appliquer ces règles* ». Ensuite, plus loin, ledit comité précise : « *...Dès lors, la méconnaissance par un Tribunal des règles de droit convenues par les parties constituerait une violation de la mission confiée au Tribunal. Des exemples de telles violations incluent l'application de règles de droit autres que celles que les parties ont choisies ou le fait de ne se référer à aucune loi, à moins que les parties ne soient convenues que le Tribunal statuerait ex aequo et bono. Si cette méconnaissance est manifeste, elle peut constituer un excès de pouvoir manifeste* »⁸⁴⁵.

Dès lors, s'il arrive donc que les tribunaux arbitraux appliquent une règle de droit autre que celle choisie par les parties, c'est parce que véritablement, l'expression de ce choix n'a pas été une des plus claires. Plus explicitement, dans bien des cas, soit, les parties expriment de façon ambiguë ou maladroite leur choix, soit, elles se réfèrent à plusieurs lois nationales de l'État d'accueil. Or, comme l'a bien fait remarquer Sébastien Manciaux : « *...la frontière est étroite entre une volonté mal exprimée et l'absence de volonté ; rechercher un accord tacite risque alors de déboucher sur des interprétations hasardeuses. La pratique du Cirdi illustre les dangers suscités par la recherche par les arbitres de la volonté non explicite des parties en la matière* »⁸⁴⁶. Deux cas d'espèces peuvent servir d'exemples à cette pratique déroutante de

⁸⁴⁵ E. GAILLARD, « Chronique des sentences arbitrales », *J.D.I.*, 1991, n° 1, 166-172.

⁸⁴⁶ S. MANCIAUX, « Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États, trente années d'activités du CIRDI », *op.cit.*, p. 278.

l'imprécision du choix des parties au droit applicable à leur litige : il s'agit des affaires *Letco c. Liberia* (ARB/83/2) et *Spp c. Egypte* (ARB/84/3). Ainsi, dans le premier cas, le contrat stipulait dans la partie introductive qu'il était conclu « *sous l'empire du droit général des affaires, titre 15 du code libérien des lois de 1956* »⁸⁴⁷. Quant à l'affaire *Spp c. Egypte*, l'Accord-cadre ne contenait aucune clause de droit applicable. C'est seulement son préambule qui stipulait qu'il était conclu en conformité avec diverses lois égyptiennes, notamment la loi n°43 de 1974 sur les investissements qui disposait dans l'un de ses articles que : « *les questions non traitées par cette loi sont sujettes aux lois et règlements en vigueur* ».

A vrai dire, de telles dispositions sont très générales pour justifier la volonté des parties de les adopter comme droit applicable aux litiges qui pourront éventuellement naître de l'opération d'investissement. Si, dans les deux cas précités, les dispositions se référant à une compilation de certaines lois des États hôtes constituaient le fondement de la validité des contrats, rien n'indique précisément que les parties les avaient choisies comme droit applicable. Pour preuve, dans l'affaire *MINE c. Guinée*, les parties avaient, à travers des dispositions séparées, indiqué la loi sous l'empire de laquelle elles ont conclu le contrat, d'une part, et d'autre part, le droit applicable à celui-ci⁸⁴⁸.

Il faut juste retenir que lorsque le choix des parties n'est pas explicite, les tribunaux arbitraux appliquent le droit international, ou du moins, le droit de l'État d'accueil en conformité avec le droit international. Il en était exactement ainsi dans l'affaire *Lecto c. Libéria* où, le tribunal commença à indiquer tout d'abord « *qu'en l'espèce, le contrat de concession dispose qu'il est établi en conformité avec le droit libérien, ce qui semble traduire l'accord des parties de se soumettre à ce droit. En l'absence même de choix exprès du droit libérien, celui-ci s'appliquerait en vertu de l'article 42 de la Convention de Washington, la seule question étant de savoir s'il s'applique seul, en tant que droit choisi par les parties, ou avec les principes du droit international* »⁸⁴⁹. Seulement, plus loin, les arbitres font observer en effet que dans le

⁸⁴⁷ Affaire CIRDI, *Letco c. Egypte* n° ARB/83/2, sentence du 31 mars 1986, §II.2.

⁸⁴⁸ En effet, le premier alinéa de l'article XIII de l'accord conclu entre MINE et Gouvernement de la République de Guinée disposait : « La loi de la présente convention sera la loi de la République de Guinée en vigueur à la date de la signature, sous réserve des dispositions du présent Article XIII », et dans le deuxième alinéa, les parties reconnaissaient que les dispositions de leur accord « sont conformes aux Lois et Règlements, et à l'ordre public de la République de Guinée ou y dérogent intentionnellement pour le présent et le futur », cité par S. MANCIAUX, « Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États, trente années d'activités du CIRDI », *op.cit.*, p. 279.

⁸⁴⁹ E. GAILLARD, « Chronique des sentences arbitrales », *J.D.I.*, 1988, n° 1, pp. 169-170.

sens de l'article 42 : « *La loi de l'État contractant est reconnue comme étant fondamentale sur son propre territoire, mais n'en est pas moins soumise au contrôle du droit international* »⁸⁵⁰.

De ce qui précède, l'on peut déduire que l'application du droit international comme droit applicable au contrat, malgré le choix d'un droit autre des parties – que ce choix soit clair ou obscur – pourrait être interprétée comme officieuse. Officieuse, parce que la Convention de Washington n'a pas prévu l'application du droit international lorsque le droit choisi par les parties est obscur, ou imprécis. Dans pareilles circonstances, les arbitres s'obligent de trouver des poutresses, voire des contournements aux difficultés des références textuelles du droit adopté par les parties pour statuer. Car, comme le précise l'article 42(2) de la Convention : « *Le Tribunal ne peut refuser de juger sous prétexte du silence ou de l'obscurité du droit* »⁸⁵¹. En somme, voilà ce que l'on peut entendre par application officieuse du droit international, comme droit applicable au litige par les tribunaux CIRDI.

Malgré tout, il faut dire que la Convention de Washington a officiellement prévu des cas d'application du droit international au litige. C'est ce qu'il convient d'exposer.

2 : L'application officielle du droit international comme droit applicable au litige, par les tribunaux CIRDI

D'après Gérard Cornu, ce qui est officiel c'est ce « *Qui revêt une forme publique et en général solennelle, sous l'impulsion ou au moins sous l'égide de l'autorité publique* »⁸⁵². En termes plus clairs, ce qui est officiel a un caractère légal⁸⁵³. Cela peut être, par exemple, un texte qui a été conventionnellement et solennellement reconnu ; un accord contenant des dispositions validées par les parties. Cela peut être également des compétences énumératives et explicitement attribuées à certaines personnes en charge d'une mission.

C'est à ce juste titre que les arbitres CIRDI, doivent, conformément à la Convention de Washington, appliquer le droit choisi par les parties au litige. Mais, en même temps, cet

⁸⁵⁰ *Idem.*, p. 170.

⁸⁵¹ L'intégralité de l'article 42 de la Convention de Washington est stipulée ainsi :

« (1) *Le Tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties. Faute d'accord entre les parties, le Tribunal applique le droit de l'État contractant partie au différend – y compris les règles relatives aux conflits de lois – ainsi que les principes de droit international en la matière.*

(2) *Le Tribunal ne peut refuser de juger sous prétexte du silence ou de l'obscurité du droit.*

(3) *Les dispositions des alinéas précédents ne portent pas atteinte à la faculté pour le Tribunal, si les parties en sont d'accord, de statuer ex aequo et bono ».*

⁸⁵² G. CORNU, « Vocabulaire juridique », 11 éd., P.U.F., 2016.

⁸⁵³ Dictionnaire Petit Larousse 2010.

instrument multilatéral les donne compétence, en l'absence de choix des parties, d'appliquer le droit international au différend, même si c'est en concomitance avec le droit de l'État d'accueil de l'investissement. Ce qui veut donc dire que le droit international peut être, de manière officielle – parce que prévu par la Convention – appliqué dans l'arbitrage CIRDI. Le fondement textuel d'une telle attribution se trouve à la deuxième phrase de l'article 42(1) de la Convention CIRDI qui est ainsi stipulée : « *Faute d'accord entre les parties, le Tribunal applique le droit de l'État contractant partie au différend – y compris les règles relatives aux conflits de lois – ainsi que les principes de droit international en la matière* ».

Ici, en revanche, il faut mettre en exergue le fait que le droit international n'est pas seul appliqué au litige. Bien au contraire, conformément à la Convention c'est le droit de l'État d'accueil ainsi que le droit international qui seront conjointement appliqués par les arbitres. Au demeurant, si l'on doit procéder à une combinaison de ces deux ordres juridiques dans le droit applicable au litige, c'est parce que, soit ils ne peuvent individuellement résoudre le différend, soit l'un s'applique en conformité sur l'autre. Cette seconde hypothèse semble plus répondre à cette symbiose. Entre le droit interne et le droit international, il est presque devenu incontestable que le second prime sur le premier. La doctrine ainsi que la jurisprudence - même en droit des investissements - corroborent cette affirmation. En ce sens, un auteur a fait remarquer que : « *Les principes du droit international ont été considérés par les arbitres comme jouant tantôt un rôle complémentaire et/ou correctif par rapport au droit national... tantôt un rôle principal, le droit national devant toujours être confronté aux réquisits du droit international (sentence du 31mai 1990)* »⁸⁵⁴. Plus loin dans le même écrit, l'auteur, en analysant la particularité des contrats d'État, rajoute que pour ces contrats, « *les règles du droit national ne s'appliquent que sous réserve de leur conformité avec les principes du droit international des investissements tels qu'ils seront reconnus par les arbitres CIRDI* »⁸⁵⁵.

Toujours dans la même perspective de la consécration de la primauté du droit international sur le droit national dans le droit applicable à l'arbitrage CIRDI, le Secrétaire de ce Centre, I. Shihata indique que les travaux préparatoires montrent que la seconde phrase de l'article 42 (1) a été introduite pour autoriser les arbitres à écarter le droit national applicable dans le cas où une action de l'État d'accueil, en vertu de ce droit, irait à l'encontre du droit

⁸⁵⁴ Ch. LEBEN, « Retour sur la notion de contrat d'État et sur le droit applicable à celui-ci », in *L'évolution du droit international, op.cit.*, p. 259.

⁸⁵⁵ *Idem.*, p. 259.

international⁸⁵⁶. Il est, dès lors, possible d'admettre que la deuxième phrase de l'article 42 (1) implique qu'en toute hypothèse le droit national d'un État ne pouvait être appliqué que sous réserve de sa conformité avec le droit international public⁸⁵⁷. En d'autres termes, l'engagement de l'État vis-à-vis de l'investisseur est régi, en dernière instance, par le droit international public. Le dictum du deuxième tribunal arbitral dans l'affaire *Amco Asia c/ Indonésie* (ARB/81/1, sentence du 31 mai 1990) pourrait être reproduit :

« *L'article 42 (1) se réfère à l'application du droit de l'État d'accueil et du droit international. S'il n'existe aucune disposition pertinente du droit de l'État d'accueil sur une question, il convient de rechercher les dispositions pertinentes du droit international. S'il existe des dispositions applicables du droit de l'État d'accueil, elles doivent être appréciées au regard du droit international qui prévaut en cas de conflit. Ainsi, le droit international est pleinement applicable et qualifier son rôle de "seulement complémentaire et correctif" est une distinction vaine. En toute hypothèse, le Tribunal estime que sa tâche est d'apprécier toute prétention juridique dans cette affaire d'abord au regard du droit indonésien et ensuite au regard du droit international* »⁸⁵⁸.

D'ailleurs, dans l'affaire *Letco c. Libéria*, les arbitres ont décidé d'appliquer le droit de l'État d'accueil car il est conforme au droit international. Selon Charles Leben, cette démarche des arbitres, dans cette espèce, doit conduire à considérer le contrat comme régi par le droit international, les règles du droit national, ayant été au préalable reçues et approuvées par celui-ci⁸⁵⁹. Les arbitres, dans l'affaire *SPP c. Egypte*, ont adopté une démarche plus extrême. Ils énoncent dans un premier temps que :

« *Même si l'on devait accepter la position de la défenderesse selon laquelle les parties se sont implicitement accordées sur l'application du droit égyptien, un tel accord ne pourrait*

⁸⁵⁶ I. F. I. SHIHATA et R. PARRA, « Applicable Substantive Law in Disputes Between States and Private Foreign Parties : The Case of Arbitration under the ICSID Convention », *op.cit.*, p. 392. Les auteurs considèrent que la relation entre le droit de l'État et le droit international est la suivante : « *The tribunal will first look at the law of the host State and that law will in the first instance be applied to the merits of the dispute. Then the result will be tested against international law. That process will not involve the confirmation or denial of the validity of the host State's law, but may result in not applying it where that law, or action hierarchically superior to national law under article 42 (1)* ».

⁸⁵⁷ Ch. LEBEN, « Quelques réflexions théoriques à propos des contrats d'État », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle: A propos de 30 ans de recherche du CREDIMI*, *op.cit.*, p. 148.

⁸⁵⁸ E. GAILLARD, « Chronique des sentences arbitrales », *J.D.I.*, 1991, n°1, *op.cit.*, p. 176.

⁸⁵⁹ Ch. LEBEN, « Retour sur la notion de contrat d'État et sur le droit applicable à celui-ci », in *L'évolution du droit international*, *op.cit.*, p. 261. L'auteur fait, ici, allusion au débat sur la question du droit applicable dans les contrats d'État. En effet, il attire l'attention sur le fait qu'une telle démarche et déduction des arbitres dans l'affaire *Letco c. Libéria* devrait conduire à admettre que le contrat d'État est un contrat régi par le droit international, et épuiser le débat sur la question.

exclure l'application directe du droit international dans certaines situations. Le droit égyptien, comme tout système juridique, n'est ni complet ni exhaustif et, lorsqu'une lacune apparaît, on ne peut pas dire qu'il existe un accord sur l'application d'une règle de droit qui, par hypothèse, n'existe pas. Dans un tel cas, il convient d'observer qu'il y a "absence d'accord" et qu'en conséquence, la seconde phrase de l'article 42 (1) entre en jeu »⁸⁶⁰.

Mais, c'est dans quatre paragraphes plus loin, où ils précisent : « *Quand un système juridique interne contient une lacune ou quand le droit international est violé par la seule application du droit interne, le tribunal est tenu, en application de l'article 42 de la Convention de Washington, de faire directement application des règles et principes pertinents du droit international »⁸⁶¹.*

En tout état de cause, il serait difficilement concevable qu'une instance arbitrale créée par un traité international pour offrir aux investisseurs la garantie de la protection internationale de leurs biens, puisse appliquer les dispositions du droit interne manifestement contraire au droit international. Supposons, par exemple, qu'un contrat d'investissement est régi par le droit d'un État. Celui-ci, par la voie législative, exproprie l'investissement sans verser aucune indemnité comme le prévoit expressément la loi. La question sera de savoir si un tribunal CIRDI appelé à se prononcer sur le litige devrait-il entériner cette confiscation, car statuant sur la base de l'article 42 (1) de la Convention de Washington ? Une réponse affirmative à la question irait à l'encontre de l'objet véritable de celle-ci. La jurisprudence, tout comme la doctrine, se sont nettement opposées à une telle interprétation. Ainsi, dans la décision du 16 mai 1986 du comité ad hoc dans l'affaire *Amco Asia c. Indonésie* (ARB/81/1), le tribunal arbitral a fait ressortir le fait que « ... *l'État dont l'investisseur est le ressortissant ne peut exercer son droit de protection diplomatique tant que se déroule la procédure d'arbitrage CIRDI et même au-delà de celle-ci, à l'égard de l'État contractant qui se conforme à la sentence CIRDI [...] ne se justifie que dans l'hypothèse où la sentence entérinée n'enfreint pas la loi applicable et les principes de droit international »⁸⁶².*

Concrètement, cela revient à dire, même dans le cas de la première phrase de l'article 42 (1), le droit national doit faire l'objet d'un contrôle de conformité vis-à-vis du droit international. Paul Reuter, dans une de ses études, consacrée à l'article 42 de la Convention de

⁸⁶⁰ Sentence *SPP c. Egypte* du 20 mai 1992, § 80, *op.cit.*, cité par S. MANCIAUX, « Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États, trente années d'activités du CIRDI », *op.cit.*, p. 285.

⁸⁶¹ Sentence précitée.

⁸⁶² Ch. LEBEN, « Quelques réflexions théoriques à propos des contrats d'État », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle: A propos de 30 ans de recherche du CREDIMI*, *op.cit.*, p. 149.

Washington, écrivait : « *On voit donc – ce qui est logique s’agissant d’un tribunal international – que jamais le droit de l’État n’est appliqué à titre originaire et sans réserve ; ce qui prime c’est la volonté des parties, mais quand il y a renvoi, en vertu de la Convention de 1965 elle-même, au droit d’un État, l’État partie au différend, c’est toujours sous la réserve des principes du droit international* »⁸⁶³. L’auteur ajoute encore que l’accession à la Convention de Washington implique que les États ne font pas d’objection à ce que les règles du droit international viennent compléter, tempérer et au besoin corriger les règles de droit national.

En fin de compte, ce qu’il y a lieu de retenir dans le droit applicable à l’arbitrage CIRDI c’est que les parties y disposent de la liberté, ou, au mieux, du pouvoir de choisir, non seulement les arbitres, mais encore le droit que ces derniers devraient appliquer à leur litige. Seulement, il faut relever, en même temps, que le droit international occupe une place incontournable dans le droit applicable, quel que soit le choix des parties. Si celles-ci choisissent, par exemple, le droit national de l’État d’accueil, ce droit de l’État ne peut être appliqué au litige que s’il est conforme au droit international. D’autre part, en l’absence de choix des parties, les tribunaux CIRDI appliquent le droit de l’État contractant partie au différend... ainsi que les principes de droit international en la matière. En tout état de cause donc, le droit international est toujours appliqué dans l’arbitrage CIRDI. Mais, il a été aussi remarqué qu’avant d’introduire sa requête devant les tribunaux CIRDI, l’investisseur peut être amené à respecter certains préalables que sont la négociation préalable et la règle de l’épuisement des voies de recours internes.

⁸⁶³ P. REUTER, « L’extension du droit international aux dépens du droit national devant le juge international », in *Le juge et le droit public*, Mél. M. WALINE, L.G.D.J., 1974, p. 251. Ce texte a été repris par le même auteur dans P. REUTER, « Le développement de l’ordre juridique international. Ecrits de droit international », *Economica*, 1995, p. 609.

Conclusion du Chapitre 1 du titre 2

La soustraction du sort réservé aux opérateurs économiques étrangers aux juridictions de leurs États d'accueil nécessitait de trouver un autre système de résolution des litiges nés de l'opération d'investissement. C'est l'arbitrage international qui fût adopté. En droit des investissements, il est plus connu sous le nom d'arbitrage transnational unilatéral, qui oppose un investisseur à son État hôte.

Plusieurs centres d'arbitrage connaissent du contentieux en matière d'investissements, mais le plus actif, parce que regroupant le plus grand nombre d'États, demeure le CIRDI. L'originalité de celui-ci, dans le règlement des litiges en droit des investissements, se manifeste tant au niveau des fondements de sa compétence qu'au niveau de son système de règlement des différends.

Si, le CIRDI ne déroge pas au principe de l'arbitrage selon lequel, le consentement des parties fonde la compétence du tribunal, ce sont les modes d'expression de ce consentement qui révèlent certaines spécificités du centre. Dans ce système, en effet, non seulement le consentement des parties est différent, mais aussi dissocié. Si l'État ne peut donner son consentement qu'avant la survenance d'un litige, l'investisseur lui, dispose le privilège d'exprimer son consentement au moment de l'introduction de sa requête devant le tribunal arbitral. Par ailleurs, la liaison du litige avec un investissement constitue aussi une autre condition et spécificité à la compétence du centre pour connaître de tels contentieux.

Mais ce n'est pas tout, le système de règlement des différends du CIRDI est aussi révélateur de sa spécificité. Il est amplement reconnu que le droit applicable à l'arbitrage est celui dont les parties ont choisi. Ce principe sacro-saint de l'arbitrage est rappelé dans la Convention CIRDI. La pratique arbitrale de celle-ci révèle, en revanche, que c'est le droit international qui y occupe une place de choix comme droit applicable au litige. En effet, en l'absence de droit choisi par les parties, les tribunaux CIRDI appliquent le droit international. En outre, même si les parties choisissent un droit autre que le droit international, il arrive que les arbitres CIRDI trouvent à appliquer celui-ci dans le litige.

Cependant, l'arbitrage CIRDI dans les contentieux entre les investisseurs étrangers, s'établissant dans l'espace CEDEAO, et les États de cette organisation régionale constitue, sans nul doute un garant de la sécurisation des biens de ces opérateurs économiques. Mais, une analyse profonde de sa pratique dans cet espace communautaire pourrait conduire à remettre en cause son impartialité qui semble défavorable aux États de la CEDEAO. Pour dresser ce constat, il importe de se pencher sur le régime du contentieux relatif aux investissements dans le CIRDI.

Chapitre 2 : Le régime du contentieux relatif aux investissements

Le règlement des différends en droit des investissements, comme dans tous les contentieux juridiques, obéit à un régime juridique. Les tribunaux arbitraux ne dérogent pas à ce principe dans leur fonctionnement. L'investisseur doit être une victime d'une mesure étatique dans le cadre de son opération d'investissement. En d'autres termes, pour qu'il puisse saisir les tribunaux arbitraux, il faudrait qu'il établisse l'existence d'une atteinte à son droit de propriété par l'État. Ainsi donc, il semble important de procéder à l'identification des différentes atteintes que peuvent subir les investisseurs sur leur droit de propriété (**Section 1**) avant de présenter leurs modes de réparation dans l'arbitrage transnational (**Section 2**).

Section 1 : Les différentes atteintes au droit de propriété des investisseurs étrangers

L'investisseur, en s'installant dans un pays d'accueil, souhaite y développer son activité économique tout en y tirant profit. Mais, dans le déroulement de l'opération d'investissement, des actions compromettantes de l'État d'accueil à son bien, et de manière générale à ses attentes, peuvent se produire. Dans pareilles circonstances, l'investisseur peut considérer que l'État hôte - qui était censé lui assurer sécurité et protection à travers ses propres politiques de protection et de promotion des investissements – ait porté atteinte à son bien.

Généralement, en droit international des investissements, l'on distingue entre les atteintes directes (**Paragraphe 1**) et les atteintes indirectes (**Paragraphe 2**) des biens de l'investisseur.

Paragraphe 1 : Les atteintes directes au droit de propriété des investisseurs étrangers

Les atteintes directes peuvent s'entendre comme des mesures prises par l'État hôte ayant pour objet de déposséder l'investisseur de son bien. C'est une dépossession directe en ce sens que la mesure est essentiellement destinée à priver l'investisseur une partie ou la totalité de sa propriété.

La dépossession de la propriété de l'investisseur peut se manifester soit par l'expropriation (**A**), soit par la nationalisation (**B**).

A : L'expropriation ; une mesure réglementaire prise sous le contrôle du juge administratif

De prime abord, une remarque s'impose. L'expropriation n'est pas née avec le droit des investissements. Elle existait, bien avant, sous l'Ancien Régime⁸⁶⁴. En effet, bien que les auteurs à cette époque reconnussent que nul ne pouvait être forcé de vendre sa chose, contre son gré : "*nemo invitus, vendere, rem suam cogitem*"; les droits des propriétaires durent s'incliner devant la nécessité publique : les impératifs militaires, religieux, collectifs, et plus encore devant les prérogatives des titulaires de la Puissance publique⁸⁶⁵.

Par la suite, la pratique de l'expropriation a évolué avec les disciplines juridiques. C'est ainsi qu'elle a trouvé une place particulière en droit administratif des biens. En effet, pour se procurer les biens mobiliers ou immobiliers nécessaires au fonctionnement des services publics ou aux missions de police, les collectivités publiques... peuvent-elles, en cas de besoin, recourir à des procédés de contrainte ou cession forcée⁸⁶⁶. Plus précisément, en droit administratif français, comme l'a souligné des auteurs, « *l'expropriation est une mesure que prend l'autorité administrative, sous le contrôle du juge, afin de contraindre un assujetti à céder son bien à l'Administration, ou à telle personne privée que désigne l'Administration* »⁸⁶⁷.

I : L'expropriation : une exception à la limitation du pouvoir normatif de l'État par les TBI

Il peut être, aujourd'hui, permis d'affirmer que grâce aux règles contenues dans les TBI, le droit international des investissements se dessine comme un droit protecteur des opérateurs économiques privés désirant s'installer dans des pays étrangers pour y mener leurs activités. En effet, il s'agit d'une protection contre l'État hôte même de l'investissement ; protection contre des mesures que ce dernier pourrait être amené à prendre tout en portant atteinte aux biens de l'investisseur étranger. Un auteur l'a précisé en ces termes : « *Dans le contexte du droit de*

⁸⁶⁴ J. L. MESTRE, « Un droit administratif à la fin de l'Ancien Régime, le Contentieux des Communautés de Provence », *L.G.D.J.*, 1976, p. 297.

⁸⁶⁵ J. LEMASURIER, « Le droit de l'expropriation », 3^{ème} éd., *Economica*, 2005.

⁸⁶⁶ Y. GAUDEMET, « Droit administratif des biens », 14^{ème} éd., *L.G.D.J.*, 2011, p. 396. Seulement, il faut relever qu'en principe cette contrainte ou cession forcée ne constitue pas l'unique procédé d'acquisition d'un bien par l'administration. En effet, en cas de besoin d'un bien appartenant à un particulier, l'administration pourrait procéder par voie contractuelle et l'acheter.

⁸⁶⁷ D. CARREAU et P. JUILLARD, « Droit international économique », *op.cit.*, p. 547-548.

l'investissement... Les États ont cherché à imposer certaines limites au comportement discriminatoire des États hôtes, notamment par le biais d'accord bilatéraux et régionaux sur l'investissement »⁸⁶⁸. L'État, dans ces traités, s'engage à respecter et à donner plein effet certains standards, sous peine de voir sa responsabilité engagée. En ce sens Philippe Kahn écrivait : « *On peut admettre, malgré quelques divergences et des difficultés d'appréciation concrète, qu'il existe maintenant des règles protectrices relevant du droit international qui constituent un plancher au-dessous duquel l'État ne peut prendre de mesures sans avoir à répondre de sa responsabilité* »⁸⁶⁹. Ainsi donc, l'on peut dire que ces TBI constituaient un répertoire d'obligations à la seule charge de l'État⁸⁷⁰.

Toutefois, si ce catalogue d'obligations comporte des clauses visant à réprimer les actes ou comportements discriminatoires de l'État hôte, une fait l'exception. Il s'agit de la clause de l'expropriation. Celle-ci se trouve pratiquement dans tous les TBI signés par les États de la CEDEAO. Ainsi, dans le traité Sénégal/ Pays-Bas, la clause de l'expropriation y est disposée comme suit :

*« Les ressortissants et sociétés d'une Partie Contractante ne pourront être expropriés, directement ou indirectement, de leurs investissements de capitaux sur le territoire de l'autre Partie Contractante que pour des raisons d'utilité publique, par une procédure légale, non discriminatoire, et contre une juste indemnisation. (...) »*⁸⁷¹.

Afin de mieux saisir la spécificité de la clause d'expropriation, il est utile de la comparer avec les autres clauses contenues dans traités. A vrai dire, l'expropriation est différente de ces autres standards contenus dans les traités. Si l'on prend les standards de traitement juste et équitable, la clause de la nation de la plus favorisée, le standard de la pleine et entière protection et sécurité, le standard du traitement national, c'est seulement dans les TBI qu'on les trouve généralement. Ces standards ont véritablement pour objet la réglementation des relations économiques internationales. Et plus particulièrement, en droit des investissements, ils

⁸⁶⁸ S. TABEL, « Application de l'obligation de traitement national et de traitement de la nation la plus favorisée dans la jurisprudence arbitrale en matière d'investissement: Nouveaux problèmes à la lumière de la jurisprudence de l'OMC », in *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux/ New Aspects of International Investment Law*, Ph. KAHN et Th. W. WÄLDE (dir.), *Académie de droit international de la Haye/ Hague Academy of International Law*, 2007, p. 353.

⁸⁶⁹ Ph. KAHN, « Les investissements internationaux, nouvelles données: un droit transnational de l'investissement », in *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux/ New Aspects of International Investment Law*, Ph. KAHN et Th. W. WÄLDE (dir.), *op.cit.*, p. 31.

⁸⁷⁰ F. HORCHANI, « Interview in Investment Treaty News mai 2009. – D. Vis-DUMBAR et S.-H. NIKIEMA, *Do Bilateral Investment Treaties Lead to More Foreign Investment ?*, en ligne sur <http://www.investmenttreatynews.org/content/archives.aspx>.

⁸⁷¹ TBI Sénégal-Pays-Bas, Article 4 paragraphe 2.

comportent des obligations de ne pas faire, imputées à l'État d'accueil. À travers ces standards, ce dernier devra s'abstenir de certains comportements : comportements discriminatoires, comportements injustes et équitables, comportements portant atteinte à la sécurité de l'investissement, comportements compromettant les attentes légitimes de l'investisseur. L'autorité étatique est dans l'obligation de se conformer à la conduite prescrite par ces clauses auxquelles elle s'est engagée à respecter dans le traité. Le constat par le juge ou l'arbitre de l'adoption par l'État d'un comportement contraire et préjudiciable conduit *ipso facto* l'engagement de la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite.

En revanche, la clause de l'expropriation se présente autrement. C'est un pouvoir inhérent de l'État au sens propre du terme⁸⁷². Une prérogative que détient l'autorité politique étatique, en cas de besoin, de déposséder une personne privée, même étrangère de son bien, en contrepartie d'une indemnité pour des raisons de nécessité publique. Cette prérogative trouve sa justification dans la mission de satisfaction d'intérêt général que s'est investie l'État sur son territoire. A ce titre, il est possible d'affirmer que même si les TBI ont essentiellement, voire, exclusivement, pour objet de protéger l'investisseur contre les mesures étatiques préjudiciables, l'État y conserve son pouvoir souverain d'exproprier ce dernier en toute « *légalité* »⁸⁷³. Selon un auteur « *Tout État qui accueille des investissements étrangers sur son territoire dispose du droit souverain d'exproprier, que ce soit directement en retirant le titre de propriété ou indirectement en détruisant l'intégrité matérielle ou l'utilité économique de l'investissement* »⁸⁷⁴. Ce maintien du droit d'exproprier dans les TBI ne fait plus aujourd'hui l'objet de contestations à telle enseigne que certains ont pu dire que : « *The general principle that a State may lawfully expropriate the property interests of a foreign non-State party located within its border is universally recognized* »⁸⁷⁵.

D'ailleurs, lorsque le différend est transmis au tribunal arbitral, la plainte de l'investisseur ne porte généralement pas sur le droit de l'État d'exproprier, mais plutôt sur l'existence ou le montant de l'indemnisation⁸⁷⁶. Aucun tribunal arbitral ne peut exiger d'un État qu'il retire une

⁸⁷² A DE NANTEUIL, « Droit international de l'investissement », 1^{ère} éd., *op.cit.*, p. 338.

⁸⁷³ En effet, il faut préciser qu'en soi, l'expropriation n'est pas illégale si elle est accompagnée d'une prompte et juste indemnité. C'est une procédure légale qu'utilise l'État dans l'appropriation des biens appartenant à des particuliers qui peuvent être soit des nationaux, soit des non-nationaux comme les investisseurs étrangers.

⁸⁷⁴ S. H. NIKIEMA, « Les "mesures" d'expropriation indirecte en droit international des investissements: les actes et omissions de l'État d'accueil », in *Le droit des rapports internationaux économiques et privés*, Jean-Michel JACQUET, *LexisNexis*, 2013, p. 237.

⁸⁷⁵ A. WESTBERG et B.-P. MARCHAIS, « General Principles Governing Foreign Investment as Articulated in Recent international Tribunal Awards and Writing of Publicists », *ICSID Rev. -FILJ*, 1992, vol. 7, p. 454.

⁸⁷⁶ S. H. NIKIEMA, « Les "mesures" d'expropriation indirecte en droit international des investissements: les actes et omissions de l'État d'accueil », in *Le droit des rapports internationaux économiques et privés*, *op.cit.*, p. 238.

mesure d'expropriation, même illicite. Il ne peut qu'émettre une décision ordonnant l'État d'indemniser l'investisseur.

Cependant, comme tout pouvoir discrétionnaire, le pouvoir de l'État d'exproprier est soumis à la légalité. En droit international des investissements, pour qu'il soit licite, l'acte d'exproprier - qui constitue une manifestation de souveraineté - doit obéir à un certain nombre de conditions.

2 : Les conditions de licéité de l'expropriation

C'est parce que l'expropriation constitue une atteinte aux droits de l'assujetti, elle ne peut intervenir que dans certaines conditions bien déterminées. Généralement, trois conditions peuvent être citées : il s'agit de l'existence d'un motif d'intérêt public, l'absence de discrimination, le versement d'une compensation financière.

L'action de l'État a, par principe, toujours pour fondement la satisfaction de l'intérêt général. Même lorsque celle-ci porte atteinte aux intérêts des individus, elle doit être guidée, en principe, par des motifs d'intérêt public. L'expropriation qui est une mesure défavorable à un assujetti ne déroge pas cette condition. Pouvoir intrinsèque de l'État, elle ne peut être employée pour porter atteinte aux droits patrimoniaux d'une personne privée que dans un but d'intérêt public⁸⁷⁷. Dire même qu'une mesure prise par l'État doit avoir un fondement d'intérêt public, relève tellement de l'évidence qu'il peut être considéré comme *une vérité banale*. Certains considèrent l'invocation de cette formule comme « un truisme », pour eux, « *il y a quelque chose de profondément tautologique à affirmer que telle ou telle action de l'État vise un but d'intérêt général* »⁸⁷⁸. Seulement, la notion « d'intérêt public » ou « d'intérêt général » ne doit pas être un « *fourre-tout* » de toutes les mesures étatiques défavorables. La simple invocation de la notion n'est pas suffisante pour justifier toutes mesures prises par l'État et défavorables à leurs destinataires.

Pour qu'elle soit licite en droit internationale, l'expropriation doit également être non-discriminatoire. En d'autres termes, la décision de l'État de procéder à l'expropriation de l'investisseur ne doit pas faire l'objet d'une discrimination au détriment de ce dernier. Seulement, ici, la question qui mérite d'être posée est celle de savoir : en prenant la décision d'exproprier ou de nationaliser telle entreprise étrangère, l'État peut-il commettre une

⁸⁷⁷ A DE NANTEUIL, « Droit international de l'investissement », 1^{ère} éd., *op.cit.*, p. 342.

⁸⁷⁸ *Idem.*, p. 342.

discrimination ? Il importe tout d'abord de rappeler que l'importance, voire, la place qu'occupe la discrimination dans le droit des investissements. Plus précisément, cette notion peut être considérée comme l'élément traversant la protection que le droit international offre aux investisseurs étrangers. Dans tous les cas où elle a été invoquée en droit des investissements, c'était pour exiger de l'État d'accueil d'instaurer un traitement similaire entre les investisseurs nationaux et étrangers qui se trouvaient dans des situations identiques ; donc, à situation identique doit correspondre un traitement similaire. Ce qui veut dire lorsque l'on invoque le standard de non-discrimination, c'est qu'il y a, au moins, deux investisseurs à comparer. Or, dans son sens originel, l'acte d'exproprier de l'État ne produit forcément pas une telle situation. Selon le professeur Arnaud De Nanteuil, « *l'expropriation est une mesure nécessairement ciblée, qui singularise un sujet par rapport aux autres, ce qui semble difficilement compatible avec une interdiction de la discrimination* »⁸⁷⁹. Jusque-là, dans le contentieux relatif aux investissements, l'expropriation est considérée comme discriminatoire lorsqu'elle vise l'investisseur exclusivement en raison de sa nationalité. En effet, c'est le cas lorsque « *l'État décide d'exproprier la filiale locale de telle entreprise étrangère, pour la seule raison que cette entreprise étrangère est la propriété des ressortissants de tel État déterminé* »⁸⁸⁰. Dans une telle hypothèse, il y a discrimination entre entreprises étrangères à raison de leur seule nationalité. Effectivement, cette discrimination est indubitablement constitutive d'une illicéité internationale car, la seule considération de la nationalité ne pouvant fournir une justification de caractère raisonnable. Seulement, si le principe semble bien établi que la mesure d'expropriation prise par l'État en raison de la seule nationalité de l'investisseur est illicite en droit international, toute la difficulté consisterait à en rapporter la preuve. Ce qui fait que l'exigence de non-discrimination dans le droit de l'expropriation ne connaît un véritable succès.

Par ailleurs, la troisième condition de licéité d'une expropriation correspond au versement d'une compensation financière. Si des controverses peuvent surgir au sujet des deux conditions qui viennent d'être évoquées, en revanche une unanimité règne autour de la compensation. En termes plus clairs, ni l'absence d'un motif d'intérêt public, ni l'existence d'une discrimination ne jouent un rôle plus important que la compensation financière dans l'établissement de l'illicéité internationale des mesures d'expropriation et de nationalisation, ou des mesures d'effet équivalent. Il n'est pas envisageable de défendre qu'une expropriation puisse être licite si elle ne s'accompagne pas du versement d'une compensation financière de la perte subie par

⁸⁷⁹ *Ibidem.*, p. 344.

⁸⁸⁰ D. CARREAU et P. JUILLARD, *Droit international économique*, 5^{éd.}, op.cit., p. 558.

l'opérateur économique⁸⁸¹. Néanmoins, certaines voix se sont élevées pour défendre l'idée d'un droit à l'expropriation sans compensation aux contextes liés à la décolonisation. En ce sens, « *un auteur avait défendu la possibilité offerte aux États nouvellement indépendants d'expulser les entreprises ressortissantes de l'ancienne colonie sans assumer aucune obligation d'ordre financier, en rétribution des crimes commis pendant la période coloniale* »⁸⁸². Cependant, il faut noter qu'aujourd'hui, le principe du versement d'une compensation financière ne fait pratiquement plus l'objet de contestation. Car, conventionnellement, l'ensemble des traités de protection des investissements admettent le principe en soi. C'est plutôt les modalités de calcul du montant qui divisent les parties dans le contentieux relatifs à l'expropriation d'une manière générale, et devant les tribunaux arbitraux, en particulier. Ces problèmes relatifs au calcul de l'indemnité seront abordés un peu plus loin.

Pour l'heure, il est question de présenter les différentes formes de la dépossession de l'investisseur que sont l'expropriation et la nationalisation. C'est cette dernière qu'il convient d'exposer.

B : La nationalisation : une mesure législative prise sous le contrôle du juge constitutionnel

Au même titre que l'expropriation, la nationalisation constitue une manifestation de souveraineté de l'État. Au début des années 1960, un auteur observait que l'ensemble des systèmes constitutionnels de l'époque donnaient aux États des outils d'acquisition de la propriété privée, si bien que « *toute propriété privée est, en puissance, une propriété publique* »⁸⁸³. Pour le bien de l'intérêt général, l'État peut décider de nationaliser la propriété de l'opérateur étranger se trouvant sur son territoire.

Concrètement, pour donner une définition précise de ce que l'on peut entendre par nationalisation, il paraît essentiel de la distinguer avec l'expropriation. En effet, le bien exproprié change généralement d'affectation ou d'utilisation. Il s'agit de s'emparer d'une propriété privée pour l'affecter à l'utilisation publique. Par exemple, là où se trouvait préalablement un centre commercial ou un champ de culture se trouvera désormais un hôpital

⁸⁸¹ A DE NANTEUIL, « Droit international de l'investissement », 1^{ère} éd., *op.cit.*, p. 346.

⁸⁸² N. GIRVAN, « *Expropriating the expropriators : compensation criteria from a third world point of view* », in R. LILLICH, *The valuation of nationalized property in international law*, R. Lillich editions, 1972-1986, vol III, pp. 149-179, cité par A DE NANTEUIL, « Droit international de l'investissement », *op.cit.*, p. 347.

⁸⁸³ M. FOUILLOUX, « La nationalisation et le droit international public », Paris, *Bibliothèque de droit international*, 1962, p. 22.

ou une université publique. Dans la nationalisation, en revanche, l'utilisation de la propriété n'est pas modifiée : une usine qui appartenait à une filiale étrangère devient désormais la propriété de l'État, donc du patrimoine de la nation, sans que l'activité soit modifiée. En d'autres termes, en droit international, l'expropriation peut s'entendre comme « *une procédure par laquelle une autorité publique oblige une personne privée à lui céder ses biens, droits ou intérêts, au nom de l'intérêt général* »⁸⁸⁴. La nationalisation, elle, désignerait « *l'opération de haute politique par laquelle un État, réformant tout ou partie de sa structure économique, enlève aux personnes privées, pour la remettre à la nation, la disposition d'entreprises industrielles ou agricoles d'une certaine importance en les faisant passer du secteur privé au secteur public* »⁸⁸⁵. Georges Scelle faisait remarquer que « *la nationalisation, à la différence de l'expropriation, supprime définitivement pour l'avenir toute utilisation quelconque de la compétence nationalisée. La nationalisation touche le droit dans son essence, l'expropriation dans son objet* »⁸⁸⁶.

Cela dit, il convient dès lors d'analyser le rôle joué par la nationalisation dans les États en développement comme ceux de la CEDEAO. En gardant à l'esprit sa signification et ses conséquences, il sera question de voir si son application est toujours en vigueur dans les relations économiques internationales, et si surtout elle répond aux politiques de promotion des investissements étrangers menées par les États de ladite organisation d'intégration régionale (2). Mais avant cela, évoquer le contexte des nationalisations dans les relations économiques internationales paraît fondamental (1).

1 : Le contexte des nationalisations

Il importe de rappeler, au préalable, le contexte dans lequel les politiques de nationalisation ont été menées par les États, et plus précisément les États en développement. La nationalisation constitue tout d'abord une doctrine qui a été développée en Amérique latine, avec comme chef de file, le diplomate argentin Carlos Calvo⁸⁸⁷. Ce dernier défendait, à travers

⁸⁸⁴ J. SALMON, « Dictionnaire de droit international public », Bruxelles, Bruylant, 2001, v. aussi J. COMBACAU et S. SUR, « Droit international public », 8 éd., Paris, Montchrestien, 2008, p. 386.

⁸⁸⁵ A. G. De LAPRADELLE, « Les effets internationaux des nationalisations. Projet définitif de résolution », *Annuaire de l'Institut de droit international*, Vol. 43, 1950(I) (Session de Bath), p. 126.

⁸⁸⁶ G. SCELLE, « Intervention lors de la troisième séance plénière de l'Institut de droit international sur les effets internationaux des nationalisations », *Annuaire de l'Institut de droit international*, Vol 44, 1952 (II) (Session de Sienne), p. 267.

⁸⁸⁷ A l'exemple de Wheaton, juriste d'origine américaine, qui, des États-Unis, vient en Europe, puis s'y fixe, pour écrire soit en français, soit en anglais, des livres, histoire ou traité, sur le droit international, qui n'ont rien de

sa doctrine, une idée qui lui tenait particulièrement à cœur. Elle touche profondément l'indépendance des États de l'Amérique latine, non seulement au regard de l'Europe, mais des États-Unis eux-mêmes : c'est celle de l'abus, par les grandes puissances de la protection de leurs nationaux, en cas de troubles, d'émeutes, de guerre civile. D'après Carlos Calvo, les interventions européennes, dit-il, ont eu presque toujours comme prétexte les dommages causés par le gouvernement aux intérêts privés ainsi que les réclamations et les exigences d'indemnité pécuniaire en faveur des nationaux et même en faveur d'autres dont la protection n'est pas justifiée en droit international. « *D'après le droit international le recouvrement des dettes et l'appui des réclamations privées ne justifient pas de plano l'intervention armée des gouvernements. Un gouvernement n'est pas responsable des pertes ou des préjudices subis par des étrangers en temps de troubles intérieurs ou de guerre civile* »⁸⁸⁸.

Ainsi, pour échapper à l'effet des réclamations étrangères, les États de l'Amérique latine ont formulé dans leurs lois, dans leurs traités, un principe en vertu duquel leur responsabilité ne serait jamais engagée vis-à-vis des étrangers en raison d'un dommage causé au cours d'une guerre civile. La doctrine Calvo considère que l'étranger qui a subi un dommage sur son bien ou en sa personne n'a pas le droit à une indemnité, les États de l'Amérique latine n'acceptent pas ici le principe de la responsabilité internationale des États. La justification avancée par les tenants de cette doctrine est la suivante : lorsque l'opérateur économique étranger entre sur leur territoire, il le fait à ses risques et périls ; il se peut que le gouvernement ne soit pas stable, qu'il y ait des troubles, des émeutes, des guerres civiles ; l'étranger n'avait qu'à ne pas pénétrer dans l'État où il est menacé des conséquences de cette instabilité gouvernementale. Les tenants de ce courant doctrinal ont fait observer que dans les États de l'Amérique latine, où l'insuffisance de population indigène conduit à demander à l'immigration un peuplement progressif et régulier, l'étranger, dès qu'il arrive sur le territoire, reçoit les mêmes droits que le national ; aussi ne peut-il par juste réciprocité prétendre à un traitement de préférence. Le national n'a pas d'indemnité à la suite des dommages causés à sa personne ou à ses biens en cas de troubles intérieurs ou même de guerre civile ; l'étranger ne saurait par suite être mieux traité⁸⁸⁹. C'est sur la base de ce raisonnement que les États de l'Amérique latine fondent comme un axiome du

spécifiquement américain, Carlos Calvo, venu de l'Argentine, pour occuper, en Europe, à Paris, à Londres, un poste diplomatique semblable à celui de Wheaton à Berlin, écrit, en langue française, sur le droit des gens, un ouvrage intitulé : *Le Droit international théorique et pratique*, dont les éditions se multiplient.

⁸⁸⁸ A. G. de la PRADELLE, « Maîtres et doctrines du droit des gens », 2 éd., *Les éditions inter-nationales*, 1950, p. 214.

⁸⁸⁹ *Ibidem.*, p. 215.

droit américain l'irresponsabilité du gouvernement au regard des étrangers pour dommage causés à leurs personnes ou à leurs biens dans une guerre civile.

Plus clairement, la non-responsabilité de l'État pour les effets des troubles civils et tous autres dommages que pourraient subir les étrangers, et la nécessité de se contenter du recours aux tribunaux locaux semblent donc être les deux formules qui caractérisent ce que l'on appelle la doctrine Calvo. Cette double formule a été posée dans une loi célèbre de l'Equateur et dans la Convention panaméricaine de Mexico de 1901. Cette dernière stipulait en son article 2 : « *Les États n'ont et ne se reconnaissent vis-à-vis des étrangers d'autres obligations ou responsabilités, que celles établies en faveur de leurs nationaux par leur constitution ou leurs lois* ».

Pour les autres dommages, l'article 3 de la même Convention précise : « *Dans tous les cas où un étranger aurait à faire valoir, dans l'ordre criminel, civil ou administratif des plaintes ou réclamations, à l'égard d'un État ou de ses nationaux, il devrait porter sa demande devant un tribunal compétent du pays ; il ne pourrait avoir recours à la voie diplomatique que dans les cas où il y aurait eu, de la part de ce tribunal, soit un manifeste déni de justice, soit un retard anormal, soit une violation évidente des principes du droit international* »⁸⁹⁰.

Tel a été le contexte dans lequel les nationalisations étaient pratiquées dans les années 60 à 70, en tout cas, par les États de l'Amérique latine. Il convient maintenant de voir comment cette forme de transfert autoritaire du bien de l'investisseur à l'État se manifestait en Afrique, et plus particulièrement dans les États membres de la CEDEAO. Mais encore, il sera aussi question de voir si la pratique de la nationalisation est toujours de vigueur et si est-elle adaptée aux politiques de promotion des investissements étrangers développées dans cet espace régional ouest-africain.

2 : La nationalisation : un phénomène dépassé et inadapté aux politiques de promotion des investissements étrangers dans les États de la CEDEAO

Il faut reconnaître qu'aujourd'hui, la technique de la nationalisation semble disparaître dans les relations économiques internationales. Cette sensation a conduit un auteur de remarquer que « *l'index du célèbre manuel de droit international économique de Dominique Carreau et Patrick Juillard ne comporte même pas l'entrée "nationalisation" ni celle d'expropriation, comme si la question n'était plus de celles qui pouvaient attirer le lecteur ou*

⁸⁹⁰ *Ibidem.*, p. 216.

qui avaient encore une quelconque actualité »⁸⁹¹. Un peu plus loin dans la même contribution l'auteur rajoute que la question des nationalisations, qui fit couler beaucoup d'encre dans les années 60 et 70, paraissait en quelque sorte faire partie du magasin des accessoires complètement abandonnés par le droit international économique, au même titre que la protection diplomatique qui ne figure pas davantage dans l'index du manuel des deux professeurs cités⁸⁹².

En matière d'investissement *stricto sensu*, le procédé de la nationalisation n'y a pas trouvé un épanouissement. Les TBI avaient justement pour objet de protéger les investisseurs étrangers contre de telles pratiques étatiques. C'est pourquoi la majeure partie de ces traités comportaient des clauses relatives aux modes de dépossession de l'investisseur. Car, les conséquences dommageables sur les intérêts privés étrangers de certains actes des États ont continué d'inquiéter les investisseurs, les rédacteurs des traités bilatéraux de protection des investissements et d'occuper les arbitres et les commentateurs des sentences de ces derniers. Seulement, même si l'intervention de l'État a pu avoir des conséquences extrêmement lourdes pour les investisseurs privés, on a pu avoir l'impression que la technique de la nationalisation ou de l'expropriation, c'est-à-dire du transfert autoritaire de propriété d'un investissement étranger à l'État était dépassée. A la vérité, la nationalisation n'est pas adaptée avec aux clauses contractuelles du droit international des investissements. Ainsi, Philippe Kahn a pu dire : « *Après la reconnaissance par le droit international du droit des États à gérer leurs ressources comme ils l'entendent et par voie de conséquence leur droit de nationaliser les biens et entreprises étrangères localisés sur leur territoire, la difficulté majeure qui subsiste est la combinaison de ce droit avec des droits issus de contrats conclus par l'État* »⁸⁹³.

Pour l'heure, la configuration du droit international des investissements laisse présager que ces modes de transferts autoritaires de propriétés des biens étrangers vers l'État y sont exclus, ou du moins, ils sont soumis à des conditions draconiennes telles, qu'ils semblent inadaptés. D'après Geneviève B. Burdeau, « *au-delà des considérations idéologiques... la structure des entreprises internationales, les évolutions des relations économiques internationales dans lesquelles le mode classique de l'investissement sous la forme d'une filiale de droit local bien identifiable ou d'un contrat de concession paraît concurrencé par de*

⁸⁹¹ G. B. BURDEAU, « Nationalisations: le retour? », in *Le droit international économique à l'aube du XXème siècle*, Dominique CARREAU et Patrick JUILLARD (dir.), Pédone 2009, p. 257.

⁸⁹² *Idem.*, p. 257.

⁸⁹³ Ph. KAHN, « Contrats d'État et nationalisation: les apports de la sentence arbitrale du 24 mars 1982 », *J.D.I.*, 1982, n° 2, p. 848.

multiples autres formes d'investissements beaucoup plus fluides et donc plus difficiles à saisir, font apparaître la nationalisation comme une technique mal adaptée aux données actuelles de l'économie mondiale dans laquelle l'interpénétration des tissus économiques est beaucoup plus développée »⁸⁹⁴.

Par ailleurs, même si l'application de la technique de la nationalisation était toujours en vigueur dans les relations économiques internationales, elle sera inadaptée dans les politiques de promotion des investissements dans les États en développement comme ceux de la CEDEAO. En effet, il importe de souligner qu'en Afrique d'une manière générale, les relations entre les États et les multinationales ont pris une autre tournure. Aux nationalisations, expropriations et reprise de contrôle par l'État de certains secteurs de l'économie se sont succédé d'autres modes relations avec les entreprises privées étrangères : il s'agit des partenariats public-privés (PPP). Ces derniers se caractérisent par une véritable relation de coopération. Dans ces contrats PPP, l'État n'y incarne plus l'autorité publique détenant le pouvoir de direction et de contrôle. Il délaisse même le pouvoir de modification unilatérale du contrat qui faisait partie de ses prérogatives exorbitantes de puissance publique qui caractérisaient le contrat administratif *stricto sensu*.

Par ailleurs, l'on constate le contraire de ce qui prévalait dans les nationalisations. Les transferts du secteur privé vers le secteur public ne sont plus à la mode. C'est le sens inverse qui est devenu la pratique. Comme l'ont fait remarquer, en d'autres termes certains auteurs, « *Les transferts du secteur privé vers le secteur public deviennent rares. L'État, en tous lieux, tend à se faire modeste. La priorité des priorités est devenue le délestage, c'est-à-dire le transfert du secteur public vers le secteur privé »⁸⁹⁵. Il faut surtout reconnaître qu'en vérité, la nationalisation par les États de la CEDEAO de certains secteurs de l'économie, ne suppose forcément pas qu'ils réussiront à leur exploitation de manière efficiente. En effet, les secteurs dans lesquels investissent les multinationales demandent souvent des moyens matériels et financiers considérables que ces États en développement ne disposent pas, en général. C'est ce qui fait que ces derniers font souvent appel aux entreprises étrangères – dans le cadre des contrats d'État - et au secteur privé – dans le cadre d'un partenariat - pour l'exploitation de leurs ressources naturelles, si nécessaires pour leur décollage économique.*

Eu égard à l'ensemble de ces considérations, il serait raisonnable de conclure que même si la nationalisation était encore en vigueur dans les relations économiques internationales, sa

⁸⁹⁴ G. B. BURDEAU, « Nationalisations: le retour? », in *Le droit international économique à l'aube du XXème siècle, op.cit.*, p. 258.

⁸⁹⁵ *Ibidem.*, p. 257.

pratique par les États de la CEDEAO ne serait pas adaptée à leurs politiques de développement. Plus explicitement, l'application de la technique de la nationalisation par les États de cet espace régional ouest-africain, serait en porta à faux avec leurs politiques de promotion des investissements étrangers.

Ce qui vient d'être étudié est relatif aux atteintes directes à la propriété de l'investisseur que sont l'expropriation et la nationalisation. L'on a vu que ces deux techniques de dépossession de l'investisseur n'ont pas fait long feu en droit international des investissements d'une manière générale, et dans sa procédure contentieuse en particulier.

Au demeurant, à côté de ces atteintes directes de l'investissement, existent des atteintes indirectes qui constituent l'essentiel des plaintes de l'opérateur étranger présentées devant les tribunaux arbitraux et contre les États hôtes. Ce sont sur ces dernières qu'il importe maintenant de s'appesantir.

Paragraphe 2 : Les atteintes indirectes au droit de propriété des investisseurs étrangers

L'État peut légalement exproprier ou nationaliser le bien de l'investisseur sans que ce dernier le traduise en justice, ni au niveau des juridictions internes dudit État, ni devant une juridiction internationale. Il suffit tout simplement que l'autorité étatique respecte la procédure établie à cet effet pour que son acte d'exproprier ou de nationaliser soit conforme aussi bien à son droit interne qu'au droit international.

Le problème est ailleurs, c'est lorsque « *l'État d'accueil porte atteinte à l'intégrité physique ou à l'utilité économique de l'investissement sans pour autant retirer le titre de propriété* »⁸⁹⁶. En termes plus clairs, l'État peut, en prenant une mesure régissant une situation déterminée, porter atteinte incidemment ou volontairement à la propriété de l'investisseur étranger. Dans ce cas, l'atteinte a le même effet que lorsqu'il s'agissait d'une dépossession directe, on parlera alors d'atteintes indirectes. Selon Arnaud De Nanteuil, l'expropriation indirecte « *peut être définie dans un premier temps comme une mesure ou un ensemble mesures, quelle qu'en soit la forme, dont l'effet est de provoquer une dépossession* »⁸⁹⁷.

Il faut d'ores et déjà relever que lorsque l'on parle des atteintes indirectes à la propriété de l'investisseur, c'est l'expropriation indirecte qui est visée. Seulement, celle-ci comporte un

⁸⁹⁶ S. H. NIKEMA, « Les "mesures" d'expropriation indirecte en droit international des investissements: les actes et omissions de l'État d'accueil », in *Le droit des rapports internationaux économiques et privés*, op.cit., p. 235.

⁸⁹⁷ A. DE NANTEUIL, « L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement », *Pédone*, 2014, p. 13.

certain nombre d'appellations, qu'il convient de relever pour des raisons méthodologiques. Car, il ne semble pas que ces diverses formulations de l'expropriation indirecte soient de nature à introduire une divergence de régimes juridiques applicables. Ainsi, il faut distinguer entre l'expropriation déguisée ou de facto, l'expropriation liée à la réglementation, l'expropriation rampante et les mesures d'effet équivalent à l'expropriation.

L'expropriation déguisée ou expropriation de facto désigne une mesure ou une série de mesures qui, sans être juridiquement une expropriation – de jure –, produit les mêmes effets si bien qu'elle peut être considérée de facto. En d'autres termes, il peut s'agir d'une mesure dont les effets matériels correspondent à ceux d'une expropriation bien qu'elle n'affecte pas formellement le titre de propriété, celui-ci demeurant entre les mains du propriétaire⁸⁹⁸. L'expression « l'expropriation de facto » a été employée, dans l'affaire opposant *Frederica Riahi c. Iran*, à propos des nominations des dirigeants iraniens « provisoires » à la tête d'entreprises américaines implantées en Iran. En effet, bien que n'ayant formellement pas d'impact sur le titre de propriété des actionnaires de ces entreprises, le tribunal a pu considérer que l'effet de ces nominations était d'exproprier de facto les actionnaires américains de leurs droits⁸⁹⁹. Un autre tribunal a également employé l'expression « expropriation déguisée » traduisant le même cas de figure pour dénoncer une expropriation indirecte. Il s'agit de la Cour Internationale de Justice, dans l'affaire *Electronica Sicula (ELSI), États-Unis c. Italie*, sentence du 20 juillet 1989⁹⁰⁰. Seulement, il faut noter que l'expropriation de facto ou déguisée est rarement employée, dans la pratique, par les tribunaux arbitraux.

L'on peut aussi faire appel à l'appellation « l'expropriation par le fait de la réglementation » pour désigner une expropriation indirecte. Cette formule de l'expropriation liée à la réglementation est, par contre, plus fréquente à rencontrer. Elle est issue de la doctrine des *regulatory takings* développée par les États-Unis⁹⁰¹. Selon un auteur, la notion désigne « des dépossession opérées à la suite d'une activité normative générale des pouvoirs publics des États ou de la Fédération, qui aboutit à priver un citoyen de sa propriété... »⁹⁰². Par ailleurs,

⁸⁹⁸ *Biwater Gauff (Tanzania) c. Tanzanie*, Aff. n°ARB/05/22, 24 juillet 2008, www.worldbank.org/icsid, § 452., cité par A. DE NANTEUIL, « L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement », *op.cit.*, p. 10.

⁸⁹⁹ Sur cette affaire opposant *Frederica Lincoln Riahi c. Iran*, sentence finale, 27 février 2003, voir l'opinion dissidente et concurrente du juge C. Brower, § 180.

⁹⁰⁰ Voir en ce sens, A. REINISCH, « Expropriation », in P. Muchlinski, F. Ortino, C. Schreuer, éd. *The Oxford handbook of international investment law*, Oxford university press, 2008, 1382 pp., p. 422.

⁹⁰¹ C. YANNACA-SMALL, « L'"expropriation indirecte" et le "droit de réglementer" dans le droit international de l'investissement », *document de travail de l'OCDE sur l'investissement international (Numéro 2004/4, septembre 2004*, en ligne : <<http://www.oecd.org/dataoecd/12/1/34335429.pdf>, p. 10.

⁹⁰² Ch. LEBEN, « La liberté normative de l'État et la question de l'expropriation indirecte », in *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, Ch. LEBEN (dir.), Anthémis, 2006, p. 164. Il faut noter que la

tout en portant sur une réglementation générale, l'expropriation peut rentrer également dans le cadre de mesures individualisées⁹⁰³. La doctrine qualifie rarement ce cas de figure de « *consequential expropriation* »⁹⁰⁴ ou de « *constructive taking* »⁹⁰⁵ sans que le sens n'en soit différent. Cette hypothèse se trouve au cœur de la problématique générale de la distinction entre expropriation et réglementation. Généralement, toute réglementation est, en effet, susceptible de conduire à une déposssession, selon les effets qu'elle peut produire sur la propriété d'un opérateur économique étranger. Ce sont, d'une manière très générale, des mesures prises par l'État hôte de l'investissement dans le sens de l'intérêt général (régulation économique, protection de l'environnement, augmentation des charges sociales, réglementation des contrats de concession de services publics, etc.) qui pourraient faire naître une obligation de compensation à sa charge.

L'expropriation rampante ou *creeping expropriation* est également un autre synonyme de l'expropriation indirecte. Elle est constituée d'une accumulation d'actes de l'État dont aucun ne constitue isolément une mesure équivalente à l'expropriation mais dont l'agrégation entraîne un tel effet. C'est donc, « *un ensemble de mesures qui ont progressivement pour conséquence de déposséder l'investisseur mais auxquelles seule l'accumulation confère une signification juridique* »⁹⁰⁶. L'expropriation rampante implique ainsi d'une part une addition d'actes de l'État, et d'autre part une intention dissimulée de celui-ci de déposséder l'investisseur sans le versement d'une compensation. Cependant, il faut noter que cette deuxième hypothèse n'est pas toujours le cas : en effet, un ensemble de négligences de l'État peuvent s'accumuler et impacter sur les attentes de l'investisseur, mais, pour autant, cela n'empêche qu'elles soient qualifiées d'expropriation indirecte. Par ailleurs, certains ont même pu distinguer l'expropriation rampante de l'expropriation "progressive" qui s'analyserait à une mesure étatique unique, dont les effets sur l'investissement étranger seraient assez limités au départ,

référence au " citoyen" se justifie parce que la définition désigne une notion de droit amérain. Mais, si l'on transpose la définition en droit international, la mention "individu" sera préférable à celle de citoyen, car, l'appellation de ce dernier n'est pas reconnu en droit des gens. Cependant, pour une première approche de la question des regulatory takings, voir E. SHENKMAN, « Could principles of fifth amendment takings jurisprudence be helpful in analysing regulatory expropriations claims under international law ? », pp. 174 et s. On peut aussi se reporter au numéro du New York University School of Law Environmental Law Journal, reproduisant les textes d'un colloque d'avril 2002, voir 11 N.Y.U. Env'tl. L.J.

⁹⁰³ J. CAZALA, « Expropriation », *La Gazette du Palais - Les cahiers de l'arbitrage*, 2006, n° 3, pp. 50-53, p. 50.

⁹⁰⁴ M. REISMAN et R. SLOANE, « Indirect expropriation and its valuation in the BIT generation », *BYBIL* vol. 74, 2003, pp. 128-150, pp. 128.

⁹⁰⁵ *Idem.*, p. 128.

⁹⁰⁶ A. DE NANTEUIL, « Droit international de l'investissement », 2 éd., *op.cit.*, p. 360.

mais s'étendraient peu à peu jusqu'à constituer une pleine dépossession⁹⁰⁷. Tout de même, il faut reconnaître que la doctrine semble plus adhérer à la référence de l'expropriation rampante⁹⁰⁸.

En dernier lieu, il faut aussi relever que la notion de "mesures d'effet équivalent à l'expropriation" constitue une autre dénomination de l'expropriation indirecte. En ce sens, il importe par ailleurs de préciser que la mention « d'effet équivalent » soit la plus couramment utilisée, ce qui paraît logique puisque c'est le premier caractère permettant d'identifier une expropriation indirecte⁹⁰⁹. Il arrive que certains auteurs fassent simplement référence aux mesures « équivalentes » à l'expropriation sans mentionner particulièrement leur effet⁹¹⁰. Mais, comme ces dernières, elle comporte la même réalité : il s'agit, en effet, d'une mesure dont la forme n'est pas celle d'une expropriation, mais dont l'impact sur la propriété d'un investisseur étranger est analogue⁹¹¹.

Telles sont globalement les différentes appellations que peut revêtir la notion d'expropriation indirecte. Même si elles correspondent à des réalités juridiques et factuelles différentes, le régime juridique qui leur est applicable est toujours le même d'une expression à l'autre. Par conséquent, sur ce point, l'on peut se ranger à l'observation du professeur Arnaud de Nanteuil qui indiquait que ces différentes appellations « *peuvent être sans doute regroupées sous l'expression générale d'expropriation indirecte ou de mesure d'effet équivalent à l'expropriation, qui ont à la fois l'avantage de la généralité et de la neutralité* »⁹¹². Même la distinction entre nationalisation et expropriation n'a plus d'intérêt en droit des investissements, en tout cas du point de vue de leur régime juridique⁹¹³. D'ailleurs, la pratique conventionnelle procède souvent à une assimilation des deux notions : ainsi, il n'est pas rare que la

⁹⁰⁷ S. MANCIAUX, « Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États, trente année d'activités du CIRDI », *op.cit.*, p. 478.

⁹⁰⁸ A. REINISCH, « Expropriation », in *The Oxford Handbook of international investment law*, P. MUCHLINSKI, F. ORTINO et C. SCHREUER (dir.), *Oxford University Press*, 2008, p. 426 et s.

⁹⁰⁹ CNUCED, « International investment agreements 1995-2006: trends in international rulemaking », Genève, *United Nations publications*, 2007, pp. 44 et s.

⁹¹⁰ Y. NOUVEL, « Les mesures équivalent à une expropriation dans la pratique récente des tribunaux arbitraux », *R.G.D.I.P.*, 2002, pp. 79-102 ; S. MANCIAUX, « "Les mesures équivalentes à une expropriation" dans l'arbitrage international relatif aux investissements », in *Où va le droit de l'investissement: désordre normatif et recherche d'équilibre, Actes du colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006*, F. HORCHANI (dir.), *Pédone*, 2007, pp. 73-94.

⁹¹¹ B. STERN, « In search of the frontiers of indirect expropriation », in *Contemporary issues in international arbitration and mediation. The Fordhman papers 2007*, A. ROVINE (éd.), *Leiden, Nijhoff*, 2008, pp. 29-51, p. 33, cité par A. DE NANTEUIL, « L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement », *op.cit.*, p. 10.

⁹¹² A. DE NANTEUIL, « Droit international de l'investissement », 2^{éd.}, *op.cit.*, p. 360.

⁹¹³ Exemple 6 § 1 du traité Suisse / Botswana ; article 4 § 2 du traité Liban / Mauritanie.

nationalisation comme l'expropriation directe ou indirecte soient regroupées sous le terme unique d'expropriation⁹¹⁴. Plus explicite, est l'article 13 du Traité sur la charte de l'énergie qui dispose : « *Les investissements d'un investisseur d'une partie contractante réalisés dans la zone d'une autre partie contractante ne sont pas nationalisés, expropriés ou soumis à une ou plusieurs mesures ayant des effets équivalents à une nationalisation ou à une expropriation, dénommées ci-après "expropriation", sauf lorsque cette expropriation...* ». Pour la doctrine, puisque les régimes de l'expropriation et de nationalisation sont analogues en droit international général, leur différenciation semble dépourvue d'intérêt. Ce sont deux mesures qui ont un objectif commun : l'appropriation par l'État d'une propriété privée, par l'exercice de prérogatives de puissance publique et souveraines de ce dernier⁹¹⁵.

En définitive, il semble donc possible de s'en tenir à l'expression « expropriation indirecte » pour désigner toute atteinte indirecte de la propriété de l'investisseur, y compris la nationalisation. Mais les problèmes ne s'arrêtent pas là, la définition de l'expropriation indirecte même connaît diverses interprétations aussi bien au niveau de la doctrine que dans les tribunaux internationaux et arbitraux. Des interprétations qui ont reçu de tels échos qu'elles sont devenues des approches doctrinales à l'identification d'une expropriation indirecte. L'hypothèse de base de ces approches est donc celle d'un investisseur dont le droit de propriété est affecté par une mesure étatique sans que cette atteinte s'accompagne du versement d'une compensation financière. Le problème tient alors à l'identification de critères permettant de déterminer si la licéité internationale de cette atteinte à la propriété est – ou non – tributaire du versement d'une compensation. En d'autres termes, comme l'a fait remarquer un auteur, « *Toute tentative d'élaboration d'une théorie de l'expropriation indirecte cherche donc à déterminer les éléments qui pourraient permettre d'identifier les hypothèses dans lesquelles ce défaut de versement d'une compensation financière rend illicite l'atteinte à la propriété et engage la responsabilité internationale de l'État, et celles dans lesquelles ce défaut de versement peut être justifié* »⁹¹⁶.

Ainsi, après avoir passé en revue l'ensemble de la doctrine et de la jurisprudence, il peut être possible de faire ressortir deux catégories d'approches dans la tentative d'identification d'une expropriation indirecte. D'une part, l'on peut distinguer les approches qui adoptent des positions "extrêmes" sur la question et que l'on pourrait qualifier d'approches "radicales" dans l'identification de l'expropriation indirecte (A). Et d'autre part, celles qui tentent de "confronter

⁹¹⁴ Exemple l'article 7 § 1 du traité Mexique / Suisse ; article 5 du traité Croatie / Israël.

⁹¹⁵ A. DE NANTEUIL, « L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement », *op.cit.*, p. 15.

⁹¹⁶ *Ibidem.*, p. 21.

un certain nombre d'éléments opposés" dans l'identification de cette dernière et qui peuvent être désignées d'approches "conciliatrices" dans l'identification de l'expropriation indirecte **(B)**.

A : Les approches radicales dans l'identification de l'expropriation indirecte

Les approches "radicales" dans l'identification de l'expropriation indirecte peuvent s'entendre comme des prises de positions "extrêmes" sur l'un des éléments qui la composent et d'en faire le seul élément déterminant pour cette dite identification.

L'on sait que le contentieux lié à la dépossession de la propriété de l'investisseur (expropriation directe ou indirecte) met directement⁹¹⁷ aux prises les deux principaux acteurs du droit des investissements. L'investisseur étranger, poursuivant un but d'intérêt privé, espère légitimement un retour sur son investissement, et l'État d'accueil de l'investissement, animé d'une mission de satisfaction d'intérêt général, dispose souverainement d'un pouvoir de réglementation général applicable sur l'ensemble de son territoire, et dans tous les secteurs, y compris le secteur économique.

Ainsi, les différentes approches recensées, prennent des positions différentes, soit du côté de l'intérêt de l'investisseur, soit celui de l'État hôte, dans l'identification de l'expropriation indirecte. Plus explicitement, certaines définissent cette dernière en tenant compte uniquement de l'impact de la mesure sur la propriété de l'investisseur : c'est ce que l'on appelle « *la théorie de l'effet unique* » **(1)**. D'autres, en revanche, considèrent qu'il faut exclusivement prendre en compte les caractères de la mesure, c'est-à-dire la finalité poursuivie par l'État pour déterminer

⁹¹⁷ Ici, il faut mentionner que le contentieux relatif aux investissements internationaux n'oppose pas toujours "directement" l'investisseur et l'État d'accueil de l'investissement. En effet, il peut être un contentieux inter-étatique opposant "indirectement" l'État d'origine de l'investisseur et l'État hôte de celui-ci. Ainsi, même si ce ne sont plus d'actualité, l'État d'origine peut actionner le mécanisme de la protection diplomatique en prenant « fait et cause » pour son national. Mais encore, il peut également recourir à l'arbitrage interétatique qui est défini par le professeur Geneviève BURDEAU comme : « *un mode de règlement de différends juridiques entre États faisant intervenir un ou des tiers désignés par les parties au différend qui sont chargés de trancher le différend, en suivant une procédure contradictoire, sur la base des règles de droit choisies par les parties, en rendant une sentence dont le caractère obligatoire est accepté à l'avance par celles-ci* ». L'auteur considère que l'arbitrage interétatique constitue en quelque sorte un substitut à la protection diplomatique, v. G. BURDEAU, « Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les États », *Revue de l'arbitrage*, 1995, n° 1, pp. 5-10. Le professeur Burdeau cite, en outre, M. VILLARY qui considérait, dans une intervention au colloque de CEDIN de 1984, l'arbitrage interétatique comme : « *un tribunal arbitral institué par voie d'accord entre deux États et destiné à régler un différend entre ces deux États, bien qu'il éclate en quelque sorte en de multiples réclamations individuelles* », G. BURDEAU, « Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les États », *op.cit.*, p. 7.

l'existence ou non d'une expropriation indirecte : il s'agit de la doctrine américaine des « *police powers* » (2).

1 : La théorie de « l'effet unique »

La théorie de l'effet unique⁹¹⁸ tient exclusivement compte de l'impact de la mesure étatique sur la propriété de l'investisseur. Ici, l'identification de l'expropriation indirecte s'analyse à un problème de degré d'atteinte au bien de l'opérateur économique : c'est-à-dire qu'à partir d'un certain seuil, toute mesure étatique devrait s'accompagner d'une compensation financière pour être licite⁹¹⁹. En d'autres termes, c'est l'impact de la mesure qui permet de déterminer si l'État doit verser une compensation financière pour rendre l'expropriation licite. Cette doctrine repose sur l'idée selon laquelle une atteinte substantielle au droit de propriété serait à elle seule un élément suffisant pour engager la responsabilité de l'État pour expropriation indirecte en cas de défaut de compensation⁹²⁰. Selon Yves Nouvel, « *c'est au contact de l'investissement que la mesure se révèle ou non expropriatrice* »⁹²¹. Dans une hypothèse pareille, il importe donc de s'intéresser à l'impact de la mesure étatique pour la qualifier juridiquement, et pouvoir ainsi déterminer si l'absence de compensation financière est un élément permettant d'engager la responsabilité de l'État. Un auteur a indiqué que dans le cadre de la théorie de l'effet unique, l'impact de la mesure étatique sur la propriété est le « *only and exclusive criterion* »⁹²².

Une telle approche de la question paraît logique dans la mesure où si l'expropriation sans compensation en droit international est illicite, une mesure qui aura un effet similaire sans

⁹¹⁸ Selon certains auteurs comme SCHREUER, c'est R. DOLZER qui est à l'origine de l'expression (*sole effect doctrine* : la doctrine de l'effet unique) qui est aujourd'hui reprise à la fois par la doctrine et la jurisprudence, v. C. SCHREUER, « The concept of expropriation under the ECT and other investment protection treaties », *Transnational dispute management*, 2005 (3), n° Vol n°2, p. 5., cité par A. DE NANTEUIL, « L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement », *op.cit.*, p. 21.

⁹¹⁹ Sur une étude portant sur la question du degré de l'atteinte à la propriété de l'investisseur, v. P. DUMBERRY, « Expropriation under NAFTA Chapter 11 investment dispute settlement mechanism: some comments on the latest case law », *International arbitration law review*, n° vol 4, 2001(3), pp. 96-104., v. aussi les considérations du tribunal dans l'affaire *National Grid P.L.C. c. Argentine*, CNUDCI au sujet de la définition de l'expropriation indirecte, § 147 : « *The measures' effect needs to be tantamount to an expropriation or nationalization. The issue is where to draw the line* ».

⁹²⁰ R. DOLZER, « Indirect expropriation: new developments? », *Environmental law journal*, n° vol n°11, 2002, p. 79-80.

⁹²¹ Y. NOUVEL, « Les mesures équivalent à une expropriation dans la pratique récente des tribunaux arbitraux », *op.cit.*, p. 88.

⁹²² R. DOLZER, « Indirect expropriation: new developments? », *op.cit.*, p. 79.

compensation le serait autant. Il importe donc d'admettre que c'est à travers les effets qu'elle produit que se définit l'expropriation indirecte. Une expropriation indirecte est une mesure, quelle qu'elle soit, dont les effets sont analogues à ceux d'une expropriation⁹²³. Le sens d'une mesure se reconnaît par ses effets, dans le cadre de l'expropriation indirecte, il faut examiner ses effets pour la qualifier. Comme l'a fait remarquer un auteur, dans la plupart des cas, les mesures « *ne 'naissent' pas expropriation* »⁹²⁴.

A ce stade du raisonnement, une incursion dans le droit européen s'impose. En effet, l'étude de ce droit fait apparaître, en tout cas sur le plan du raisonnement, une similarité entre les mesures d'effet équivalent aux restrictions quantitatives (MEERQ) que connaît ce droit communautaire et l'expropriation indirecte en droit international général. En effet, dans le premier, le Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE) en ses articles 34 et 35 prohibe les restrictions quantitatives aux échanges et les mesures ayant un effet équivalent, sans pour autant les définir⁹²⁵. C'est ainsi qu'en 1974, une large définition a été donnée par la Cour de justice. Cette dernière considère qu'une mesure d'effet équivalent s'entend de « *toute réglementation commerciale des États membres susceptibles d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement le commerce intra-communautaire* »⁹²⁶. Il appert de cette disposition de la Cour que le critère exclusif d'identification de ces mesures n'est autre que leur effet sur le commerce entre les États membres⁹²⁷.

De ce qui précède, l'on peut affirmer que l'identification d'une expropriation indirecte implique d'identifier une « ligne » au-delà de laquelle une atteinte à la propriété franchit le seuil de la dépossession et suppose donc pour être licite de s'accompagner d'une compensation

⁹²³ A. DE NANTEUIL, « L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement », *op.cit.*, p. 23.

⁹²⁴ S. ROBERT-CUENDET, « Protection de l'environnement et investissement étranger. Les règles applicables à la dépossession du fait de la réglementation environnementale », Thèse *Université Paris I*, 2008, 732 p. 23.

⁹²⁵ L'article 34 dudit Traité dispose : « *Les restrictions quantitatives à l'importation ainsi que toutes mesures d'effet équivalent, sont interdites entre les États membres* » : l'article 35 du TFU, à son tour, dispose : « *Les restrictions quantitatives à l'exportation, ainsi que toutes mesures d'effet équivalent, sont interdites entre les États membres* »

⁹²⁶ C.J.C.E., 11 juillet 1974, *Dassonville*, Aff. 8/74, Rec., p. 837.

⁹²⁷ A. RIGAUX, « Vers une application apaisée de la jurisprudence Keck et Mithouard? », *Europe*, avril 2006, pp. 12-14. En ce sens, Arnaud De Nanteuil observait que la question se posait en raison d'une solution adoptée par la C.J.C.E. en 1993 dans l'affaire Keck et Mithouard, 24 novembre 1993, aff. C-267 et 268/91, *Rec.* Vol. I, p. 6097, dans laquelle la qualification de MEERQ avait été exclue pour les mesures relatives aux « modalités de vente » indistinctement applicables aux produits nationaux et importés. Seulement, il faut noter qu'un arrêt du 23 février 2006, *A-Punkt Schmukhandels GmbH*, aff. C-441/04 semble réintroduire l'approche des MEERQ reposant essentiellement sur l'effet de la mesure incriminée. Selon la Cour, à partir du moment où une mesure a un effet sur le commerce intracommunautaire, elle doit donc être jugée illicite. Pour une large étude sur les MEERQ en droit de l'Union européenne, v. également C. BLUMAN et L. DUBOUIS, « Droit matériel de l'Union européenne », 4 éd., *Paris, Montchrestien*, 2006, pp. 247-251.

financière. Ce constat soulève véritablement les problèmes de l'application de la théorie de l'effet unique à la question de l'expropriation indirecte. Ainsi deux limites peuvent, au moins, être émises à l'encontre de cette doctrine : d'une part, malgré les développements jurisprudentiels importants qu'a connus cette théorie de l'impact de la mesure sur la question de l'expropriation indirecte, le droit international n'est pas toujours parvenu à identifier cette ligne⁹²⁸. D'autre part, il est fort probable que cette identification n'aura jamais lieu. Comme l'écrit un auteur « *il semble en effet largement illusoire de penser qu'il serait possible de déterminer, dans l'absolu, un seuil quantitatif au-delà duquel une simple atteinte à la propriété basculerait dans la qualification d'expropriation indirecte* »⁹²⁹.

En outre, la théorie de l'effet unique, en mettant exclusivement l'accent sur l'atteinte subie par l'investissement, néglige totalement les intérêts de l'État dans l'identification d'une dépossession indirecte. En effet, son application implique l'écartement des circonstances d'adoption de la mesure étatique, les caractères de celle-ci, ou encore sa finalité⁹³⁰. Une telle théorie ne semble pas compatible avec la nouvelle ère du droit de l'investissement qui tend vers un rééquilibrage des rapports entre les investisseurs étrangers et leurs pays hôtes. Plus explicitement, la thèse selon laquelle toute atteinte au droit de propriété de l'opérateur économique doit faire l'objet d'une compensation financière ne semble pas s'inscrire dans la nouvelle tendance du droit international des investissements. Tendance qui implique de concilier l'impératif d'intérêt général poursuivi par l'État et les exigences légitimes des attentes de l'investisseur⁹³¹. Un auteur a explicitement récusé cette doctrine de l'effet unique en considérant qu'elle ne permet pas de prendre en considération l'ensemble des intérêts en jeu. Il estime particulièrement que, « *l'objectif d'intérêt général poursuivi par la mesure étatique se trouve totalement évincé de l'analyse, alors que sa prise en compte pourrait modifier la donne dans certaines hypothèses* »⁹³². Ainsi, dans une affaire, un tribunal arbitral n'a pas pris en compte l'objectif environnemental poursuivi par l'État dans la qualification de la mesure litigieuse en considérant que « *expropriatory environmental measures – no matter how laudable and beneficial to society as a whole – are, in this respect, similar to any other*

⁹²⁸ V. par exemple *National Grid P.L.C. c. Argentine*, sentence du 3 novembre 2008, disponible sur <http://www.italaw.com/>, § 147.

⁹²⁹ A. DE NANTEUIL, « L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement », *op.cit.*, p. 23.

⁹³⁰ G. ALDRICH, « What constitutes a compensable taking of property? The decisions of the Iran-United States claims Tribunal », *AJIL*, vol 88, 1994, pp. 585-610, p. 609.

⁹³¹ P. MUCHLINSKI, « Trends in international investment agreements: balancing investor rights and the right to regulate. The issue of national security », in *Yearbook on international law and policy*, 2008-2009, K. SAUVANT (dir.), *Oxford university press*, 2009, pp. 35-78.

⁹³² A. DE NANTEUIL, « L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement », *op.cit.*, p. 25.

expropriatory measures that a state may take in order to implement its policies : where property is expropriated, even for environmental purposes, whether domestic or international, the state's obligation to pay compensation remains »⁹³³.

Il est ainsi possible de remarquer que la théorie de l'effet unique soit de loin un élément de préservation de l'intérêt général dans le contentieux relatif à l'expropriation indirecte. Bien au contraire, elle constitue un blocage à la liberté normative de l'État de garantir l'intérêt du plus grand nombre, dans son devoir de préserver la propriété de l'investisseur. Ce sentiment de marginalisation de la mission de service public inhérent à l'existence de l'État, par la théorie de l'effet unique, a fait naître une autre doctrine contraire : il s'agit de la théorie américaine des « *police powers* ».

2 : La théorie américaine des « *police powers* »

De prime abord, il importe de souligner que le terme « *police powers* » est un concept directement importé des États-Unis, où il désigne le pouvoir général de l'État de réglementer dans le sens de l'intérêt commun⁹³⁴. C'est un terme qui ne figure pas comme tel dans les traités, mais qui est très présent dans la pratique arbitrale. I. Brownlie, un des tenants cette doctrine l'a résumé d'une façon simple en considérant que « *State measures, prima facie a lawful exercise of powers of government, may affect foreign interests considerably without amounting to expropriation* »⁹³⁵.

Le principe fondamental sur lequel elle se repose est bien établi en droit international général, principe en vertu duquel une mesure d'application générale poursuivant un objectif légitime ne peut en principe engager la responsabilité internationale de l'État⁹³⁶. Autrement dit, l'État dispose du pouvoir d'adopter des réglementations générales dans l'intérêt du plus grand nombre, lesquelles peuvent affecter, dans une mesure raisonnable, certains droits individuels si tel est le prix à payer. Un auteur a fait observer que : « *L'idée, admise depuis longtemps en*

⁹³³ *Compania del desarrollo de Santa Elena c. Costa Rica*, sentence finale, 17 février 2000, ICSID Reports vol. 5, p. 172, § 72.

⁹³⁴ En ce sens v. S. ROBERT CUENDET, « Droits de l'investisseur étranger et protection de l'environnement », *Leiden, Martinus Nijhoff Publishers*, 2010, p. 256 et s.

⁹³⁵ I. BROWNLIE, « Principles of public international law », 7 éd., *Oxford University press*, 2008, 784 p., p. 532.

⁹³⁶ B. STERN, « In search of the frontiers of indirect expropriation », *op.cit.*, pp. 45-46. En ce sens v. P. SANDS, « Searching for balance: concluding remarks », *N.Y.U. Environmental law journal*, vol. 11, 2002, pp. 198-207 ; A. HOFFMANN, « Indirect expropriation », in *Standards of investment protection*, in A. REINSCH (dir.), Oxford University Press, 2008, p. 165 ; A. NEWCOMBE, « The boundaries of regulatory expropriation in international law », *ICSID review - F.I.L.J.* vol. 20, 2005 (1), pp. 1-57.

droit interne comme en droit international, est que l'État n'est pas responsable de son action normative générale, que ce soit par voie législative ou réglementaire, si celle-ci est menée de bonne foi, même si elle cause un préjudice aux intérêts privés »⁹³⁷. Transposé en droit des investissements, et plus particulièrement dans le contentieux relatif à la dépossesion du bien de l'investisseur, le principe signifie : si l'État, par l'exercice de son pouvoir de réglementation générale, a indirectement impacté sur la propriété de l'investisseur, une telle mesure ne saurait être qualifiée d'expropriation indirecte. Par voie de conséquence, sans que sa responsabilité internationale puisse être engagée, l'autorité étatique ne sera pas obligée de verser une compensation financière à l'opérateur économique. En d'autres termes, la théorie des « *police powers* » implique que certaines mesures, par l'importance de leur objectif, sont a priori exclues de la qualification d'expropriation indirecte⁹³⁸. L'on constate que l'impact de la mesure sur la propriété n'est pas pris en compte dans cette approche d'identification de l'expropriation indirecte. Un auteur considère que « *dans ces conditions... si la mesure poursuit un objectif « légitime », elle n'a pas à s'accompagner d'une compensation financière, quelles que soient par ailleurs ses conséquences sur les droits de l'investisseur étranger* »⁹³⁹. Force est de reconnaître que cette doctrine opère un renversement de situation. En effet, dans la théorie de l'effet unique déjà étudiée, quel que soit le but poursuivi par l'État d'accueil, c'est l'impact de la mesure sur la propriété de l'investisseur qui servait de baromètre pour déterminer s'il s'agissait ou non d'une expropriation indirecte. Or, la doctrine des « *police powers* » instaure un autre élément de mesure qui n'est rien d'autre que les caractères de la mesure incriminée. Dans cette dernière, c'est la finalité du but recherché par l'État qu'il faut interroger pour déduire s'il s'agit d'une atteinte au bien de l'opérateur étranger.

Une partie de la doctrine est allée même plus loin en arguant un renversement de la charge de la preuve dans le contentieux relatif à l'expropriation indirecte⁹⁴⁰. Selon S. Robert-Cuendet, aujourd'hui, les mesures étatiques bénéficieraient au contraire d'une présomption de licéité, qu'il appartiendrait à l'investisseur de renverser. C'est donc sur lui que pèserait désormais la charge de la preuve. Il lui appartiendrait, pour opérer ce renversement, de prouver que la mesure environnementale est « déraisonnable », c'est-à-dire essentiellement abusive ou

⁹³⁷ Ch. LEBEN, « La liberté normative de l'État et la question de l'expropriation indirecte », in *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, *op.cit.*, p. 177.

⁹³⁸ R. DOLZER et C. SCHREUER, « Principles of international investment law », *Oxford University Press*, 2008, 433 p. p. 91.

⁹³⁹ A. DE NANTEUIL, « L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement », *op.cit.*, p. 26.

⁹⁴⁰ En ce sens v. S. ROBERT-CUENDET, « Protection de l'environnement et investissement étranger. Les règles applicables à la dépossesion du fait de la réglementation environnementale », *op.cit.*, pp. 317 et s.

disproportionnée⁹⁴¹. Mais, selon Arnaud De Nanteuil, la limite de la thèse de S. Robert-Cuendet réside dans le fait qu'elle se focalise essentiellement sur le particularisme des mesures environnementales, or l'éventail des mesures étatiques pouvant être attaquées sur ce fondement dépasse largement ces dernières⁹⁴². D'ailleurs, à titre illustratif, un auteur a inclus, parmi les mesures susceptibles de constituer une expropriation indirecte, les actions ou omissions des États⁹⁴³.

Jusqu'ici, seules deux sentences arbitrales en ont fait une application positive. Il s'agit, en l'occurrence des affaires *Methanex c. États-Unis* et *Saluka Investment BV (The Netherlands) c. République tchèque*⁹⁴⁴. En effet, dans la première affaire, le tribunal arbitral déclarait :

« *As a matter of general international law, a non-discriminatory regulation for a public purpose, which is enacted in accordance with due process and, which affects, inter alios, a foreign investor or investment is not deemed expropriatory and compensable unless specific commitments had been given by the regulating government to the then putative foreign investor contemplating investment that the government would refrain from such regulation* »⁹⁴⁵.

Quant à la seconde, le tribunal arbitral, en reprenant le principe dégagé dans l'affaire *Methanex*, considéra : « *In the opinion of the Tribunal, the principle that a State does not commit an expropriation and is thus not liable to pay compensation to a dispossessed investor when it adopts general regulations that are "commonly accepted as within the police power of States" forms part of customary international law today. There is ample case law in support of this proposition. As the tribunal in Methanex Corp v. USA said recently in its final award, it is a principle of customary international law that, where economic injury results from a bona fide regulation within the police powers of a State, compensation is not required* »⁹⁴⁶.

Cependant, il importe de préciser que la théorie des « *police powers* », ayant exclusivement pour centre d'intérêt la seule finalité de la mesure étatique, n'a pas fait long feu dans le contentieux arbitral relatif à l'expropriation. Le reproche qui lui a été adressé tient à ce

⁹⁴¹ *Idem.*, p. 317.

⁹⁴² A. DE NANTEUIL, « L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement », Pédone, *op.cit.*, p. 29.

⁹⁴³ Pour la prise en compte des actes et omissions des autorités étatiques dans les mesures pouvant constituer une expropriation indirecte, v. S. MANCIAUX, « Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États, trente année d'activités du CIRDI », *op.cit.*, pp. 443 et s.

⁹⁴⁴ Affaire CNUDCI-ALENA *Methanex corp c. États-Unis* du 3 août 2005, Partie IV, Chapitre D, §7 ; affaire CNUDCI *Saluka Investment BV c. République tchèque*, sentence partielle du 17 mars 2006, §262.

⁹⁴⁵ Affaire CNUDCI-ALENA *Methanex corp c. États-Unis*, préc.

⁹⁴⁶ Affaire CNUDCI, *Saluka Investment BV c. République tchèque*, préc.

que, en tant qu'exception, elle implique un raisonnement exclusivement fondé sur la finalité de la mesure étatique en cause⁹⁴⁷. Il semble même que cette doctrine entre directement en contradiction avec les TBI qui ont exclusivement pour objet la protection des investisseurs étrangers et l'instauration d'un cadre normatif de l'investissement⁹⁴⁸. Ainsi donc, en justifiant les dépossessions opérées par l'État par sa mission de satisfaction de l'intérêt public, la doctrine des « *pouvoirs de police* »⁹⁴⁹ expose les investisseurs devant une situation d'inconfort face au pouvoir réglementaire étatique. Un autre auteur a également mis en exergue la faille de raisonnement des « *police powers* » en contestant la possibilité de se fonder uniquement sur la finalité de la mesure étatique la distinction entre réglementation « légitime » et expropriation ouvrant droit à compensation en ces termes :

« *Is this distinction intellectually viable ? Is not the state in both cases (that is either by a taking for a public purpose, or by regulating) purporting to act in the common good ? And in each case has the owner of property not suffered loss ? Under international law standards, a regulation that amounted (by virtue of its scope and effect) to a taking, would need to be 'for a public purpose' (in the sense of in the general, rather than for a private, interest). And just compensation would be due* »⁹⁵⁰.

Concrètement, s'il est admis que toute une mesure régulatrice ne saurait être indemnisable parce qu'elle poursuit une finalité d'intérêt public, c'est le système juridique international même qui serait remis en cause. Car, en effet, toutes sortes de violation des obligations internationales par les États risqueront de ne faire l'objet de réparation. En ce sens, Anzilotti faisait observer, bien avant la question de l'expropriation, que : « *Il est évident que le droit international ne serait plus qu'un vain nom s'il suffisait à un État d'invoquer l'intérêt public pour se soustraire à un devoir d'accomplir les obligations contractées* »⁹⁵¹.

En ce sens, un tribunal arbitral a pu considérer que si les dépossessions indirectes des biens privés par l'État peuvent être justifiées par la mission d'intérêt public dont ce dernier est investi, l'expropriation se viderait de son sens : « *According to it, the BIT would require that*

⁹⁴⁷ F. SAINT-BONNET, « Exception », in *Dictionnaire de la culture juridique*, D. ALLAND et S. RIALS (dir.), Paris, P.U.F., 2003.

⁹⁴⁸ Z. DOUGLAS, « The international law of investment claims », *Cambridge University Press*, 2009, 616 pp., p. 1.

⁹⁴⁹ S. EL BOUDOUHI, « L'intérêt général et les règles substantielles de protection des investissements », *A.F.D.I.*, 2005, p. 551. L'auteur emploie l'expression « pouvoirs de police » pour faire la traduction de celle anglaise de « *police powers* ».

⁹⁵⁰ R. HIGGINS, « The Taking of Property by the State, Recent Developments in International Law », *R.C.A.D.I.*, 1982, t. 176, p. 331.

⁹⁵¹ Opinion individuelle d'Anzilotti dans l'affaire C.P.J.I., *Oscar Chinn*, Rec. Série A/B n°63, p. 112.

investments not be expropriated except for a public purpose and that there be compensation if such expropriation takes place and, at the same time, regulatory measures that may be tantamount to expropriation would not give rise to a claim for compensation if taken for a public purpose »⁹⁵².

Tout semble donc indiquer que la théorie des « *police powers* » est très largement contestée comme critère de détermination d'une expropriation indirecte. En tout cas, plus que celle de l'effet unique, son opposée. D'ailleurs, à ce stade, il convient de souligner aussi bien la doctrine des « *police powers* » que celle de l'effet unique », n'instaurent en réalité qu'une "discrimination" dans la qualification de l'expropriation indirecte. Car, en effet, chacune d'elles, prend exclusivement en compte l'intérêt d'un seul des deux parties au contentieux de la mesure incriminée. Plus précisément, pour déterminer si une mesure étatique constitue une dépossession indirecte – et, par conséquent, être subordonnée à une compensation financière pour sa licéité -, la doctrine de l'effet unique tient seulement compte de l'impact de la mesure sur la propriété de l'investisseur, tandis que celle des « *police powers* » se contente uniquement d'analyser la finalité de ladite mesure poursuivie par l'État. À l'examen, il n'est du reste pas exagéré d'affirmer que ces deux théories constituent des approches radicales à la question de la qualification d'une expropriation indirecte.

Au demeurant, à côté de ces approches radicales, existent des approches conciliatrices sur la qualification d'une expropriation indirecte, qui semblent mieux prendre en compte tous les intérêts en jeu sur la question. Ce sont sur ces dernières qu'il convient maintenant de se pencher.

B : Les approches conciliatrices dans l'identification de l'expropriation indirecte

Les approches conciliatrices ou modérées, contrairement aux approches radicales, ont essentiellement pour objet de confronter la finalité de la mesure étatique à l'impact économique sur l'investisseur étranger. En d'autres termes, elles consistent à prendre en compte l'impact affectant la propriété et le but poursuivi par l'État, auteur de la mesure litigieuse, pour déterminer si l'absence de versement de compensation peut être juridiquement fondée. En clair, il s'agit de concilier la nécessaire sauvegarde de la liberté normative de l'État et les attentes légitimes des investisseurs de leurs investissements.

⁹⁵² Affaire ICSID, *Azurix Corp c. Argentine*, n°ARB/01/12, sentence du 14 juillet 2006, § 311, cité par P.M. DUPUY et Y. RADI, « Le droit de l'expropriation directe et indirecte », in *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Ch. LEBEN (dir.), 2015, p. 402 ; cité également par A. DE NANTEUIL, « L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement », *op.cit.*, p. 25.

Tout d'abord, il faut relever qu'il peut arriver que, de manière conventionnelle, les États prévoient dans leurs TBI, des clauses ayant pour objet de leur permettre de déroger aux règles substantielles jugées trop favorables aux investisseurs. L'insertion de ces clauses d'exceptions dans les traités permettent, au moins, d'écarter certaines mesures étatiques dans les paramètres d'identification de l'expropriation indirecte : on peut les appeler les clauses d'exceptions conventionnelles à l'expropriation indirecte (1). Par ailleurs, certains auteurs ont, de manière unilatérale, proposé des critères d'identification d'une expropriation indirecte ; critères qui rentrent toujours dans la même perspective de concilier l'intérêt de l'investisseur et celui de l'État hôte dans le contentieux arbitral relatif à la dépossession. Ces propositions, émanant d'auteurs spécialistes en la matière, peuvent être qualifiées d'approches individuelles aux critères d'identification d'une expropriation indirecte (2).

1 : Les clauses d'exceptions conventionnelles à l'atteinte indirecte de l'investissement

Il a été soutenu que : « *seul un petit nombre de traités d'investissement contient des dérogations aux différentes règles protectrices qu'ils prévoient* »⁹⁵³. Cette rareté de dérogations aux règles contenues dans les TBI se justifie par le fait qu'en principe, ces traités ont exclusivement, ou au mieux, essentiellement pour objet de préserver les investisseurs contre les mesures étatiques attentatoires à leurs biens. Dès lors, admettre des circonstances où l'État hôte peut transgresser ces règles sans que sa responsabilité puisse être engagée, ne peut être qu'exceptionnel, mais surtout rarissime.

Pour autant, l'on note récemment une tendance de plus en plus récurrente dans les derniers modèles de TBI, de prévoir des exceptions dérogatoires aux règles substantielles de protection des investissements. Parmi les règles les plus touchées par ces clauses d'exceptions ou dérogatoires, figure l'expropriation. Il peut, même, être permis de dire que, c'est fondamentalement, pour déroger à la règle de l'expropriation que ces clauses ont vu le jour. D'ailleurs, dans une étude consacrée aux rapports entre *l'intérêt général et les règles substantielles de protection des investissements*, un auteur, en excluant de son champ d'étude les autres règles comme par exemple le traitement national et le traitement de la nation la plus favorisée⁹⁵⁴, s'est seulement penché sur la clause relative à l'expropriation. Parmi les TBI qui

⁹⁵³ W. B. HAMIDA, « L'arbitrage international - Réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique », Thèse *Paris II*, 2003, p. 590.

⁹⁵⁴ S. EL BOUDOUHI, « L'intérêt général et les règles substantielles de protection des investissements », *op.cit.*, p. 557. En effet, l'auteur, en analysant les règles qui peuvent subir des dérogations dans les traités, délimitait son

prévoient de telles exceptions à l'expropriation, figure en premier le nouveau modèle américain de traité bilatéral de protection des investissements. En effet, ce dernier contient une liste d'exceptions d'intérêt général à l'expropriation⁹⁵⁵. Des dérogations identiques sont également perceptibles dans l'ALENA en son article 1106. Il en est de même de l'article 13 du dernier modèle canadien de traité de protection et de promotion des investissements. En effet, l'annexe B 13(1) précisant le sens de cet article donne une définition de l'expropriation. Dans un traité conclu par les États-Unis, on y retrouve une disposition sur l'expropriation qui précise que : « *Except in rare circumstances, non-discriminatory regulatory actions by a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as public health, safety, and the environment, do not constitute indirect expropriations* »⁹⁵⁶.

Cependant, si ces approches sont conventionnelles – parce que constituées de clauses d'exceptions à une expropriation indirecte convenues entre les parties au TBI –, d'autres proviennent des réflexions individuelles de certains auteurs spécialistes du droit international des investissements. Ce sont ces dernières, que l'on pourrait intituler d'approches conciliatrices individuelles dans l'identification d'une expropriation indirecte, qu'il convient maintenant d'exposer.

2 : Les approches conciliatrices individuelles dans l'identification d'une expropriation indirecte

Elles sont « conciliatrices » parce que, au même titre que les approches conventionnelles précédemment étudiées, elles essaient de prendre en compte l'impact de la mesure étatique sur l'investisseur et la finalité poursuivie par cette dite mesure. Elles sont, en outre,

sujet en ces termes : « *Les instruments de protection des investissements ont toujours prévu des exceptions à l'application des clauses du traitement national et du traitement de la nation la plus favorisée. Toutefois, la plupart de ces exceptions ne méritent pas d'être analysées dans le cadre de la présente étude dans la mesure où elles ne se fondent pas sur une prise en considération de l'intérêt général* », l'auteur précité p. 257.

⁹⁵⁵ L'article 8 de ce traité, en son troisième paragraphe relatif aux prescriptions de performance est consacré à une liste d'exceptions. Ce paragraphe dispose, en substance, que les règles protectrices des investissements relatives aux prescriptions de performance n'empêcheront pas l'État d'adopter des mesures, notamment environnementales, visant à protéger la santé et la vie des animaux et la protection des végétaux (article 8 § 3 alinéa 2) ou à la conservation des ressources naturelles épuisables (article 8 § 3 alinéa 3).

⁹⁵⁶ Annexe du B du modèle américain de traité bilatéral de protection et de promotion des investissements de 2004 dispose : (a) *The determination of whether an action or series of actions by a Party, in a specific fact situation, constitutes and indirect expropriation, requires a case-by-case, fact-based inquiry that considers, among other factors : (i) the economic impact of the government action, although the fact that an action or series of actions by a Party has an adverse effect on the economic value of an investment, standing alone, does not establish that an indirect expropriation has occurred ; (ii) the extent to which the government action interferes with distinct, reasonable investment-backed expectations ; and (iii) the character of the government action* ».

« individuelles » parce que, contrairement aux approches conventionnelles, elles proviennent de démonstrations propres à certains auteurs qui s'intéressent au droit des investissements. Parmi ces approches conciliatrices et individuelles dans l'identification de l'expropriation indirecte, deux peuvent être relevées.

Ainsi, il sera d'abord étudié l'approche d'Arnaud De Nanteuil qui se fonde sur la confrontation entre l'atteinte à l'investissement et la mesure qui en est à l'origine (a) avant de se pencher sur l'approche de H. Suzy Nikiéma qui consiste à faire une distinction entre deux catégories d'expropriations indirectes. Pour cet auteur, en effet, il faut distinguer l'expropriation indirecte « verticale » de l'expropriation indirecte horizontale (b).

a- La thèse de la confrontation entre l'atteinte à l'investissement et la mesure qui en est à l'origine

C'est l'une des meilleures approches que l'on peut avoir dans toute tentative d'identification d'une expropriation indirecte. « *La perspective ici proposée reste donc profondément centrée sur l'atteinte à l'investissement, qui demeure le paramètre décisif dans l'identification de l'expropriation indirecte : de la qualification de cette atteinte dépendra l'issue du litige* »⁹⁵⁷. Il faut d'emblée noter qu'elle se rapproche du critère de proportionnalité, qui constitue une autre tendance d'appréhension d'une expropriation indirecte. En effet, celui-ci suppose qu'il n'y aurait expropriation indirecte que dans les cas où l'utilisation de ses pouvoirs réglementaires par l'État aurait provoqué une atteinte disproportionnée à la propriété d'un investisseur étranger. Une telle approche avait recueilli l'assentiment de certains auteurs qui s'opposaient aux doctrines radicales des « police powers » et de « l'effet unique »⁹⁵⁸. Seulement, des critiques ont été adressées au critère de proportionnalité en ce sens que « *l'évaluation de la proportionnalité d'une mesure peut conduire les juges à examiner l'opportunité politique de la mesure examinée* »⁹⁵⁹. Même la Cour Européenne des Droits de

⁹⁵⁷ A. DE NANTEUIL, « L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement », *op.cit.*, p. 32.

⁹⁵⁸ V. KRIEBAUM, « Regulatory takings: balancing the interests of the investor and the State », *The Journal of world investment and trade*, vol 8, 2007, pp. 717-744. Ce principe de proportionnalité a été approuvé par plusieurs auteurs comme A. NEWCOMBE et L. PARADELL, « Law and Practice of Investment Treaties », *Kluwer*, 2009, p. 363 ; A. REINISCH, « Expropriation », in *The Oxford Handbook of international investment law*, *op.cit.*, p. 450 ; v. également D. GANTZ, « Potential conflicts between investor rights and environmental regulation under NAFTA's Chapter 11 », *George Washington international law review*, vol 33, 2001, pp. 651-752, pp. 742 et s. Ce dernier auteur considérait que l'évaluation des risques et la possibilité des mesures alternatives sont des éléments pertinents dans l'identification d'une expropriation indirecte. De cette affirmation l'on pourrait déduire qu'il s'agissait du critère de proportionnalité.

⁹⁵⁹ A. DE NANTEUIL, « L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement », *op.cit.*, p. 30.

l'Homme (CEDH) a été reprochée d'utiliser de manière excessive ce critère de proportionnalité⁹⁶⁰. En outre, selon certains auteurs, du fait de son imprécision, le critère de proportionnalité pourrait encore accroître les pouvoirs d'appréciation des arbitres. Ces pouvoirs, impliquant la prise en compte de « *toute sorte d'éléments très subjectifs* », peuvent être acceptés s'agissant de juridictions nationales ou interétatiques, mais « *peuvent étonner lorsqu'il s'agit de tribunaux arbitraux composés de personnes privées et sans aucun mécanisme d'appel ou de cassation* »⁹⁶¹.

À côté de l'approche reposant sur la confrontation entre l'atteinte portée à l'investissement et la mesure étatique qui l'a provoquée, il existe une autre qui se caractérise également par son caractère conciliateur, ou au mieux intermédiaire. Il s'agit de la proposition faite par S. H. Nikiéma qui fait ressortir une distinction entre une expropriation indirecte verticale et une expropriation indirecte horizontale.

b- La thèse portant sur la distinction entre une expropriation indirecte verticale et une expropriation indirecte horizontale

Cette thèse relève d'une véritable originalité, en ce sens que son auteur opère une scission de la notion même « d'expropriation indirecte », en considérant que celle-ci peut être « verticale » ou « horizontale ».

Plus explicitement, selon Suzy Nikiéma, « *la mesure verticale d'une expropriation indirecte peut être définie comme celle qui désigne nommément les investisseurs/investissements auxquels elle s'applique et dont l'effet est de modifier la situation juridique de ses destinataires* »⁹⁶². Ainsi, par exemple, un investisseur étranger en position de concurrence sur le marché local avec un ou plusieurs investisseurs nationaux se voit retirer l'autorisation d'exploitation de l'usine qu'il avait établie dans le pays considéré⁹⁶³. Ici, l'on peut relever que l'expropriation est indirecte parce qu'elle n'est pas formelle ; c'est-à-dire que l'État

⁹⁶⁰ F. SUDRE, « Le 'droit au respect de ses biens' au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », in *La protection du droit de propriété par la Cour européenne des droits de l'homme*, Institut des droits de l'homme des avocats européens, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 1-18, pp. 14-15.

⁹⁶¹ Ch. LEBEN, « La liberté normative de l'État et la question de l'expropriation indirecte », in *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, *op.cit.*, p. 179, cité par A. DE NANTEUIL, L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement, *op.cit.*, p. 30.

⁹⁶² S. H. NIKIEMA, « L'expropriation indirecte en droit international des investissements », Paris, *P.U.F.*, 2012, p. 31.

⁹⁶³ Tel a été le cas dans l'affaire opposant *Biloune and Marine Drive complex Ltd. C/ Ghana Investments Centre*, S ad hoc du 27 octobre 1989, *ILR*, 1990, vol. 95, pp. 183-232.

n'a pas pris un acte ayant expressément pour objet de déposséder l'investisseur. D'autre part, elle est « verticale » parce qu'elle cible nommément ledit investisseur ; la mesure vise un ou plusieurs individus. Dans une telle situation, un auteur a pu dire que « *la mesure d'expropriation, directe parce qu'elle touche de façon spécifique un investisseur déterminé, est en réalité très proche d'une expropriation directe de type classique à laquelle manquerait simplement le caractère formel, manifesté sous la forme d'un instrument juridique adopté par l'État hôte et manifestant officiellement la volonté de ce dernier de priver l'investisseur de son investissement* »⁹⁶⁴. De nombreuses décisions ont été rendues en exemple de ce type d'expropriation indirecte, il en est ainsi dans les affaires *Salini c. Maroc*⁹⁶⁵, *A. Genin c. Estonie*⁹⁶⁶, *Holidays Inn c. Maroc*⁹⁶⁷, *A. Goetz c. Burundi*⁹⁶⁸. Il faut ici souligner que cette première catégorie issue de la thèse de l'auteur précité renvoie directement à l'expropriation indirecte telle qu'elle a été conçue en droit des investissements, d'une manière générale. Un constat qui a été relevé antérieurement par un autre auteur⁹⁶⁹.

À côté des expropriations indirectes, mais verticales, Suzy H. Nikiéma oppose « *les expropriations indirectes horizontales* ». En effet, ces décisions, s'inscrivant dans le cadre de la politique économique générale de l'État, sont édictées à l'égard de tous les opérateurs économiques sur le territoire national. En d'autres termes, et contrairement à la première catégorie d'expropriations indirectes, dites verticales, celles dites horizontales ne visent pas un ou des investisseurs déterminés. Ce sont des mesures de portée générale qui ont exclusivement pour finalité d'atteindre un but autre que de déposséder l'opérateur économique. Les investisseurs, d'une manière générale - y compris même les nationaux - ne font que subir les revers d'une décision ayant non seulement une préoccupation réglementaire, mais encore, soucieuse de la satisfaction de l'intérêt général. C'est justement cette finalité d'intérêt général qui devrait plus être prise en compte par les arbitres dans ce type d'expropriation indirecte que les effets de cette dernière sur les biens de l'ensemble des opérateurs économiques touchés.

À l'analyse, il ne serait pas ingrat de reconnaître que cette proposition de l'auteur fondée sur la distinction entre « *une expropriation indirecte verticale* » et « *une expropriation indirecte*

⁹⁶⁴ P.M. DUPUY et Y. RADI, « Le droit de l'expropriation directe et indirecte », in *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, op.cit., p. 407.

⁹⁶⁵ Affaire CIRDI *Salini Costruttione SpA et Italstrade SpA c. Maroc*, n°ARB/00/4, du 23 juillet 2001, décision sur la compétence précitée.

⁹⁶⁶ Affaire CIRDI *Alex Genin et autres c. Estonie*, n°ARB/99/2, sentence du 25 juin 2001. Il convient de souligner que dans cette décision, toutes les prétentions de l'investisseur ont été rejetées.

⁹⁶⁷ Affaire CIRDI, *Holidays Inn SA et autres c. Maroc*, n°ARB/72/1, sentence du 23 septembre 1974

⁹⁶⁸ Affaire CIRDI, *Antoine Goetz et autres c. Burundi*, n°ARB/00/4, décision du 23 juillet sur la compétence.

⁹⁶⁹ M. SORNARAJAH, « The International Law of Foreign Investments », 3 éd., Cambridge, CUP, 2010, p. 367.

horizontale » n'épuise pas complètement le débat sur l'identification de l'expropriation indirecte. Au demeurant, elle permettrait au mieux de saisir les situations dans lesquelles⁹⁷⁰ il serait permis de conclure, aux côtés du professeur Charles Leben, à « *une présomption en faveur des mesures d'intérêt général adoptées par les États* »⁹⁷¹.

Mais, pour l'essentiel, retenons simplement que lorsque l'on parle d'atteinte à la propriété de l'investisseur, c'est l'expropriation – directe ou indirecte – qui est généralement visée, même si elle ne constitue pas le seul mode dépossesion de l'investisseur⁹⁷². Cependant, une fois l'atteinte à la propriété a été reconnue – soit par l'État lui-même, soit par une décision d'un tribunal arbitral – il devra être procédé à la réparation du préjudice subi par l'investisseur. En d'autres termes, les tentatives d'identification d'une dépossesion d'un investisseur, n'ont d'autre objet que de permettre la réparation de l'atteinte portée au bien de celui-ci. C'est l'étude de cette réparation des atteintes à l'investissement qu'il faudrait dès lors se livrer.

Section 2 : Le mode de réparation des atteintes portées au droit de propriété l'investisseur étranger en droit des investissements

« *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer* », dispose l'article 1240 du Code civil français. Ce même Code, en son article 1241, rajoute : « *Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence* ». Le droit international général et surtout le droit international des investissements souscrivent à ce principe. Dans ce dernier, où il est essentiellement question de relations économiques, il est primordial de s'interroger sur les modes de réparation des préjudices subis par les opérateurs économiques.

En d'autres termes, si toutefois l'État d'accueil lui-même reconnaît avoir porté atteinte à la propriété de l'investisseur, ou bien, lorsqu'en cas de contentieux, les arbitres estiment qu'une atteinte au bien de ce dernier est avérée, l'État en question sera tenu de procéder à la réparation du préjudice économique. En droit des investissements, et plus précisément dans ses

⁹⁷⁰ Ces situations correspondent à la deuxième catégorie d'expropriation indirecte, en l'occurrence les expropriations indirectes horizontales, qui sont distinguées des expropriations indirectes horizontales par l'auteur. En ce sens v. S. H. NIKIEMA, « L'expropriation indirecte en droit international des investissements », *op.cit.*, p. 31.

⁹⁷¹ Ch. LEBEN, « La liberté normative de l'État et la question de l'expropriation indirecte », in *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, *op.cit.*, p. 177.

⁹⁷² Rappelons juste que l'expropriation et la nationalisation constituent les deux moyens par lesquels l'État hôte de l'investissement peut déposséder le bien de l'investisseur.

dispositions conventionnelles, c'est l'indemnisation qui y constitue le mode privilégié de réparation du préjudice causé à l'investisseur (**Paragraphe 1**). Elle est au cœur de tout contentieux opposant un investisseur étranger à un État si bien que ses effets ont un fort impact dans l'évolution du droit international des investissements (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : L'indemnisation : le mode privilégié de réparation des atteintes portées au droit de propriété des investisseurs

Il faut dès l'abord apporter une précision. L'indemnisation est souvent rattachée à la clause d'expropriation, mais, il n'en demeure pas moins qu'elle puisse constituer une réparation des violations des autres clauses contenues dans les TBI. En termes plus clairs, rien n'exclut qu'elle puisse s'appliquer aux standards de traitement et de protection des investissements contenus dans les traités. Ainsi par exemple, si la violation du traitement juste et équitable aboutit à une dépossession consécutive de l'investissement, les principes de l'indemnisation pourraient être requis pour la réparation de la violation de ce standard de traitement. Deux cas de figure peuvent se présenter à cet effet.

Premièrement, en l'absence totale d'une expropriation proprement dite, la clause d'indemnisation contenue dans la disposition relative à l'expropriation a pu être employée pour déterminer le montant de la réparation due. C'est ce qui ressort de la sentence rendue dans l'affaire *CMS c. Argentine*, où le tribunal considérait : « *The cumulative nature of the breaches discussed here is best dealt with by resorting to the standard of fair market value. While this standard figures prominently in respect of expropriation, it is not excluded that it might also be appropriate for breaches different from expropriation if their effect results in important long-term losses* »⁹⁷³. Dans le même sens, un auteur a pu affirmer que si les effets de certains agissements constituent une violation du traité aboutissant à la destruction de l'investissement à l'instar d'une expropriation, il n'y a pas d'obstacle juridique à ce que les principes relatifs à l'indemnisation de celle-ci trouvent à s'appliquer⁹⁷⁴.

Secondement, il peut arriver qu'il y ait une violation multiple du traité. Dès lors la question qui va se poser serait celle de savoir à quelle clause il faudrait se référer pour justifier l'application des principes de l'indemnisation. Par exemple, une violation de la clause de libre transfert ou celle du traitement national peuvent s'ajouter à une expropriation illicite déjà

⁹⁷³ Affaire CIRDI, *CMS gas transmission company c. Argentine*, n°ARB/01/8, sentence finale du 12 mai 2005, vol. 14, p. 158, § 410.

⁹⁷⁴ A. DE NANTEUIL, « La clause d'indemnisation », *R.G.D.I.P.*, 2015, n° 1, p. 241.

établie. Dans une telle situation, pour indemniser l'investisseur, faut-il invoquer la violation du traitement national⁹⁷⁵ par exemple ou celle de l'expropriation indirecte ? Ce qui est sûr, pour des raisons d'efficacité, le tribunal ne procédera pas à une indemnisation successive des différentes violations subies par le traité. Dans de telles hypothèses, les tribunaux arbitraux procèdent à une indemnisation unique pour l'ensemble des violations constatées. Généralement, la tendance consiste à se référer à la clause d'indemnisation d'une expropriation contenue dans le traité pour la réparation de toutes les atteintes portées aux différentes clauses de ce dernier⁹⁷⁶. Selon Arnaud de Nanteuil, « ...le recours au standard d'indemnisation de l'expropriation pour indemniser des violations multiples se justifie donc pleinement si le résultat de l'ensemble de ces violations est identique à celui d'une expropriation, c'est-à-dire si l'investissement a été totalement détruit »⁹⁷⁷. Cette remarque apporte un renseignement majeur au sujet des différentes clauses contenues dans les traités sur la question de l'indemnisation. En tout cas, plus précisément entre l'expropriation et les autres clauses. En effet, si par nature l'expropriation se différencie de ces autres clauses, elles sont identiques quant à leurs effets et surtout leur mode de réparation. Face à un tel constat, il ne semble pas déraisonnable de leur appliquer les mêmes principes, en tout cas en ce qui concerne l'indemnisation.

Mais pour l'heure, il est question de se pencher sur la question de l'indemnisation d'une expropriation et, plus précisément ses caractères **(A)**. Seulement, étudier ses caractères laisse entrevoir par ailleurs que le droit international général ait servi de fondement à la réglementation de l'indemnisation en droit des investissements **(B)**.

⁹⁷⁵ Ici, il faut juste préciser comme dans le cas du traitement juste et équitable, la violation du traitement national peut atteindre un degré tel qu'elle entraîne une dépossession réelle de l'investisseur. Dans une telle hypothèse, de tels effets sont identiques à ceux d'une expropriation formelle, c'est-à-dire d'une expropriation directe.

⁹⁷⁶ Dans ces quelques affaires qui suivent, les tribunaux arbitraux se sont référés aux dispositions relatives à l'indemnisation d'une expropriation illicite afin d'indemniser généralement l'ensemble des violations portées au traité par l'État : Affaire CIRDI, *Metalclad corp c. Mexique*, n°ARB/97/1, sentence finale du 30 août 2000, ICSID Reports vol. 5, p. 212, § 113 ; Affaire ALENA, *Técnicas medioambientales Tecmed S. A. c. Mexique*, n°ARB/00/2, sentence du 29 mai 2003, ICSID Reports vol. 10, p. 54, § 187-188 ; cependant, dans l'Affaire *Antoine Abou Lahoud et Leila Bounafeh Abou Lahoud c. République démocratique du Congo*, n°ARB/10/4, sentence du 7 février 2014, les solutions précédentes ont été adoptées non pas sur la base d'un traité, mais plutôt sur celle d'une loi nationale de promotion et de protection des investissements.

⁹⁷⁷ A. DE NANTEUIL, « La clause d'indemnisation », *op.cit.*, p. 240.

A : Les caractères de l'indemnisation

L'indemnisation en droit des investissements, dispose des caractères qui lui sont propres, caractères qui expliquent sa raison d'être. Ces derniers apparaissent tout d'abord au niveau de la formulation rédactionnelle de la clause d'indemnisation. À cet égard, il faut relever qu'une controverse ressort par rapport à la formule de ladite clause d'indemnisation (1). Par ailleurs, lorsque l'on aborde la réparation des atteintes portées au bien de l'opérateur économique, c'est l'indemnisation qui est directement évoquée. Seulement, et plus précisément lorsque le bien de l'investisseur a été exproprié ; la réparation de l'atteinte se traduit soit par la compensation d'une expropriation licite, soit par l'indemnisation d'une expropriation illicite (2).

1 : Les controverses par rapport à la formulation rédactionnelle de la clause d'indemnisation dans les TBI

La formulation rédactionnelle de la clause d'indemnisation révèle une controverse au sein des tribunaux arbitraux d'investissements. Ce débat oppose deux tendances : la formule Hull de l'indemnisation « prompte, adéquate et effective »⁹⁷⁸ qui vient des États-Unis et la formule de l'indemnisation « adéquate » ou, pour reprendre la proposition du tribunal irano-américain d'indemnisation « appropriée ».

Cette dernière tendance qui s'inscrit dans la même veine de la résolution de 1803 relative à la revendication des PED de leur souveraineté permanente sur leurs ressources naturelles⁹⁷⁹, implique de laisser une grande marge de manœuvre à l'État expropriant. Autrement dit, cette doctrine semble laisser l'opportunité à l'État de considérer ce qui lui paraît convenable comme indemnisation à l'investisseur⁹⁸⁰. Il va de soi que cette théorie ne saurait connaître un véritable

⁹⁷⁸ Il faut ici préciser que cette formule tire son nom du secrétaire d'État américain qui l'a formulée pour la première fois en 1983 dans une correspondance avec le gouvernement mexicain au sujet d'un désaccord entre les deux États sur le standard de compensation exigé par le droit international en cas d'expropriation, v. A. DE NANTEUIL, « La clause d'indemnisation », *op.cit.*, p. 223 ; l'auteur y indique que cette lettre du secrétaire d'État américain est reproduite in *AJIL* vol. 32, 1938, spec. Supp. p. 181.

⁹⁷⁹ Ici également, il serait intéressant de relever la tentative de l'Assemblée générale des Nations Unies de 1974, par le truchement de la Charte des droits et devoirs économiques des États, de prévoir l'application du droit national de l'État expropriant à la question de l'indemnisation d'une expropriation. Cette tentative, qui devrait parachever la résolution de 1803 sur la souveraineté permanente sur les ressources naturelles n'a pas pu atteindre l'objectif visé.

⁹⁸⁰ Parmi les tenants de ce courant et qui s'oppose à la formule Hull, l'on peut citer O. SCHACHTER, « Compensation for expropriation », *AJIL*, vol 78, 1984, pp. 121-130 ; Y. NOUVEL, « L'indemnisation d'une expropriation indirecte », *International Law Forum*, vol 5, 2003, pp. 198-204 ; P. DE VISSCHER, *Théories et réalités en droit international public*, Pédone, 1953, p. 233.

succès dans la pratique arbitrale. L'échec de cette doctrine quant à la formulation de la clause d'indemnisation a été accentué par l'adhésion des traités de protection des investissements et une partie de la doctrine⁹⁸¹ à la formule Hull.

En effet, il semble que la majorité des TBI semblent plus se ranger du côté de la formule américaine d'indemnisation « prompte, effective et adéquate », même si elle n'est pas, au demeurant, toujours textuellement reprise⁹⁸². L'adhésion des traités à cette doctrine américaine peut se comprendre si l'on sait que les pays développés – d'où proviennent généralement les investisseurs – exercent une grande influence dans la négociation des TBI. Sans nul doute, cette influence s'orientera plus vers un renforcement des droits des investisseurs – comme par exemple l'insertion de la formule Hull dans les traités - que de ceux des États d'accueil, qui sont la plupart du temps des États en développement. Ainsi, les mots « prompte », « effective » et « adéquate » de la formule Hull auront pour effets de mettre en exergue la préoccupation de l'adéquation de l'indemnisation à la valeur du bien exproprié. En termes plus clairs, l'énumération de ces trois adjectifs peut avoir un double objet : alerter les États hôtes sur les implications et conséquences qui s'attachent à la violation de la clause de l'expropriation ; mais encore, en cas d'atteinte, faire persuader aux arbitres de la nécessité de veiller sur la conformité de l'indemnisation à la valeur du bien exproprié.

Par ailleurs, il faut aussi préciser que si la formule Hull a beaucoup plus de succès que les tenants de l'indemnisation « adéquate », son épanouissement est seulement limité dans le cadre conventionnel. Plus concrètement, si les traités bilatéraux s'attachent au principe dégagé par la doctrine Hull, celle-ci n'a pas reçu une consécration dans le cadre du droit international général, elle n'est pas érigée en règle coutumière. Cependant, il est vrai que l'on peut balayer cette réserve en se rangeant à l'observation faite par Arnaud De Nanteuil qui indiquait que : « *la répétition d'une norme conventionnelle peut conduire à l'intégrer progressivement au droit international général...* »⁹⁸³. Seulement, pour l'heure, il faut admettre qu'elle n'a pas encore accédé au statut de principe du droit international ; d'autant plus, son application n'est pas totale dans les tribunaux arbitraux. Ainsi par exemple, dans la sentence finale rendue en l'affaire *CME*

⁹⁸¹ La formule Hull de l'indemnisation « prompte, effective et adéquate » a, par ailleurs reçu certains soutiens au sein de la doctrine, v. en ce sens B. CLAGETT, « The expropriation before the Iran-US Claims tribunal: is 'just compensation' required by international law or not? » , *Law and policy in international business*, vol 16, 1984, pp. 813-891 ; M. MENDELSON, « What price expropriation? Compensation for expropriation: the case law (Replay to O. Schachter) », *AJIL*, vol 79, 1985, pp. 414-420.

⁹⁸² T. WÄLDE et B. SABAH, « Compensation, damages and valuation », in *The Oxford Handbook of international investment law*, P. MUCHLINSKI ; F. ORTINO et C. SCHREUER (dir.) , Oxford Handbook, 2008, pp. 1049-1124, p. 1069, cité par A. DE NANTEUIL, « La clause d'indemnisation », *op.cit.*, p. 224.

⁹⁸³ A. DE NANTEUIL, « La clause d'indemnisation », *op.cit.*, p. 224.

c. *République Tchèque*, le tribunal, avant d'appliquer la formule moins circonscrite de « pleine compensation » avait relevé :

« *That formula was controversial. Capital exporting countries viewed it as an expression of customary law. Developing countries and the Communist States maintained that the foreign investor was entitled to no more compensation than provided by the law of the host government however and whenever amended and applied. The controversy came to an end with the adoption by the General Assembly of the United Nations of the Charter of Economic Rights and Duties of States* »⁹⁸⁴.

Toutefois, il faut relever qu'en vérité, la formulation pour déterminer le montant de l'indemnisation n'est pas déterminante. Ce qui importe véritablement pour l'investisseur, et pour les arbitres en principe, c'est la correspondance de l'indemnisation à la pleine valeur de la propriété expropriée. Pour minimiser l'importance de la formulation de la clause d'indemnisation et faire taire la controverse qui s'y attache, un auteur a pertinemment fait remarquer que : « *le fait de déterminer que la réparation doit être à la fois prompte, adéquate et effective n'ajoute pas grand-chose au constat bien établi selon lequel elle doit « effacer les conséquences de l'acte illicite » et rétablir, autant que faire se peut, le statu quo ante* »⁹⁸⁵. Le dépassement de cette controverse a été illustré, par ailleurs, par la multiplicité des TBI – en 2010, la CNUCED relevait qu'ils étaient au nombre de 2700⁹⁸⁶ - et qui prévoyaient tous une « totale » ou « pleine » compensation en cas d'expropriation. Somme toute, il ne serait pas incongru d'affirmer que si la formulation Hull n'emporte pas l'assentiment de toute la doctrine, le principe de « la compensation totale d'une expropriation licite » ou de « l'indemnisation totale d'une expropriation illicite » semble acquise en droit international des investissements.

Justement, se pencher sur la différence entre ces deux expressions semble également nécessaire pour mieux saisir les caractères de l'indemnisation, d'une manière générale, en droit des investissements. Plus précisément, c'est sur la distinction entre la compensation d'une expropriation licite et l'indemnisation d'une expropriation illicite qu'il convient à présent de s'arrêter.

⁹⁸⁴ Affaire CIRDI, *CME Czech Republic BV c. République tchèque*, sentence finale, 14 mars 2003, § 497.

⁹⁸⁵ A. DE NANTEUIL, « L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement », *op.cit.*, p. 290.

⁹⁸⁶ CNUCED, « World investment report 2010 », p. 81.

2 : La différence entre la compensation d'une expropriation licite et l'indemnisation d'une expropriation illicite

D'une manière très générale, lorsque l'on aborde le ou les mode (s) de réparation des atteintes portées sur le bien d'un opérateur économique, c'est l'indemnisation qui est instantanément, voire subitement évoquée. Pourtant, lorsque l'État porte atteinte à la propriété de l'opérateur, d'une manière procédurale ce n'est pas l'indemnisation *stricto sensu* qui doit être *de jure* invoquée, en tout cas en droit des investissements. En effet, dans cette discipline, lorsque le bien de l'investisseur fait l'objet d'une expropriation par l'État d'accueil, le processus de réclamation de la réparation se déroule en deux temps :

En premier lieu, en prenant un acte formel d'expropriation ou même en procédant à une expropriation indirecte de l'investisseur, l'État doit verser à ce dernier une compensation correspondant à la valeur du bien exproprié. Dans ce cas de figure, l'investisseur n'a, en principe, pas besoin d'attirer l'autorité étatique expropriant devant un tribunal arbitral international pour obtenir la réparation de l'atteinte portée à sa propriété. La réparation de l'atteinte se fait sans, en principe, l'intervention d'un juge ou d'un arbitre. Car, bien entendu, cette faculté a non seulement été reconnue à l'État, dans le cadre du droit international général, mais ensuite prévue par les TBI. Dans ces derniers, en particulier, l'État peut parfaitement exproprier le bien de l'opérateur économique, sans violer les clauses contenues dans ces TBI, mais encore, sans engager sa responsabilité internationale, s'il accompagne son geste d'une compensation adéquate, c'est-à-dire équivalente à la valeur du bien. Tout cela pour dire que le pouvoir souverain de l'État d'exproprier, prévu en droit international général, a été adapté par les traités d'investissements en lui subordonnant un certain nombre de conditions. Elles sont appelées les conditions de licéité de l'expropriation, et parmi celles-ci, la compensation demeure la plus essentielle. Ainsi, si l'on s'en tient à ce qui vient d'être démontré, il est possible d'affirmer que la compensation constitue le mode de réparation d'une expropriation licite. Autrement dit, pour qu'une expropriation soit licite, elle doit s'accompagner d'une compensation.

En second lieu, si toutefois, à l'issue de la dépossession, la compensation prévue n'est pas versée (ou la somme est versée mais ne correspond pas à ce qui était exigé par la clause de l'expropriation contenue dans le traité), l'expropriation, qu'elle soit directe ou indirecte, devient illicite. En d'autres termes, ce manquement à la compensation exigée constituera une violation de la clause de l'expropriation prévue par le traité. De ce fait, l'investisseur pourra attirer l'État devant un tribunal arbitral international pour réclamer, non plus une compensation, mais plutôt

une indemnisation. Ici, contrairement à la première hypothèse, l'investisseur entre directement en conflit avec son État hôte, pour, non seulement dénoncer la violation du traité par l'État – absence de versement par ce dernier d'une compensation à la suite d'une expropriation –, mais encore réclamer une indemnisation pour le préjudice subi. L'on peut donc facilement constater que l'obligation de l'État change de nature selon les circonstances : le manquement d'une compensation qui rendrait une expropriation licite, entraîne une obligation d'indemnisation d'une expropriation devenue illicite.

À partir de cette démonstration, il est possible d'affirmer, qu'il existe une réelle différence entre une expropriation licite et une expropriation illicite ; ou plus exactement, il semble donc nécessaire de faire la distinction entre la compensation d'une expropriation licite et l'indemnisation d'une expropriation illicite. Seulement, ce n'est pas tout de distinguer ces deux dernières expressions du point de vue de leur signification, encore faudrait-il s'interroger sur les conséquences de tels actes. En d'autres termes et plus précisément, existe-t-il une différence de montant de la somme allouée entre la compensation d'une dépossession licite et l'indemnisation d'une dépossession illicite ?

À première vue, il peut être tentant de répondre par l'affirmative, en considérant qu'une dépossession illicite doit être plus durement sanctionnée qu'une expropriation licite. Mais lorsque l'on ausculte aussi bien la jurisprudence arbitrale que la doctrine, l'on se rendra très vite compte, qu'il s'avère extrêmement difficile de trouver une réponse unanime à la question. Il est logique de penser que si les conséquences de la compensation et de l'indemnisation sont identiques, l'État, animé d'une mauvaise volonté, n'aurait pas intérêt à réparer conformément à la procédure prévue par le traité, l'atteinte à la propriété de son partenaire. Il prendrait tout son temps, quitte même à pousser à bout la patience de l'investisseur à saisir un tribunal arbitral. À tort ou à raison, il peut tenir tête à l'investisseur étranger jusqu'à ce que ce dernier saisisse une juridiction arbitrale internationale. Mais si l'autorité étatique est consciente que la réparation que pourrait exiger une juridiction arbitrale serait beaucoup plus onéreuse que celle contenue dans le traité, elle ne prendrait pas le risque de trainer les pieds à la réparation conventionnelle – c'est-à-dire la compensation de l'expropriation indirecte –, du préjudice subi par l'investisseur si elle est persuadée que la réclamation de cette dernière est fondée. Dans cette perspective, la différence des conséquences pécuniaires entre la compensation versée volontairement par l'État, et l'indemnisation exigée par les tribunaux arbitraux aura un fort impact sur le pragmatisme étatique à la réparation conventionnelle, voire volontaire des préjudices causés à l'investisseur. Un auteur l'a rappelé en d'autres termes en considérant : la nécessité de cette distinction a pu être justifiée par l'importance d'une différenciation entre les

conséquences d'un acte licite et d'un acte illicite : à défaut, le droit perdrait en effet toute dimension préventive puisqu'un État n'aurait pas d'intérêt particulier à le respecter, les conséquences étant les mêmes qu'en cas de violation⁹⁸⁷. Il est de coutume, pour aborder la question du montant de l'indemnisation d'une expropriation indirecte illicite par les tribunaux arbitraux de se référer à la célèbre décision rendue par la CPJI dans l'affaire de l'Usine de Chorzów⁹⁸⁸. Ainsi, après avoir constaté que « la réparation est, en l'espèce, la conséquence non pas de l'application des articles 6 à 22 de la Convention de Genève, mais d'actes qui sont contraires aux dispositions de ces articles », la Cour en déduisit que :

« [l] 'indemnité due au Gouvernement allemand n'est pas nécessairement limitée à la valeur qu'avait l'entreprise au moment de la déposssession, plus les intérêts jusqu'au jour du paiement. [...] Le principe essentiel, qui découle de la notion même d'acte illicite et qui semble se dégager de la pratique internationale, notamment de la jurisprudence des tribunaux arbitraux, est que la réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis. Restitution en nature, ou, si elle n'est pas possible, paiement d'une somme correspondant à la valeur qu'aurait la restitution en nature ; allocation, s'il y a lieu, de dommages-intérêts pour les pertes subies et qui ne seraient pas couvertes par la restitution en nature ou le paiement qui en prend la place ; tels sont les principes desquels doit s'inspirer la détermination du montant de l'indemnité due à cause d'un fait contraire au droit international »⁹⁸⁹.

À la lecture de cette démonstration de la CPJI, il peut être admis donc que le montant de l'indemnisation en cas d'expropriation doit être plus conséquent que celui de la compensation d'une expropriation licite. Ce principe a été rappelé aussi bien par le tribunal des différends irano-américain⁹⁹⁰ que par les tribunaux arbitraux statuant sur le fondement des traités de protection des investissements⁹⁹¹. Toujours, dans une autre affaire, le tribunal des différends

⁹⁸⁷ I. MARBOE, « Compensation and damages in international law. The limits of 'fair market value' », *The Journal of world investment and trade*, 2006, n° vol. 7, n°5, pp. 723-759, p. 726, cité par A. DE NANTEUIL, « L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement », *op.cit.*, p. 291.

⁹⁸⁸ Affaire CPJI, relative à l'Usine de Chorzów, Allemagne c. Pologne, sentence du 13 septembre 1928 portant sur une demande en indemnité, Série A, n°17, pp. 46-47.

⁹⁸⁹ Affaire précitée.

⁹⁹⁰ *Amoco international corporation c. Iran*, 14 juillet 1987, Iran-US C.T.R. Vol. 15, p. 189, § 191 et s.

⁹⁹¹ Affaire CIRDI, *Bernardus Henricus Funekotter et al. c. Zimbabwe*, Aff. n° ARB/05/6, sentence du 22 avril 2009, I.L.M. vol. 48, n°4, p. 764, § 110-111 ; Affaire CIRDI, *Compañia de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. c. Argentine*, Aff. n° ARB/97/3, sentence finale du 20 août 2007, § 8.2.5 ; Affaire CIRDI, *ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V., ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. et*

irano-américain a réitéré son attachement à ce principe en considérant que cette distinction est « *relevant only to two possible issues : whether restitution of the property can be awarded and whether compensation can be awarded for increase of the value of the property between the date of the taking and the date of the judicial or arbitral decision awarding compensation* »⁹⁹². Cette différenciation entre ces deux notions que sont « la compensation » et « l'indemnisation » incite à s'interroger sur leur sens dans les TBI. Dans cette perspective, les tribunaux arbitraux estiment que les modalités d'indemnisation disposées dans les APPI ne s'appliquent pas aux expropriations illicites, expropriations qui peuvent être indemnisées plus conséquemment en fonction des dommages consécutifs à l'expropriation. C'est en tout cas ce qui ressort de certaines décisions de certains tribunaux comme celui dans l'affaire Vivendi II ; le tribunal déclarait :

« *The treaty thus mandates that compensation for lawful expropriation be based on the actual value of the investment, and that interest shall be paid from the date of dispossession. However, it does not purport to establish a lex specialis governing the standards of compensation for wrongful expropriations. As to the appropriate measure of compensation for the breaches other than expropriation, the Treaty is silent. [...] There can be no doubt about the vitality of this statement of the damages standard under customary international law, which has been affirmed and applied by numerous international tribunals as well as the PCIJ's successor, the International Court of Justice. It is also clear that such a standard permits, if the facts so require, a higher rate of recovery than prescribed in Article 5(2) for lawful expropriations* »⁹⁹³.

Il semblerait, dès lors, donc que les notions de « compensation » et « d'indemnisation » stricto sensu sont *maladroitement* appliquées dans les TBI, si bien qu'Arnaud De Nanteuil a pu considérer que « *la compensation figurant dans les clauses conventionnelles est en réalité une condition de licéité et non une conséquence de l'illicite* », avant de rajouter que « *face à une*

ConocoPhillips company c. Venezuela, Aff. n°ARB/07/30, sentence sur la compétence et le fond du 3 septembre 2013, §342.

⁹⁹² Affaire *Phillips Petroleum Co. Iran c. Gouvernement de la République islamique d'Iran et autres*, Sentence du 29 juin 1989, 21 Iran-U.S. C.T.R. 7, § 122, cité par P.M. DUPUY et Y. RADI, « Le droit de l'expropriation directe et indirecte », in *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, *op.cit.*, p. 411.

⁹⁹³ Affaire CIRDI, *Compania de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal SA c. République d'Argentine*, n°ARB/97/3, sentence du 20 août 2007, §§ 8.2.5. v. également Affaire CIRDI, *ADC Affiliate Limited et ADC & ADMC Management Limited c. République de Hongrie*, n°ARB/03/16, sentence du 2 octobre 2006 ; v. aussi Affaire CIRDI, *Bernadus Henricus Funnekotter and others c. République du Zimbabwe*, précitée.

expropriation illicite, les tribunaux arbitraux n'auraient en principe d'autre choix que d'appliquer les principes généraux de l'indemnisation du préjudice en droit international »⁹⁹⁴.

Tout semblait donc indiquer qu'au sens stricte du terme, la réparation d'une expropriation illicite, n'a pas été conventionnellement prévue par les TBI ; et qu'il fallait, pour déterminer le montant dû par l'État auteur de l'acte illicite à l'investisseur, de compter sur les arbitres saisis. Ces derniers à leur tour, pour pouvoir établir la totale réparation du préjudice causé, doivent se tourner, voire se référer aux principes dégagés par le droit international général en matière de responsabilité des États pour fait internationalement illicite. En d'autres termes, et pour être plus précis, il s'agit de se pencher sur l'apport du droit international général dans le contentieux de l'indemnisation en droit des investissements.

B : L'apport du droit international général dans le contentieux de l'indemnisation en droit des investissements

L'analyse du contentieux relatif à l'indemnisation montre qu'en vérité, les clauses conventionnelles contenues dans les TBI n'arrivent pas à résoudre totalement les problèmes que peuvent soulever ce mode de réparation de l'atteinte au bien de l'investisseur. En effet, si l'établissement de la réparation d'une dépossession licite a été prévu par les traités ; tel n'est pas le cas pour l'expropriation illicite. Cette dernière pose d'énormes problèmes aux TBI, tant dans sa constatation que dans la détermination du montant de sa réparation. C'est ce qui fait que les arbitres saisis, à son invocation par l'investisseur victime, sont en général obligés de se livrer à un exercice d'interprétation et des clauses conventionnelles contenues dans le traité et plus généralement du traité lui-même pour trancher le litige opposant l'investisseur à l'État expropriant.

Seulement, les clauses conventionnelles et les actions de l'État d'accueil – qui sont au cœur du contentieux de l'atteinte à la propriété – ne sont pas interprétées seulement à l'aune du traité. Plus généralement, et lorsque justement les dispositions de ce dernier sont limitées à certaines atteintes bien déterminées, que les arbitres recourent au droit international général pour apprécier et interpréter des situations d'imprévues survenues dans les rapports entre l'investisseur et son État hôte. En d'autres termes, et plus clairement, pour déterminer s'il y a expropriation illicite, et établir éventuellement le montant de la réparation, il semble primordial pour les arbitres, chargés d'interpréter les clauses conventionnelles et les actions étatiques

⁹⁹⁴ A. DE NANTEUIL, « La clause d'indemnisation », *op.cit.*, p. 220.

dommageables, de se référer au droit international général. Ici, donc, cette discipline servira de fondement et surtout de support aux arbitres chargés d'interpréter à la fois, les dispositions du traité et l'action étatique, afin d'établir l'existence ou non d'une expropriation illicite, et dans l'affirmative de fixer le montant de l'indemnisation.

Dans le système judiciaire international, lorsque l'État viole une obligation internationale, en principe, la sanction prévue consiste à engager sa responsabilité internationale. Ainsi donc, la violation d'une clause de protection des investissements dans un TBI est par conséquent un fait internationalement illicite pouvant engager la responsabilité internationale de l'État. Il s'en suit que les conséquences ou effets de l'engagement de cette responsabilité internationale de l'État consistent pour ce dernier en une obligation de réparation. Dans le contexte du droit international des investissements, les conséquences du fait internationalement illicite prennent presque invariablement la forme de préjudice matériel dont l'investisseur cherchera à obtenir réparation par la voie d'une indemnisation⁹⁹⁵.

Ainsi, il est, dès lors, possible d'admettre que les principes coutumiers d'engagement de la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite peuvent servir de fondement à l'indemnisation du préjudice matériel dans l'expropriation en droit des investissements **(1)**. Par ailleurs, l'autre avantage de se baser sur le mécanisme de la responsabilité en droit international, c'est qu'il donne également la possibilité à l'investisseur de réclamer une indemnisation - mais cette fois-ci - d'un préjudice moral **(2)**. Au demeurant, ce n'est pas tout d'analyser le mécanisme de la responsabilité de l'État en droit international dans la seule perspective de l'intérêt de l'investisseur. En effet, le fait de raisonner en termes de responsabilité, dans le contentieux de l'indemnisation d'une expropriation, peut aussi permettre aux arbitres de prendre en compte un ensemble d'éléments, au bénéfice de l'État. En termes plus clairs, l'invocation des principes coutumiers de la responsabilité en droit international, permet aussi de prendre en compte les intérêts de l'État en cause, dans le contentieux de l'indemnisation en droit des investissements **(3)**.

⁹⁹⁵ M. RAUX, « La responsabilité de l'État sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements: Etude du fait internationalement illicite dans le cadre du contentieux État-investisseur », *Thèse Paris II*, 2010, p. 434.

1 : L'application des principes coutumiers de la responsabilité de l'État comme fondement à l'indemnisation du préjudice matériel dans l'expropriation illicite

Les affirmations selon lesquelles c'est le droit international général qui constitue le droit applicable dans le contentieux des investissements internationaux ; ou plus indiscutablement, le droit international des investissements est une sous-branche du droit international général ; ou encore plus neutre que ce dernier est un complément du droit des investissements trouvent encore leur pertinence lorsqu'il s'agit de se pencher sur la question de l'indemnisation d'une expropriation illicite de l'investisseur étranger.

En effet, si la compensation due à une expropriation licite s'effectue exclusivement sur le fondement des dispositions conventionnelles, l'indemnisation d'une expropriation illicite, elle, nécessite, au-delà des clauses des TBI, de recourir aux principes dégagés par le droit international général en la matière. Sur ce point précis, l'on peut se ranger aux observations faites par le professeur Arnaud De Nanteuil, en forme de conclusion, dans une de ses études et qui indiquait en ces termes :

« ...en cas d'expropriation indirecte licite, il appartient à l'État, et à lui seul, de déterminer le montant de la compensation, mais sur le fondement des dispositions conventionnelles... En revanche, en cas d'expropriation indirecte illicite – et nous y incluons l'hypothèse immédiatement évoquée –, c'est au tribunal arbitral qu'il appartient, de façon souveraine, de déterminer le montant dû. Dans cette tâche, il reste toutefois canalisé par les principes du droit de la responsabilité internationale et peut trouver dans les dispositions du traité de protection applicable des indications intéressantes »⁹⁹⁶.

L'auteur, dans sa dernière phrase⁹⁹⁷, considère implicitement que pour la détermination du montant de l'indemnisation dû pour expropriation illicite, les arbitres doivent se référer aux principes du droit de la responsabilité internationale des États. De même, dans l'affaire *Vivendi c. Argentine*, le tribunal a précisé que les indications contenues dans le traité n'étaient en principe applicables qu'aux expropriations licites, par contre pour la détermination du montant de la réparation d'une expropriation illicite, ledit traité ne prévoyait aucune *lex specialis* : dès lors, dans ces conditions, les standards du droit de la responsabilité internationale

⁹⁹⁶ A. DE NANTEUIL, « L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement », *op.cit.*, p. 293.

⁹⁹⁷ « ...c'est au tribunal arbitral qu'il appartient, de façon souveraine, de déterminer le montant dû. Dans cette tâche, il reste toutefois canalisé par les principes du droit de la responsabilité internationale... », l'auteur précité, p. 293.

devaient s'appliquer, et les dispositions du traité n'étaient qu'indicatives⁹⁹⁸. Plus généralement, et bien avant, le professeur Anzilotti faisait remarquer en 1906 que :

« *Comme les États sont tenus d'observer certaines règles établies par le droit international relativement à la condition juridique des sujets d'un État étranger, qui se trouvent sur leur territoire, la violation des dites règles peut effectivement constituer un fait contraire au droit international, capable d'engager la responsabilité de l'État, auquel il est imputable...* »⁹⁹⁹.

De ces dispositions semble se dégager un principe selon lequel lorsqu'il est question d'une expropriation illicite, ce sont les principes coutumiers d'engagement de la responsabilité de l'État qui servent de base à la détermination du montant de l'indemnisation. Il revient, dès lors, au tribunal arbitral d'user de son pouvoir d'interprétation pour extirper – s'il y a lieu – les incompatibilités entre l'attitude étatique incriminée et l'ensemble des textes réglementant les investissements et auxquels l'État hôte est partie¹⁰⁰⁰. Plus précisément, il s'agira, pour les arbitres, d'interpréter les traités bilatéraux et multilatéraux de protection des investissements, et la Convention de Washington du 18 mars 1965 sur laquelle repose le mécanisme CIRDI¹⁰⁰¹. Dans cette perspective, comme l'a mentionné un auteur, « *les tribunaux transnationaux se réfèrent presque systématiquement aux règles coutumières fournies par la Convention de Vienne sur le droit des Traités en ses articles 31 et suivants, dont ils mettent en œuvre les principes, règles et techniques* »¹⁰⁰².

Cette convention, justement, constitue le fondement principal de l'application des principes coutumiers de la responsabilité dans le contentieux de l'investissement. À ce propos, le professeur Crawford indiquait : « *La responsabilité des États s'étend par exemple aux violations des droits de l'homme et autres violations du droit international lorsque le bénéficiaire principal de l'obligation violée n'est pas un État* »¹⁰⁰³. Aussi, Ch. Leben rappelait

⁹⁹⁸ Affaire CIRDI, *Vivendi c. Argentine*, préc., § 8.2.5.

⁹⁹⁹ D. ANZILOTTI, « La responsabilité internationale des États à raison des dommages soufferts par des étrangers », *R.G.D.I.P.*, 1906, p. 6.

¹⁰⁰⁰ Voir décision *APPL c. République du Sri Lanka*, sentence du 27 juin 1990, *I.L.M.* 1990.

¹⁰⁰¹ À propos de la méthode d'interprétation des dispositions de la Convention de Washington par les tribunaux arbitraux du CIRDI, v. Ch. SCHREUER, « The ICSID Convention. A commentary », 2nd Ed, Cambridge, Cambridge, U.P, 2009, 1524 p.

¹⁰⁰² F. LATTY, « Arbitrage transnational et droit international général », *A.F.D.I.*, 2009, p. 685. Sur la distinction entre principes, règles et techniques d'interprétation, l'auteur nous renvoie à J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, 8 éd., Domat, Paris, Montchrestien, 2008, pp. 179-180.

¹⁰⁰³ J. CRAWFORD, « Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'État », Paris, *Pédone*, 2003, p. 233. Pour ce qui est spécifiquement du droit de l'investissement, v. M. RAUX, « Les circonstances excluant l'illicéité dans le cadre du contentieux investisseurs-États », *Gazette du Palais - Les cahiers de l'arbitrage*, n° 4, 2008, pp. 41-42, p. 42.

que la nature privée des droits de l'investisseur n'emporte aucune incidence sur la nature de la responsabilité de l'État puisque celle-ci repose sur des actes parfaitement justiciables en droit international¹⁰⁰⁴. Cet auteur précisait encore plus clairement que dans le contentieux de l'expropriation, et donc de l'indemnisation « *ce n'est pas le droit de propriété lui-même qui fait l'objet d'un examen, mais la licéité de l'action expropriatrice de l'État au regard de ses obligations internationales conventionnelles ou coutumières, ou encore, la possibilité que des actes de législation d'intérêt général puissent aboutir à une expropriation indirecte d'un investissement* »¹⁰⁰⁵. Il s'en suit dès lors qu'à partir du moment où la question porte sur les conséquences à tirer de la méconnaissance d'obligations conventionnelles (l'existence elle-même de cette méconnaissance étant déterminée par l'application du droit des traités), ce qui est exactement le cas du contentieux devant les tribunaux arbitraux en matière d'investissement, le droit de la responsabilité s'applique pleinement¹⁰⁰⁶.

Si l'on s'en tient à l'ensemble de ces textes et auteurs, l'application des principes coutumiers de la responsabilité dans le contentieux de l'indemnisation d'une expropriation tend à devenir un principe acquis en droit international de l'investissement. Cela est d'autant plus vrai que les tribunaux arbitraux s'appuient très régulièrement sur les règles identifiées par la Commission du Droit International (C.D.I.) pour établir la responsabilité des États et pour en tirer les conséquences¹⁰⁰⁷.

Par ailleurs, il faut noter que le raisonnement en termes de responsabilité ne se limite pas seulement, à invoquer la réparation du préjudice matériel, c'est-à-dire, la compensation de la valeur de la propriété expropriée. Il peut aussi permettre à l'investisseur d'invoquer la

¹⁰⁰⁴ Ces propos de Ch. Leben constituaient un contre argument de certains auteurs niant la nature purement internationale des litiges entre investisseurs et État, au motif qu'il s'agirait d'une relation « hybride » portant sur la responsabilité d'un État vis-à-vis des droits de nature privée d'un particulier. En ce sens v. Z. DOUGLAS, « The hybrid foundations of investment treaty arbitration », *BYBIL*, n° 74, 2003, pp. 151-289, et particulièrement pp. 184 et s.

¹⁰⁰⁵ Ch. LEBEN, « La responsabilité internationale de l'État sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements », *A.F.D.I.*, 2004, pp. 683-714, pp. 693-694.

¹⁰⁰⁶ A. DE NANTEUIL, « L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement », *op.cit.*, p. 535.

¹⁰⁰⁷ En ce sens v. Affaire CIRDI, *Biwater Gauff (Tanzania) c. Tanzanie*, n°ARB/05/22, sentence du 24 juillet 2008, § 466 ; Affaire CIRDI, *CMS gas transmission company c. Argentine*, n°ARB/01/8, sentence du 12 mai 2005, I.L.M. vol. 44, p. 1205, § 102 ; affaire CIRDI, *Continental Casualty Company c. Argentine*, n°ARB/03/9, sentence finale 5 septembre 2008, § 160 ; affaire CIRDI, *Corn Products International c. Mexique*, n°ARB(AF)/04/01, sentence du 15 janvier 2008, § 76 ; affaire CIRDI, *Helman International Hotels A/S c. Egypte*, n°ARB/05/19, sentence sur le fond du 3 juillet 2008, § 93 ; affaire CIRDI, *Siemens c. Argentine*, n°ARB/02/08, sentence du 6 février 2007, § 264 ; affaire CIRDI, *M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine, inc. c. Equateur*, n°ARB/03/6, sentence du 31 juillet 2007, § 42.

réparation du préjudice moral¹⁰⁰⁸, suite à la dépossesion illicite de sa propriété par son État hôte.

2 : La possible invocation par l'investisseur de l'indemnisation du préjudice moral dans la pratique arbitrale du droit de l'investissement

L'on a vu que le mécanisme d'engagement de la responsabilité de l'État en droit international général, peut permettre à l'investisseur – là où les mécanismes de réparation des atteintes contenus dans les TBI ne sont pas efficaces¹⁰⁰⁹ – de réclamer et d'obtenir l'indemnisation du préjudice matériel subi. Toujours, en vertu de ce même mécanisme de responsabilité, l'investisseur peut, en plus, réclamer la réparation du préjudice moral suite à la dépossesion illégale de sa propriété.

Les articles de la Commission du Droit International (C.D.I.) précisent que « *Le préjudice comprend tout dommage, tant matériel que moral, résultant du fait internationalement illicite* »¹⁰¹⁰. Donc, il ne fait aucun doute que l'indemnisation du préjudice moral est principe acquis en droit de la responsabilité internationale¹⁰¹¹. Ce qui n'est pas encore le cas dans la pratique arbitrale du droit de l'investissement où la question de l'indemnisation du préjudice moral y demeure timide, en tout cas pour l'heure. Mais, plusieurs tribunaux arbitraux ont reconnu, dans des affaires impliquant des questions autres que l'expropriation indirecte, la possibilité d'accorder l'indemnisation sur ce fondement¹⁰¹².

Dans l'affaire *SOABI c. Sénégal*¹⁰¹³, il était reproché à l'État sénégalais d'avoir violé ses obligations contractuelles dans le cadre d'un contrat de fourniture et de vente de biens immobiliers. Ainsi, le tribunal, sur le fondement du droit administratif sénégalais, s'est reconnu

¹⁰⁰⁸ Même si la réparation du préjudice moral est souvent invoquée en faveur de l'investisseur, il n'en demeure pas moins que l'État hôte de l'investissement peut juridiquement réclamer la réparation de ce préjudice s'il estime en être victime. En ce sens v. J. CAZALA, « La réparation du préjudice moral dans le contentieux international de l'investissement », in *Droit international et culture juridique*, Ch. LEBEN (dir.), *Pédone*, 2015, pp. 269-283, p. 274.

¹⁰⁰⁹ À la vérité, il faut reconnaître que les mécanismes de réparation des atteintes à la propriété de l'investisseur contenus dans les TBI ne sont pas efficaces lorsqu'il s'agit d'une dépossesion illicite. Car, la résolution de cette dernière hypothèse n'étant pas conventionnellement prévue par les traités, et qu'il appartiendrait, dès lors, aux arbitres saisis de constater leur véracité et d'en fixer le montant adéquat pour leur réparation.

¹⁰¹⁰ Article 31.2 de la C.D.I.

¹⁰¹¹ V. Affaire du Lusitania, 1923, R.S.A. vol VII, p. 32 (p. 40).

¹⁰¹² Affaire CIRDI, *Société ouest-africaine des bétons industriels (SOABI) c. État du Sénégal*, n°ARB/82/1, sentence du 25 février 1988, ICSID Reports vol 2, p. 190, § 6.22. Seulement, il faut relever que dans cette espèce, le principe ne fut appliqué puisque le préjudice dont la réparation était demandée n'était pas moral, mais matériel. v. aussi dans le cadre de l'expropriation indirecte, affaire CIRDI, *Tecmed c. Mexique*, préc., § 198.

¹⁰¹³ Affaire CIRDI, *Société ouest africaine des bétons industriels (SOABI) c. Sénégal*, n°ARB/82/1, sentence du 25 février 1988, § 6.22.

la possibilité d'accorder des dommages et intérêts pour préjudice moral¹⁰¹⁴. Toutefois, ce n'est qu'en 2008, dans l'affaire *Desert Line c. Yemen*¹⁰¹⁵, qu'un tribunal arbitral a explicitement décidé d'accorder à l'investisseur, victime d'une violation du traitement juste et équitable, une indemnisation du préjudice moral. Dans cette espèce en effet, des menaces de mort furent proférées contre des membres du personnel par des hommes armés et trois responsables de l'entreprise furent arrêtés et détenus. Pourtant, bien avant cette décision, il y a dans des affaires où les mêmes pratiques avaient été subies par des investisseurs¹⁰¹⁶.

Cependant, bien que la pratique soit naissante et semble marquer une évolution des demandes des investisseurs atteints dans leurs droits, les conditions de réparation du préjudice moral et les modalités de sa réparation ne sont pas encore unanimement et clairement fixées. Un auteur comme Julien Cazala a pu considérer qu'au-delà de l'atteinte aux droits de la personne, l'atteinte à la réputation de l'investisseur, ou même de l'État peut être considérée comme une condition d'indemnisation du préjudice moral¹⁰¹⁷. C'est ainsi que le tribunal, dans l'affaire *Lemire*, considère que la réputation de l'investisseur est atteinte par les multiples refus opposés par les autorités ukrainiennes aux demandes d'allocation de fréquence radio. Mais, dans sa conclusion, le tribunal déclare que la gravité de l'atteinte n'est pas suffisamment substantielle pour que le préjudice moral puisse donner lieu à une indemnisation¹⁰¹⁸. Si l'on suit la logique du tribunal, un problème de degrés de gravité de l'atteinte se pose pour déterminer si l'investisseur pourrait bénéficier ou non la réparation d'un préjudice moral. Or, se baser sur le degré de gravité de l'atteinte pour engager la responsabilité de l'État, reviendrait à ouvrir la

¹⁰¹⁴ L. ACHTOUK-SPIVAK, « La réparation du préjudice moral dans l'arbitrage sur le fondement de traités d'investissement: premiers développements, premiers désaccords », *La Gazette du Palais-Les Cahiers de l'Arbitrage*, 2008, n° 4, pp. 48-51, p. 48.

¹⁰¹⁵ Affaire CIRDI, *Desert Line Project LLC c. Yemen*, n°ARB/05/17, sentence du 06 février 2008, § 289-291. Pour bien saisir l'objet de l'opération d'investissement de l'entreprise et les origines du contentieux v. L. ACHTOUK-SPIVAK, « La réparation du préjudice moral dans l'arbitrage sur le fondement de traités d'investissement: premiers développements, premiers désaccords », *op.cit.*, p. 49.

¹⁰¹⁶ Il en est ainsi dans l'affaire *Benvenuti and Bonfant* où les autorités congolaises avaient non seulement exproprié l'investisseur mais l'armée nationale avait également occupé ses installations et des poursuites pénales avaient été dirigées contre l'un des responsables de l'entreprise. De même, dans l'affaire *Biloune*, les autorités locales avaient ordonné la destruction des installations de l'investisseur puis arrêté et expulsé le principal promoteur du projet. Au demeurant, il faut relever que, dans toutes ces affaires, ce n'est pas l'investisseur qui était victime des violences physiques, détentions arbitraires et menaces de mort, mais ses représentants. Il peut, dès lors, être discutable de considérer que le préjudice moral subi par les représentants de l'investisseur puisse se muer en préjudice moral de ce dernier, personne morale. À partir de ce constat, la question de savoir si le préjudice moral subi par les représentants de l'investisseur pourrait être évoqué à l'endroit de ce dernier, semble ne pas être sans intérêt dans la perspective de l'évolution du droit des investissements.

¹⁰¹⁷ J. CAZALA, « La réparation du préjudice moral dans le contentieux international de l'investissement », *in Droit international et culture juridique, op.cit.*, pp. 270-274.

¹⁰¹⁸ Affaire CIRDI, *Joseph Charles Lemire c. Ukraine*, n°ARB/06/18, sentence du 28 mars 2011, § 339.

boîte de pandore, compte-tenu de diverses interprétations que pourrait recouvrir cette notion de « *degrés de gravité de l'atteinte* ». Il est vrai que celle-ci accorderait une marge de manœuvre aux arbitres, mais en même temps, son interprétation pourrait être source de contestation des arbitres en particulier, mais encore de dénigrement de l'arbitrage, d'une manière très générale. Ce qui est intéressant ici, c'était de montrer que raisonner en termes de responsabilité internationale de l'État pourrait – en sus de la réparation du préjudice matériel –, permettre à la partie lésée de réclamer l'indemnisation du préjudice moral dans le contentieux du droit des investissements.

Mais, ce n'est pas seulement à l'investisseur que profite la référence au mécanisme de la responsabilité internationale : c'est une procédure qui peut permettre de sauvegarder les intérêts de l'État lorsque les circonstances l'exigent.

3 : Le raisonnement en termes de responsabilité : une sauvegarde des intérêts de l'État hôte dans le contentieux de l'indemnisation d'une expropriation illicite

Le mécanisme de la responsabilité internationale est un cadre très vaste qui autorise les arbitres ou juges saisis à faire entrer de nombreux paramètres en ligne de compte. Or, dans le contentieux de l'indemnisation d'une expropriation, établi par les TBI, il est uniquement demandé aux arbitres de déterminer le montant de la somme que l'État devrait verser à l'investisseur. En d'autres termes, le tribunal arbitral ne s'intéresse qu'à la valeur de la propriété expropriée, abstraction faite de tous éléments extérieurs.

Justement, le mécanisme d'engagement de la responsabilité internationale de l'État prend en compte un certain nombre d'éléments qui ont pour objet de justifier le caractère illicite de l'action étatique. Ils sont généralement appelés les causes d'exclusion de l'illicite. Donc, se fonder sur le mécanisme de la responsabilité, peut permettre de transposer ces clauses d'exclusion de l'illicite dans le contentieux de l'investissement. En ce sens, un auteur a fait remarquer que : « *Les circonstances excluant l'illicéité, telles qu'elles existent en droit international dans le domaine de la responsabilité des États, semblent avoir opéré un retour en force dans le cadre du contentieux du droit de l'investissement, et en particulier dans le contexte de l'expropriation indirecte* »¹⁰¹⁹. Ainsi, pourraient être théoriquement invoqués devant les

¹⁰¹⁹ A. DE NANTEUIL, « L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement », *op.cit.*, p. 531.

arbitres comme causes d'exclusion de l'illicite : l'état de nécessité, la force majeure¹⁰²⁰, ou le respect des normes impératives.

La problématique générale de l'expropriation indirecte tient à la question de savoir jusqu'où la protection offerte à un investisseur peut limiter les facultés qu'à l'État d'accueil d'agir dans le sens de l'intérêt général¹⁰²¹. Si certains TBI ont prévu des clauses de dérogation de violation de leurs dispositions par les États, elles n'ont pas su, véritablement, préserver la liberté de ces derniers d'agir dans le sens de l'intérêt général. C'est pourquoi la convocation de ces clauses d'exclusion de l'illicite dans le droit de la responsabilité internationale précitée pourrait être beaucoup plus efficace que le mécanisme des TBI dans la préservation des intérêts des États hôtes.

Au demeurant, parmi ces clauses d'exclusion de l'illicéité prévues en droit de la responsabilité, l'état de nécessité, y demeure le plus utilisé dans le contentieux de l'investissement¹⁰²². Plus précisément en effet, c'est dans le contexte de la crise économique que traversait l'Argentine en 2001 que l'État de nécessité fut plusieurs fois invoqué par ce dernier afin de se soustraire à l'engagement de sa responsabilité internationale suite à des mesures économiques drastiques qu'il avait adoptées et lésant substantiellement les investisseurs étrangers sur son territoire. Ces mesures économiques et financières compromettant les intérêts des investisseurs se traduisaient par l'adoption d'une Loi d'urgence mettant fin à la « dollarisation » de l'économie nationale, en dévaluant le peso, en gelant les tarifs des services publics et en abolissant l'indexation de ces tarifs sur les indices des États-Unis¹⁰²³.

¹⁰²⁰ Il faut noter que la force majeure a été définie par l'article 23 des articles de la C.D.I. comme : « *La survenance d'une force irrésistible ou d'un événement extérieur imprévu qui échappe au contrôle de l'État et fait qu'il est matériellement impossible, étant donné les circonstances, d'exécuter l'obligation* ». Pour une étude de la pratique des États et de la jurisprudence ainsi que de la doctrine à ce sujet, v. L'Étude du secrétariat de la C.D.I. intitulée : « 'Force majeure' et 'cas fortuit' en tant que circonstances excluant l'illicéité : pratique des États, jurisprudence internationale et doctrine », *Annuaire C.D.I.*, 1978, vol II, 1^{ère} partie, pp. 58-223 ; v. plus récemment, S. SZUREK, « La force majeure en droit international », *Thèse Université Paris II*, multigr., 1966 ; v. aussi C. BRUNNER, « Force majeure and hardship under general contract principles - exemption for non performance in international arbitration », *La Haye, Kluwer*, 2008. Ces trois dernières sources ont été citées par A. DE NANTEUIL, « L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement », *op.cit.*, p. 541.

¹⁰²¹ M. BRUNETTI, « Introduction, thèmes récurrents: l'expropriation indirecte en droit international », *International Law Forum du droit international*, 2003, p. 153.

¹⁰²² A. DE NANTEUIL, « L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement », *op.cit.*, p. 301.

¹⁰²³ Ch. LEBEN, « L'État de nécessité dans le droit international de l'investissement », *Gazette du Palais - Cahiers de l'arbitrage*, 2005/3, pp. 47-52, p. 47. Pour un rapide détail des faits ayant conduit à la saisine du CIRDI par les différents investisseurs présents sur le territoire argentin v. A. ESCOBAR, « Argentina's multiplication of investor-State arbitration proceedings », in *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, Ch. LEBEN (dir.), Paris, *L.G.D.J., Anthémis*, 2006, pp. 219-236.

Il faut, par ailleurs, relever qu'au premier regard, les circonstances excluant l'illicéité – au premier chef l'état de nécessité – semblent pouvoir apporter une aide précieuse à l'État désireux de préserver sa liberté normative et l'intérêt général qu'il incarne. Mais, après une analyse des décisions rendues sur l'invocation de l'état de nécessité par l'Argentine, il est possible de conclure qu'en vérité, ces clauses d'exclusion de l'illicéité n'ont pas pour le moment produit le résultat escompté en droit des investissements. Où, plus exactement, elles ne garantissent véritablement pas aux États d'accueil la possibilité de s'échapper aux conséquences découlant de la violation de leurs obligations conventionnelles en matière d'investissement. En effet, dans les affaires respectives *CMS c. Argentine*¹⁰²⁴ et *LG&E c. Argentine*¹⁰²⁵, bien que saisis dans des circonstances identiques pour des réclamations identiques, les tribunaux arbitraux statuant dans ces espèces avaient rendu des décisions diamétralement opposées. Si, dans le premier cas, les arbitres ont rejeté le moyen de défense de l'état de nécessité brandi par l'Argentine, dans le second, ils l'ont accepté en l'épargnant l'engagement de sa responsabilité internationale. Ce constant d'inconstance des tribunaux statuant sur les contentieux portant sur l'existence d'état de nécessité dans la crise argentine a poussé un auteur à formuler l'observation suivante :

*« Force est de constater, à la lecture des dernières sentences et décisions argentines, que la confusion régnant en jurisprudence à propos de l'état de nécessité est en passe de prendre une toute autre ampleur. Ce ne sont en effet pas seulement les solutions retenues mais également- et surtout- la méthodologie et la motivation employées dans ces diverses décisions qui divergent les unes des autres, au point qu'il n'est pas exagéré de dire que la jurisprudence sur la question prend aujourd'hui les allures d'une véritable cacophonie »*¹⁰²⁶.

D'emblée, il faut retenir qu'en droit international, même établi dans tous ses éléments, l'état de nécessité n'emporte pas suppression de l'obligation d'indemnisation. Les articles de la C.D.I. disposent que : *« L'invocation d'une circonstance excluant l'illicéité conformément au présent chapitre est sans préjudice [...] de la question de l'indemnisation de toute perte*

¹⁰²⁴ Affaire CIRDI, *CMS gas transmission company c. Argentine*, n°ARB/01/08, sentence finale du 12 mai 2005 ICSID Reports vol. 14, p. 158 ; décision du Comité ad hoc sur la demande d'annulation de la République d'Argentine du 25 septembre 2007, <http://www.italaw.com/>

¹⁰²⁵ Affaire CIRDI, *LG&E Energy corp. LG&E Capital, LG&E International inc. c. Argentine*, n°ARB/02/1, sentence sur la responsabilité du 3 octobre 2006, ICSID Review – FILJ vol. 21, p. 203 ; sentence sur les dommages du 25 juillet 2007, <http://www.italaw.com/>

¹⁰²⁶ M. RAUX, « Les circonstances excluant l'illicéité dans le cadre du contentieux investisseurs-États », *op.cit.*, p. 41. À propos des mêmes observations v. J. FOURET, « CMS c/LG&E ou l'état de nécessité en question », *Revue de l'arbitrage*, 2007, pp. 249-272 ; A. REINISCH, « Necessity in International Investment Arbitration - An Unnecessary Split of Opinions in Recent ICSID Cases? Comments on CMS c. Argentine and LG&E c. Argentine », *Journal of World Investment and Trade*, 2007, pp. 191-214.

effective causée par le fait en question »¹⁰²⁷. En 1971, Emmanuel Kant écrivait déjà au sujet de l'état de nécessité « *qu'un acte d'auto-préservation illicite ne devrait pas être considéré comme "innocent", mais comme "impunissable"* »¹⁰²⁸. En termes clairs, la nécessité ne pourrait être employée que comme une « excuse » de l'auteur de l'acte, et non comme une justification juridique de l'acte, qui demeure illicite. Selon le philosophe, en effet, « *il ne peut [...] y avoir aucune loi pénale qui condamnerait à mort celui qui dans un naufrage, courant avec un autre le même danger de perdre la vie, le repousserait de la planche où il s'est réfugié, afin de se sauver lui-même* ». C'est que « *la menace d'un mal qui est encore incertain (perdre la vie par une décision de justice) ne peut surpasser la peur devant un mal certain (à savoir la noyade)* »¹⁰²⁹.

Au total, ce qu'il faut retenir de ce qui précède est que si les principes coutumiers du droit international général peuvent servir d'orientation aux arbitres statuant sur le contentieux de l'expropriation – surtout indirecte –, ils n'ont pas forcément pour objet de justifier l'action illicite de l'une ou l'autre des parties en présence. Ils ne sont pas invoqués dans la seule perspective de faire échapper à l'auteur d'un fait internationalement illicite, l'obligation de réparation du préjudice causé. Faire appel aux principes coutumiers de la responsabilité, a l'avantage de permettre aux arbitres de prendre en compte les intérêts respectifs des deux parties au litige (État et investisseur) dans la détermination du montant de l'indemnisation. Selon Arnaud De Nanteuil, en effet, « *Le fait de placer la détermination du montant de la réparation dans le champ de la responsabilité assure un meilleur équilibre des intérêts en présence parce qu'il permet aux arbitres de prendre en compte davantage d'éléments, et de cristalliser ainsi dans un montant financier la réalisation de la justice* »¹⁰³⁰.

En Afrique de l'Ouest, plus particulièrement dans l'espace CEDEAO, il peut être relevé deux affaires dans lesquelles les responsabilités des États d'accueil avaient été engagées pour expropriation indirecte illicite. Il s'agit des affaires respectives *Biloune c. Ghana*¹⁰³¹ et *Letco c. Libéria*¹⁰³². Dans la première, la nature de l'investissement constituait une joint-venture créée avec une entité gouvernementale ghanéenne pour la construction et la gestion d'un complexe

¹⁰²⁷ L'article 27 des articles de la C.D.I.

¹⁰²⁸ E. KANT, « Métaphysique des mœurs, première partie, doctrine du droit, trad. A. PHILONENKO, Paris, J. Vrin, 1971, p. 110, cité par A. DE NANTEUIL, « L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement », *op.cit.*, p. 564.

¹⁰²⁹ *Idem.*, p. 564.

¹⁰³⁰ A. DE NANTEUIL, « L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement », *op.cit.*, p. 295.

¹⁰³¹ Affaire CNUDCI, *Biloune c. Ghana*, sentence du 27 octobre 1989, *ILR* vol. 95, p. 184.

¹⁰³² Affaire CIRDI, *Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) c. Libéria*, n°ARB/83/2, sentence du 31 mars et 14 mai 1986, *ICSID Reports* vol. 2, p. 343.

hôtelier. L'État ghanéen avait ordonné à l'investisseur de cesser les travaux, faute de permis de construire. Ainsi, le gouvernement a pris des mesures de destruction des bâtiments construits jusque-là sans permis, et a, en parallèle, engagé des poursuites pénales contre monsieur Biloune, poursuites qui se sont soldées par l'expulsion de l'investisseur. Saisi par ce dernier, le tribunal engagea la responsabilité de l'État du Ghana pour expropriation illicite. Selon les arbitres, le permis de construire est une formalité dont l'absence pouvait être supplée par la participation de l'État à la joint-venture¹⁰³³.

Dans la seconde espèce, *Letco c. Libéria*, l'opération d'investissement était un contrat de concession pour exploitation de ressources forestières. La mesure étatique en cause se résumait en une modification unilatérale de la concession, modification qui a conduit à la réduction considérable du champ d'application géographique du contrat. Le tribunal considère que l'effet de ces mesures est de rendre inutile l'investissement, avant de rajouter qu'aucune des conditions prévues par le droit international n'ont été respectées. À ce titre, il a engagé la responsabilité de l'État libérien pour expropriation illicite.

En fin de compte, lorsque l'on procède à une analyse minutieuse du droit des investissements, il sera très aisé de remarquer que l'indemnisation se situe au cœur de tout litige opposant un investisseur à un État. Son importance dans cette discipline économique est telle qu'il est loisible de se demander si l'avenir du droit international des investissements n'est-il pas fortement tributaire d'une bonne *distribution de la justice de l'indemnisation* par les tribunaux arbitraux ?

Paragraphe 2 : L'influence de l'indemnisation dans l'avenir du droit international des investissements

L'indemnisation a ceci d'important c'est qu'il permet aux arbitres, statuant dans le contentieux de l'investissement, de s'attribuer un certain pouvoir, voire, une certaine marge de manœuvre lorsqu'ils se livrent à l'interprétation des traités et des mesures étatiques litigieuses. Le professeur Charles Leben l'a rappelé en considérant : « *C'est donc d'un pouvoir immense que les arbitres héritent du fait des dispositions sur l'expropriation contenues dans les traités bilatéraux ou multilatéraux d'investissements* »¹⁰³⁴.

¹⁰³³ Affaire CNUDCI, *Biloune c. Ghana* préc.

¹⁰³⁴ Ch. LEBEN, « La liberté normative de l'État et la question de l'expropriation indirecte », in *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, op.cit., p. 179.

Mais, en même temps, ce pouvoir coercitif des arbitres vis-à-vis des mesures étatiques constitue un facteur déterminant, voire même, décisif dans l'évolution du droit international des investissements, d'une manière très générale, et de son contentieux en particulier. L'influence de ce contentieux de l'indemnisation dans l'avenir de la matière est telle qu'il semble opportun de s'appesantir sur leurs rapports.

À l'analyse, l'on se rend compte que des critiques véhémentes ont été adressées à l'arbitrage transnational ; mais ce qui est plus remarquable encore c'est qu'elles présentent un caractère antinomique, en ce sens que ce sont des critiques qui se résument en deux perceptions contradictoires de la pratique arbitrale (A). Ce sont justement ces reproches qui ont poussé les partisans du droit international des investissements à proposer un certain nombre de réformes afin d'améliorer son mécanisme de règlement des différends. C'est dans le cadre de deux traités respectifs signés entre Union européenne/Canada et Union européenne/États-Unis que des propositions de réformes ont été entreprises et portant essentiellement sur le mécanisme de règlement des différends relatifs aux investissements. Il convient dès lors d'examiner celles-ci pour voir si elles contiennent de véritables remèdes aux faiblesses de l'arbitrage transnational tant décriées (B).

A : Les critiques à caractère antinomique de l'arbitrage transnational unilatéral

Si le droit international des investissements est en train de vivre un certain âge d'or avec la multiplicité des TBI, force est de constater qu'en même temps de vives contestations ont été proférées à l'endroit de son mécanisme de règlement des différends. Ces critiques peuvent être scindées en deux catégories, mais qui sont surtout opposées. Ainsi, certaines critiques portent sur la thèse selon laquelle les tribunaux arbitraux éprouvent une certaine réticence à reconnaître qu'une activité normative de l'État pouvait avoir des effets équivalents à une expropriation¹⁰³⁵ (1). Tandis que d'autres considèrent que le mécanisme de règlement des différends relatifs aux investissements est attentatoire à la liberté normative de l'État¹⁰³⁶ (2).

¹⁰³⁵ Ch. LEBEN, « La liberté normative de l'État et la question de l'expropriation indirecte », in *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, op.cit., pp. 181-183.

¹⁰³⁶ A. DE NANTEUIL, « Les mécanismes permanents de règlement des différends, une alternative crédible à l'arbitrage d'investissement? », *J.D.I.*, Janvier-Février-Mars 2017, pp. 60-62.

1 : Une réticence des arbitres à reconnaître l'activité normative des États comme des mesures d'effet équivalent à une expropriation

La spécificité de l'arbitrage d'investissement vient du fait qu'il s'applique, non pas entre deux entreprises privées, mais plutôt entre un État et une entreprise privée. Dès lors, reconnaître des juges privés que sont les arbitres, le pouvoir d'interpréter, de qualifier et éventuellement de sanctionner certaines mesures prises par l'État dans le cadre de son activité réglementaire peut susciter l'étonnement. Étonnement si l'on garde à l'esprit que l'une des définitions de l'État c'est qu'il constitue une entité autonome ne se dépossédant de son pouvoir et de sa compétence que de façon exceptionnelle ou conditionnelle. Un auteur comme Charles Leben a pu justifier la prudence des arbitres à sanctionner les mesures étatiques litigieuses en ces termes :

*« On voit mal comment un tribunal arbitral n'ayant aucune des légitimités qui s'attachent à des juridictions nationales et encore plus aux juridictions nationales de dernière instance, pourrait remettre en cause telle disposition légale ou réglementaire d'un État si l'affaire qui lui est soumise n'est pas un cas très flagrant d'atteinte à la propriété de la personne privée »*¹⁰³⁷. Si l'on suit le raisonnement de l'auteur donc, un tribunal arbitral ne pourrait, en principe et raisonnablement, remettre en cause la légalité d'une mesure étatique qu'en cas de flagrant délit.

À ce stade de l'analyse, une intrusion dans d'autres systèmes juridiques pourrait permettre de mieux apprécier l'attitude tribunaux arbitraux face aux mesures étatiques réglementaires prises dans le cadre de l'investissement. En droit communautaire, par exemple, la Cour de justice de la Communauté européenne avait exigé, dans l'affaire *Zuckerfabrik*, que la responsabilité de l'institution communautaire ne pouvait être engagée qu'en cas de violation manifeste d'une règle supérieure par cette dernière. La cour a en effet déclaré que :

*« S'agissant d'un acte normatif qui implique des choix en politique économique, sa responsabilité [celle de la Communauté] pour le préjudice que des particuliers auraient subi par le fait de cet acte ne saurait être engagée, compte tenu des dispositions de l'article 215, alinéa 2, du Traité, qu'en présence d'une violation suffisamment caractérisée d'une règle supérieure de droit protégeant les particuliers »*¹⁰³⁸. Alors même que l'on se situe dans le cadre

¹⁰³⁷ Ch. LEBEN, « La liberté normative de l'État et la question de l'expropriation indirecte », in *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, op.cit., pp. 181-182.

¹⁰³⁸ Recueil C.J.C.E., *Zuckerfabrik Schöppenstedt*, 2 décembre 1971, 5/71, p. 975.

d'une responsabilité pour faute, la Cour exige des conditions très strictes pour pouvoir engager la responsabilité de la Communauté européenne pour son activité normative¹⁰³⁹.

Cette méfiance de sanctionner les actes des autorités publiques est également constatable en droit interne. L'un des meilleurs spécialistes du droit administratif français avait soulevé cette remarque : selon le professeur René Chapus, en effet, lorsqu'on essaie de répertorier, en droit français, les cas où le Conseil d'État a effectivement reconnu la responsabilité de l'État pour le fait des lois, « *il suffit de savoir compter sur les doigts d'une de ses mains* », quand bien même le principe en avait été accepté dans le célèbre arrêt La Fleurette en 1983¹⁰⁴⁰. Selon la Cour, « *il peut être exigé du particulier qu'il supporte, dans des limites raisonnables, sans pouvoir se faire indemniser par les fonds publics, certains effets préjudiciables à ses intérêts économiques, engendrés par un acte normatif, même si celui-ci est reconnu non valide* »¹⁰⁴¹.

Au regard de ce qui vient d'être dit, il ne serait pas déraisonnable de considérer que la réticence des tribunaux arbitraux à sanctionner les activités normatives des États portant atteinte aux biens des investisseurs ne fait que se conformer à une coutume bien établie aussi bien en droit communautaire qu'en droit national. D'ailleurs, en droit des investissements, il s'est posé, à un certain moment donné la question de savoir quelle légitimité disposent les tribunaux arbitraux pour statuer sur des mesures d'intérêt général prises par les États et compromettant les intérêts des investisseurs¹⁰⁴² ? Une réponse synthétique à cette question consisterait à dire tout simplement que les arbitres tirent leur légitimité de la volonté délibérée des parties de leur confier la résolution d'éventuels contentieux qui pourraient surgir entre elles. Mais, à la vérité la réponse n'est pas aussi simple que cela apparaît, car comme l'a bien fait observer monsieur P-M. Dupuy, « *la légitimité est toujours aux frontières de la légalité et le juriste est beaucoup plus à son aise lorsqu'il s'agit de faire du droit que d'apprécier des notions qui sont elles-mêmes à cheval sur le droit et d'autres considérations* »¹⁰⁴³.

¹⁰³⁹ D. SIMON, « Le système juridique communautaire », 3 éd., n°488 Paris, P.U.F., 2001, p. 601, note 3.

¹⁰⁴⁰ R. CHAPUIS, « Droit administratif général », 15 éd., t. 1, n° 1516 Paris, Montchrestien, 2001, p. 1375 et Conseil d'État, Société anonyme des produits laitiers « La fleurette » ; Long, WEIL, BRAIBANT, DEVOLVE, et GENEVOIS, *les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative* (G.A.J.A.), Paris, Dalloz, 14^{ème} éd., 2003, pp. 323 et s.

¹⁰⁴¹ Affaire C.J.C.E., *Bayerische HNL*, 25 mai 1978, p. 1225.

¹⁰⁴² P-M. DUPUY, E. GAILLARD, G. GUILLAUME, et M. MENDELSON, « Table ronde: Des arbitres sans contrôle? De la légitimité des tribunaux arbitraux dans le domaine des investissements », in *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux: Aspects récents*, Ch. LEBEN (dir.), L.G.D.J., Anthémis, 2010, pp. 315-328.

¹⁰⁴³ *Ibidem.*, p. 316. Pour beaucoup d'amples informations concernant la légitimité des tribunaux arbitraux, v. les échanges de cette table ronde entre les spécialistes précités.

Pourtant et paradoxalement, si d'aucuns considèrent que les arbitres adoptent une attitude frileuse à pouvoir déclarer certaines mesures étatiques comme des mesures d'effet équivalent à une expropriation de l'investisseur, au même moment, certains considèrent et déplorent que le mécanisme de règlement des différends relatifs aux investissements soit attentatoire à la liberté normative des États.

2 : Le mécanisme de règlement des différends relatifs aux investissements, un mécanisme attentatoire à la liberté normative des États

De prime abord, il importe de souligner que la critique selon laquelle, le mécanisme de règlement des différends est attentatoire à la liberté normative des États d'accueil, demeure la plus récurrente que la précédente en droit des investissements.

D'une manière très générale, comme l'a relevé Julien Cazala « *Il y a d'abord la remise en cause la plus visible, celle portée par des mouvements altermondialistes et des citoyens inquiets de voir la justice nationale être dépossédée de certaines questions d'intérêt public. Il s'agit notamment de dénoncer le fait qu'une justice privée, présentée comme étant sans contrôle et partielle puisse contredire des choix souverains opérés par les États au cours des procédures dont les coûts seraient prohibitifs* »¹⁰⁴⁴. Ce sont de fervents défenseurs de la souveraineté étatique, qui voient du mauvais œil le fait que des avocats et des spécialistes en investissements se voient confier le pouvoir de remettre en cause des choix de société portés par l'État. Bien que n'étant pas sans fondement, ce reproche à l'arbitrage transnational ne saurait prospérer en droit des investissements, en tout cas sur le plan strictement juridique. Car, ce sont des critiques à caractère idéologique, basées sur des revendications souverainistes et qui, d'ailleurs, sont en porte-à-faux avec l'évolution des relations économiques internationales¹⁰⁴⁵.

¹⁰⁴⁴ J. CAZALA, « La défiance étatique à l'égard de l'arbitrage investisseur-État exprimée dans quelques projets et instruments conventionnels récents », *J.D.I.*, Janvier-Février-Mars 2017, n° 1, p. 82.

¹⁰⁴⁵ Les relations économiques internationales ont pris une configuration telle que les revendications souverainistes semblent être dépassées. Contrairement à l'époque de l'État gendarme, en droit interne celui-ci dispose une double casquette dans le domaine économique : il est régulateur des relations économiques certes, mais en même temps, en est un acteur. Mais en droit international, son pouvoir de régulateur est moindre, surtout en matière contractuelle. En effet, l'État signe des contrats internationaux et est tenu comme l'autre de respecter et d'honorer ses engagements. Donc, il ne semble pas exagéré de conclure que dès l'instant où il devient partie à un contrat, c'est qu'il accepte d'écarter volontairement ses attributs de souveraineté dans sa relation conventionnelle. En somme le droit des investissements en général, et les TBI en particulier ne constituent pas le domaine de prédilection des revendications souverainistes, vu leur caractère conventionnel. C'est justement parce que les États sont souverains qu'il accepte de reléguer au second plan certains de leurs attributs dans le droit conventionnel des investissements.

En revanche, il existe d'autres critiques beaucoup plus objectives qui reposent sur des considérations strictement techniques, en tout cas, juridiques touchant directement le mécanisme de règlement des différends. Ce qui est plus intéressant encore, c'est qu'elles sont portées par les États mêmes. C'est l'occasion de se pencher justement sur la dénonciation de la Convention de Washington par un certain nombre d'États latino-américains avec trois retraits enregistrés jusque-là¹⁰⁴⁶. Il ne sera pas question de s'appesantir sur le régime juridique de la dénonciation prévue par ladite Convention¹⁰⁴⁷, celui-ci est invoqué, juste pour illustrer le bien fondé des critiques dirigées contre l'arbitrage d'investissements.

Le phénomène le plus décrié dans le mécanisme de règlement des différends, c'est le risque ou la possibilité de partialité même inconsciente de la part des arbitres. En effet, si par exemple, un arbitre travaille souvent pour ou avec une des parties ou le cabinet d'avocats qui la représente, certains estiment que cette situation peut créer une possibilité de partialité. Selon Maurice Mendelson, ce cas de figure devrait, en toute logique entraîner la démission, ou la récusation de cet arbitre, ou au cas échéant l'annulation de la sentence. Un auteur a pu considérer que : « *Dans une situation où la même personne peut être conseil dans une affaire, arbitre nommé par une des parties dans une autre et président d'un tribunal ou arbitre seul dans une troisième, un risque de partialité existe bel et bien* »¹⁰⁴⁸.

Il y a ensuite la critique portant sur l'absence d'organe d'appel des décisions rendues par les tribunaux arbitraux. Force est de constater que ce regret ne date pas d'aujourd'hui. En 1995, Holzmann avait suggéré l'établissement d'une Cour internationale pour le contrôle des sentences arbitrales¹⁰⁴⁹. Ce qui signifie que les États sont soucieux de l'existence d'une institution permanente qui aura spécialement pour mission de statuer sur les décisions contestées rendues par les tribunaux arbitraux. Compte tenu de la perception de la justice, en général, cette revendication semble juridiquement raisonnable. En effet, si celle-ci constitue l'un des principes sacro-saints de la justice interne, justice imposée aux citoyens de l'État, il ne

¹⁰⁴⁶ Ce sont respectivement la Bolivie (02 mai 2007), l'Équateur (09 juillet 2009) et enfin le Venezuela (24 janvier 2012) qui se sont retirés de la Convention de Washington établissant le CIRDI.

¹⁰⁴⁷ Pour plus de développement sur les causes et effets de la dénonciation de la Convention de Washington établissant le CIRDI par ces États latino-américains cf. J. CAZALA, « La dénonciation de la Convention de Washington établissant le CIRDI », *A.F.D.I.*, 2012, n° 58, pp. 551-565.

¹⁰⁴⁸ P.-M. DUPUY, E. GAILLARD, G. GUILLAUME et M. MENDELSON, « Table ronde: Des arbitres sans contrôle? De la légitimité des tribunaux arbitraux dans le domaine des investissements », in *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux: Aspects récents, op.cit.*, p. 319.

¹⁰⁴⁹ H. M. HOLTZMANN, « A Task for the 21st Century: Creating a New international court for resolving dispute on the enforceability of arbitral awards », in *The internationalisation of international arbitration, The LCIA centenary conference*, M. Hunter, A. Marriott et W. Veeder, Kluwer, 1995, p. 109, cité par W. B. HAMIDA, « L'arbitrage État-investisseur étranger: regards sur les traités et projets récents », *J.D.I.*, 2004, pp. 419-441, p. 433.

devrait pas en être autrement dans la justice arbitrale où son autorité et son pouvoir sont fortement tributaires de la volonté des parties aux contentieux. L'État accepte volontairement, par la voie conventionnelle, de résoudre les éventuels litiges qui pourraient surgir dans sa relation avec l'investisseur, et ce dernier dispose exclusivement la latitude de déclencher la procédure arbitrale par l'introduction de sa requête devant le tribunal. En termes plus clairs, le tribunal arbitral ne saurait s'autosaisir, même en cas d'une violation flagrante d'une clause contractuelle. A ce niveau, il faut toutefois souligner que, pour certains auteurs, même s'il est important, l'organe d'appel, s'il n'est pas encadré, peut constituer une paralysie du bon fonctionnement de la justice arbitrale, en ce sens qu'une constance remise en cause des sentences pourrait anéantir la crédibilité et l'autorité des arbitres. En ce sens, Walid Ben Hamida précisait que : « *même si nous appuyons l'instauration d'un organe d'appel, nous estimons que le contrôle exercé sur les sentences arbitrales, doit être minimum, à l'image du contrôle opéré par les comités ad hoc du CIRDI, et qu'il ne doit pas mener à une révision au fond de la sentence* »¹⁰⁵⁰.

Si toutes ces faiblesses relevées au sein de l'arbitrage transnational ne sont pas remédiées, celui-ci risque fort d'entrer en conflit avec les États, conflit qui conduirait à sa disparition, ou, au mieux qui fragiliserait sa crédibilité en matière d'investissements. Car, les États qui craignent une dérive arbitrale dans ce sens, peuvent prendre les devants et conclure des traités bilatéraux de protection des investissements comportant des dispositions leur reconnaissant très clairement la liberté de soumettre les investissements réalisés sur leur territoire au respect de leur législation générale, que ce soit dans le domaine environnemental ou dans celui de la santé publique pour ne prendre que ces deux exemples¹⁰⁵¹. À ce niveau, il faut relever que les États-Unis ont ouvert la voie en s'engageant dans deux traités, conclus en 2003, avec le Chili et le Singapour¹⁰⁵².

Au demeurant, c'est en réaction à l'ensemble des critiques adressées à la justice arbitrale, que l'Union européenne, par le biais de sa commission, a entrepris un certain nombre de réformes tendant à corriger les imperfections du droit international des investissements, d'une manière très générale.

¹⁰⁵⁰ *Ibidem.*, p. 434.

¹⁰⁵¹ Ch. LEBEN, « La liberté normative de l'État et la question de l'expropriation indirecte », in *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, *op.cit.*, p. 183.

¹⁰⁵² E. GAILLARD, « La jurisprudence CIRDI », Volume II, *Pédone*, 2004-2008, pp. 771-772.

B : L'appréciation des propositions de réformes de l'arbitrage, issues des traités CETA et TAFTA

S'il existe une organisation d'intégration régionale qui attache une importance capitale à l'investissement, c'est bien l'Union européenne. C'est pourquoi avant de se pencher sur ces réformes, il semble primordial de rappeler le contexte d'intéressement de l'Institution communautaire au droit des investissements. Ou plus exactement, il sera question de passer en revue, le point d'achoppement, ou d'une manière plus neutre, l'articulation entre l'Union européenne et les TBI. En effet, depuis l'entrée en vigueur le 1^{er} décembre 2009 du Traité de Lisbonne, l'Union européenne s'est vue reconnaître une compétence exclusive en matière d'investissements dans le cadre de sa politique commerciale commune¹⁰⁵³. À ce titre, la Cour de Justice de la Communauté Européenne (CJCE), avait condamné le 3 mars 2009, l'Autriche et la Suède, et la Finlande le 19 mars 2009, pour n'avoir pas recouru aux moyens appropriés pour remédier aux incompatibilités relatives aux dispositions du libre transfert des capitaux contenues dans leurs TBI qu'ils avaient signés avec des États tiers, vis-à-vis de leurs engagements communautaires. Dans ces derniers, en effet, le TFUE donne au Conseil de l'Union, sous certaines conditions, le pouvoir de s'opposer à la libre circulation ou au libre transfert des capitaux. Ces recours en manquement et condamnations révèlent clairement un conflit de normes qui s'installe entre, d'une manière très générale, le droit de l'Union européenne et le droit des investissements, et en particulier, la compétence communautaire de l'Union en matière de libre circulation des capitaux et la compétence de ses États membres de conclure des TBI avec des États tiers. Mais encore, ils révèlent, l'ambition de l'Institution communautaire de se voir attribuée une compétence extérieure en matière de protection des investissements étrangers.

L'implication de l'Union européenne en matière de politique d'investissements ne se limite pas à la résolution des conflits de compétence entre les normes communautaires et les clauses des TBI signés par ses États membres avec d'autres États non membres. En effet, c'est par le biais de deux instruments – dont l'un CETA¹⁰⁵⁴, signé le 30 octobre 2016 par l'ensemble

¹⁰⁵³ Traité de Lisbonne modifiant le Traité sur l'Union européenne et le Traité instituant la Communauté européenne, *JO C 306*, 17 décembre 2007, cité par S. MENETREY, « Droit international des investissements et droit de l'Union européenne », in *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Ch. Leben (dir.), *Pédone*, 2015, pp. 613-638, p. 628.

¹⁰⁵⁴ CETA (*Commercial and Economic Trade Agreement*) est un Traité conclu entre l'Union européenne et le Canada.

des parties, et l'autre toujours en cours de négociation TTIP¹⁰⁵⁵ – que la Communauté européenne manifeste clairement son intention de faire la politique d'investissements de ses États membres, la tienne.

Ce qu'il faut surtout retenir c'est que dans ces deux Traités, il était question de répondre aux traditionnelles critiques faites au droit conventionnel des investissements à travers certaines réformes portant essentiellement sur l'arbitrage investisseur-État. En ce qui concerne le CETA avec le Canada, les réformes étaient axées sur l'amélioration de la transparence de la justice arbitrale, d'une manière générale. Pour ce faire, il fallait redéfinir certaines notions, qui jusque-là, étaient caractérisées par leur ambiguïté, « *dans le but de préserver la liberté normative des États et d'éviter des condamnations pour des mesures qui viseraient la satisfaction de l'intérêt général* »¹⁰⁵⁶. À ce titre, le standard du traitement juste et équitable a été revisité, et le Traité dresse une liste exhaustive des composantes de ce standard, afin d'accroître la sécurité juridique des opérations d'investissements, tout en permettant aux arbitres d'avoir un support circonscrit dans l'appréciation des mesures étatiques. L'article 8.10 dispose à ce propos :

« *Une partie viole l'obligation d'accorder un traitement juste et équitable prévue au paragraphe 1 lorsqu'une mesure ou une série de mesures constitue, selon les cas :*

- a) *Un déni de justice dans les procédures pénales, civiles ou administratives ;*
- b) *Une violation fondamentale du principe de l'application régulière de la loi, y compris une violation fondamentale de la transparence, dans les procédures judiciaires et administratives ;*
- c) *Un cas d'arbitraire manifeste ;*
- d) *Une discrimination ciblée basée sur des motifs manifestement illicites, comme le sexe, la race ou les croyances religieuses ;*
- e) *Un traitement abusif des investisseurs, tel que la coercition, la contrainte et le harcèlement ;*
- f) *Un manquement à tout autre élément de l'obligation d'accorder un traitement juste et équitable adopté par les Parties conformément au paragraphe 3 du présent article »*¹⁰⁵⁷.

¹⁰⁵⁵ En ce qui concerne le TTIP (*Transatlantic Trade and Investment Partnership*), il faut reconnaître que ses chances d'aboutir demeurent moindres avec l'élection de Donald TRUMP. Ce dernier, pendant la campagne électorale avait démontré une farouche opposition à ce Traité.

¹⁰⁵⁶ A. DE NANTEUIL, « Droit international de l'investissement », 2^e éd., *op.cit.*, p. 471.

¹⁰⁵⁷ L'article 8.10 du traité CETA entre l'Union européenne et le Canada.

L'autre standard qui nécessitait également une retouche car étant source de polémique, fut la clause de l'expropriation. Celle-ci fait aussi l'objet d'une certaine précision dans le traité : en effet, l'article 8.12 de celui-ci vient utilement détailler le standard applicable à la question de la compensation en indiquant à la fois que ce montant doit reposer sur la valeur de marché de l'investissement immédiatement antérieure à l'expropriation¹⁰⁵⁸. Il faut, par ailleurs, noter qu'en ce qui concerne le règlement des différends, la première version du CETA signée en septembre 2016 ne contenait pas de réformes majeures, c'est le système classique qui était maintenu. Il fallait attendre la seconde version du traité, conclue en février 2016 que l'on assiste à une véritable révolution du système de règlement des différends de l'investissement. Car dans cette dernière, il fut proposé une Cour permanente d'arbitrage, rompant totalement avec le mécanisme traditionnel du CIRDI, où un tribunal n'est constitué qu'à la survenance d'un litige. C'est le moment de préciser que cette réforme de l'arbitrage est très largement inspirée de l'Accord de libre-échange conclu entre l'Union européenne et le Vietnam en décembre 2015¹⁰⁵⁹. C'est justement dans cette lignée, que se sont ouvertes les négociations pour la mise en place du TTIP ou TAFTA (*Transatlantic Free Trade Area*) entre l'Union et le États-Unis. En effet, ce dernier met essentiellement l'accent sur l'instauration de ce tribunal arbitral permanent.

Il convient dès lors de s'étendre largement sur ce projet de mise en place d'une Cour permanente d'arbitrage qui constitue l'élément central des réformes du droit des investissements portées par ces deux traités transatlantiques (1). Toutefois, si ce déferlement de l'Union européenne sur le droit des investissements démontre incontestablement l'importance de ce dernier dans l'économie des États et dans celle des organisations d'intégration régionale, les États en développement et leurs ensembles régionales ne sauraient ignorer cette tendance révolutionnaire du droit international des investissements, car étant, en principe, plus à même à mener des politiques de promotion des investissements pour booster leur faiblesse économique. D'ailleurs les critiques les plus virulentes du mécanisme d'arbitrage des investissements, considéré comme attentatoire à la liberté normative des États, proviennent pour l'essentiel des États en développement. À partir de ce constat, et pour se conformer à

¹⁰⁵⁸ A. DE NANTEUIL, « Les mécanismes permanents de règlement des différends, une alternative crédible à l'arbitrage d'investissement? », *J.D.I.*, Janvier, février, mars 2017, pp. 55-80, p. 65. Dans l'ensemble, il faut noter qu'entre autres réformes portées par le CETA, l'instauration d'un code de bonne conduite annexé au traité pour rappeler aux arbitres les garanties d'impartialité et de transparence attendues d'eux ; pour les détails de ces garanties v. l'auteur précité p. 64-65.

¹⁰⁵⁹ *Vietnam-European Union Free Trade Agreement, Dec. 2015, chapt. 8 (Trade in services, investments and e-commerce) – Chapter II (investment), art. 12 et 13*, cité par J. CAZALA, « La défiance étatique à l'égard de l'arbitrage investisseur-État exprimée dans quelques projets et instruments conventionnels récents », *op.cit.*, p. 90.

l'esprit de cette étude, il importe de voir comment ces réformes pourront être perçues dans l'espace régional ouest-africain de la CEDEAO, en général et par ses États membres, en particulier. Autrement dit, il conviendrait d'analyser si cette modification de la configuration du droit des investissements répond également aux attentes des pays en développement d'une manière très générale et de l'institution d'intégration régionale de la CEDEAO, en particulier. Il s'agit tout simplement de voir si les réformes proposées par les États en développement sont adaptées dans une communauté économique régionale comme la CEDEAO (2).

1 : Le mécanisme de règlement des différends : élément central des réformes

Qu'il soit dans le CETA ou le TTIP, s'il y a bien un aspect des réformes qui leur est commun c'est bien le nouveau système d'arbitrage. En effet, dans tous ces deux traités, il est question de mettre sur place une Cour permanente d'arbitrage, renversant complètement le mécanisme CIRDI. Seulement, c'est précisément dans le cadre du TAFTA ou TTIP que la juridiction permanent d'arbitrage a été baptisée *Investment Court System (ICS)* dont tantôt certains estiment qu'il est inspiré du fonctionnement de l'organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce¹⁰⁶⁰, tantôt d'autres supposent que c'est l'accord de libre-échange conclu entre l'Union européenne et le Vietnam qui en constitue la source d'inspiration¹⁰⁶¹. Mais ce n'est pas là où se situe l'originalité de cette Cour permanente d'arbitrage. La particularité de l'*Investment Court System (ICS)* repose sur une logique différente du système traditionnel de l'arbitrage d'investissement. En effet, il faut en premier lieu retenir que, les litiges seraient confiés, à la demande de l'investisseur qui conserverait son droit de saisine, non pas à un tribunal arbitral mais à un panel de trois juges désignés parmi les quinze juges permanents nommés pour un mandat de six ans. Ces juges seraient nommés par les deux parties et seraient tenus de statuer au terme d'une procédure publique canalisée dans le temps. En deuxième lieu, l'autre originalité de l'ICS c'est qu'il y est prévu un mécanisme d'appel des décisions rendues. À ce titre, les parties peuvent, devant trois juges désignés parmi les six personnalités nommées également pour un mandat de six années, faire appel aux décisions rendues afin d'obtenir une autre décision définitive qui, doit également être adoptée dans un délai très court. Les revendications pour l'instauration d'un mécanisme d'appel des décisions rendues par les tribunaux arbitraux d'investissements ne datent pas à partir de ce

¹⁰⁶⁰ A. DE NANTEUIL, « Droit international de l'investissement », 2 éd., *op.cit.*, p. 473-474.

¹⁰⁶¹ J. CAZALA, « La défiance étatique à l'égard de l'arbitrage investisseur-État exprimée dans quelques projets et instruments conventionnels récents », *op.cit.*, p. 90.

traité. Un auteur a relevé que l'actuel système du recours en annulation devant les comités ad hoc du CIRDI est plus restrictif qu'une procédure d'appel, c'est pourquoi, plusieurs accords ou projets d'accords envisagent de mettre en place un véritable mécanisme d'appel¹⁰⁶². Il faut savoir par exemple que le modèle de TBI indien de 2015 prévoit que les parties peuvent convenir de la création d'une procédure d'appel de la sentence afin de rechercher la cohérence de l'interprétation des dispositions du traité¹⁰⁶³. Arnaud De Nanteuil a fait observer que dans ce mécanisme, l'appel est toutefois limité dans les motifs, puisqu'il ne peut reposer que sur une erreur dans l'interprétation de la loi, une erreur manifeste dans l'appréciation des faits ou l'un de recours en nullité prévus par la Convention de Washington¹⁰⁶⁴. Il faut par ailleurs préciser que ce système de l'ICS ne se détache complètement pas des autres traditionnels mécanismes de règlement des différends. Car, il est prévu que la procédure contenue dans le nouveau mécanisme pourrait être conduite suivant l'un des règlements existant au choix des parties (CIRDI, CNUDCI et autre). En dehors de ces nouveautés portant sur la procédure arbitrale de la Cour, un certain nombre de garanties d'indépendance des juges ont été prévues : en effet, défense leur est faite d'exercer des missions de conseil et d'avocat pendant la durée de leur mandat ; ils sont aussi tenus de déclarer la totalité de leurs activités passées de même que des intérêts qu'ils possèdent ou ont possédés ; ils sont également interdits d'entretenir tout lien avec les gouvernements des États membres.

Telles sont globalement les tendances révolutionnaires du droit des investissements portées par les États développés ainsi que leurs organisations d'intégration régionales comme l'Union européenne. Sans nul doute, l'institution de cette Cour permanente d'arbitrage constitue l'élément fondamental des réformes. Mais les opérations d'investissements ne s'exercent pas seulement dans les continents occidentaux ; au contraire, elles trouvent leur terrain de prédilection dans les pays en développement. Ces derniers aussi mènent des politiques de promotion et de protection des investissements et font également partie des États qui remettent en cause le système classique de résolution des litiges. D'ailleurs, dans la même tendance des États européens, il est de plus en plus question en Afrique par exemple de confier les politiques d'investissements aux ensembles régionaux du continent. Tel est le cas de l'Afrique de l'Ouest, où l'on peut observer que l'organisation d'intégration régionale de la

¹⁰⁶² A. PELLET, « Appel ou annulation des sentences CIRDI? Retour sur un débat sans conclusion », in *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, *op.cit.*, pp. 355-374.

¹⁰⁶³ *Model Text for the Indian Bilateral Investment Treaty*, 28 Dec. 2015, art. 29, cité par J. CAZALA, « La défiance étatique à l'égard de l'arbitrage investisseur-État exprimée dans quelques projets et instruments conventionnels récents », *op.cit.*, p. 91.

¹⁰⁶⁴ A. DE NANTEUIL, « Droit international de l'investissement », 2^{ème} éd. *op.cit.*, p. 474.

CEDEAO dispose d'une réglementation relative aux investissements. Il convient dès lors de voir dans cet espace-là, si les réformes entreprises dans les pays du Nord en ce qui concerne l'investissement répondent à leurs attentes vis-à-vis des faiblesses qu'ils ont pu déceler en la matière.

2 : L'adaptation des réformes dans l'espace CEDEAO

La nouvelle configuration du droit des investissements qui se dessine dans les pays développés ne saurait, en principe, être ignorée dans les États en développement. Le terme « investissement » est même devenu un leitmotiv dans les programmes de développement de ces derniers. Tous ces États ont développé des politiques de promotion et de protection des investissements, car conscients de l'importance de ceux-ci pour leur économie. C'est pourquoi d'ailleurs, leurs ensembles régionaux se sont également lancés dans cette entreprise d'attraction des investissements. C'est dans cette perspective qu'une organisation d'intégration régionale comme la CEDEAO, suite à l'adoption de trois actes additionnels majeurs¹⁰⁶⁵, le 19 décembre 2008, ait mis en place un programme intitulé : vision du Marché commun des investissements de la CEDEAO. Un tel programme traduit aussi la prise de conscience de ses États membres de la nécessité de faire de l'investissement un des piliers fondamentaux de la réalisation d'une intégration effective.

En même temps, si l'Afrique est dans une dépendance réelle de ces flux d'investissements, force est également de reconnaître que la rentabilité de ceux-ci est constamment plus élevée dans ce continent que dans toute autre région du monde. Selon un auteur, « *la rentabilité de l'investissement en Afrique équivaut à quatre fois celle des pays développés, au double de celle des pays d'Asie et à deux tiers de plus que les pays d'Amérique latine* »¹⁰⁶⁶. Ce qui revient à tirer la conséquence selon laquelle, autant les États africains ont besoin des investissements pour développer les infrastructures nécessaires pour leur économie, autant les pays exportateurs sont conscients que l'Afrique constitue l'espace dans lequel la rentabilité de leurs investissements est la plus élevée. À partir de ce constat, il est tout à fait logique d'analyser si les réformes du droit des investissements entreprises entre les continents

¹⁰⁶⁵ A/SA.1/12/08 Acte additionnel portant adoption des règles communautaires de la concurrence et de leurs modalités d'application au sein de la CEDEAO ; A/SA.2/12/08 Acte additionnel portant création, attributions et fonctionnement de l'Autorité régionale de la concurrence de la CEDEAO ; A/SA.3/12/08 Acte additionnel portant adoption des règles communautaires sur l'investissement et leurs modalités d'application au sein de la CEDEAO.

¹⁰⁶⁶ E. ANANI SITTI, « Investir en Afrique pour gagner l'entreprise africaine et la mondialisation », *L'Harmattan*, 2012, p. 45.

européens et américains ont/ou devraient avoir une certaine répercussion dans le continent en développement.

Tout d'abord, il ne faut pas perdre de vue que c'est dans le cadre de deux traités transatlantiques que certaines réformes du droit des investissements ont été proposées. En principe donc, ce sont les parties à ces accords qui seront tenues de respecter les obligations auxquelles elles ont souscrit. Mais encore, ce sont elles qui pourront éventuellement bénéficier des avantages qui en découleront. En termes plus clairs, des États comme ceux de la CEDEAO par exemple, ne sont, en principe, pas ciblés dans lesdites réformes. Même s'il est possible de rétorquer qu'avec le jeu de la clause NPF incluse dans les TBI, les États tiers aux traités réformistes (CETA et TAFTA) du droit de l'investissement peuvent être amenés à bénéficier des avantages que ces derniers ont originellement réservés à leurs parties. Seulement, ce n'est pas sur cette attitude parasite que les États de la CEDEAO doivent compter pour s'adapter à l'approche européenne de l'investissement.

Etant une institution internationale autonome distinguée de ses États membres et ayant une personnalité propre, au même titre que l'Union européenne, la CEDEAO pourrait s'inspirer des réformes entreprises dans le CETA et le TAFTA et adopter sa propre approche communautaire de l'investissement. Ainsi, la première source d'inspiration du CETA pourrait porter sur la redéfinition des standards de protection, standards qui constituent pour les investisseurs et surtout les arbitres, les baromètres des mesures réglementaires étatiques touchant les propriétés des opérateurs économiques. Les standards du traitement juste et équitable ainsi que celui de l'expropriation ont été plus précisément définis, le premier avec énumération d'un certain nombre d'éléments, le second avec plus de clarté¹⁰⁶⁷. La volonté affirmée dans le TTIP par les parties de l'instauration d'un mécanisme permanent d'arbitrage (ICS) peut constituer une seconde source d'inspiration pour la CEDEAO. En effet, rien n'empêche à l'organisation ouest-africaine d'intégration de prévoir, dans le long terme, la création d'un tribunal arbitral permanent en matière de règlement des différends relatifs aux investissements intra-communautaires. Ceci lui permettrait de mieux se familiariser avec les rouages du droit des investissements. Dans le court terme, il importera de renégocier les TBI existants entre ses États membres, et si possible entre ces derniers et les États tiers.

Cependant, il faut noter que ces réformes sont beaucoup plus faciles à théoriser qu'à mettre en pratique. L'incertitude de leur mise en pratique sur laquelle elles reposent dans les

¹⁰⁶⁷ En ce sens, v. Commission Indépendante de l'UE sur le CETA, « L'impact de l'Accord Economique et Commercial Global entre l'Union européenne et le Canada (AECG/CETA) sur l'environnement, le climat et la santé », *Commission indépendante de l'Union européenne sur le CETA*, 7 septembre 2017, pp. 28-29.

traités transatlantiques est tout à fait éloquent. Aussi bien dans le traité avec le Canada ou le Vietnam que dans le traité avec les États-Unis que l'Union européenne rencontre des difficultés pour l'application effective des réformes entreprises. L'essentiel des problèmes proviennent de ce nouveau mécanisme d'arbitrage. En effet, dans celui-ci, il a été soulevé que son mécanisme d'appel entre en contradiction avec la Convention CIRDI que les parties ont la latitude d'utiliser en première instance. Les articles 53¹⁰⁶⁸ et 54¹⁰⁶⁹ de ladite Convention rappellent le caractère obligatoire des sentences, qui ne peuvent faire l'objet d'aucun appel. Outre les contradictions entre les articles 53 et 54 du CIRDI et le mécanisme d'appel contenu dans l'ICS, se dressent d'autres difficultés portant sur l'articulation des compétences entre les tribunaux arbitraux et les juges de la Cour de justice de l'UE, les juridictions nationales¹⁰⁷⁰.

Pour toutes ces raisons, les États en développement d'une manière générale, et les États de la CEDEAO, en particulier peuvent, certes, s'inspirer des tendances réformistes du droit des investissements qui se dessinent dans d'autres parties du monde, mais ne doivent pas surtout aller trop vite en besogne. Car, bien entendu, si ces réformes ont été pensées dans d'autres cieux, il n'est pas évident qu'elles puissent forcément s'adapter dans le continent africain, surtout si elles ne font non seulement pas l'unanimité dans les États initiateurs, mais encore qu'elles n'y reçoivent même pas application pour l'heure.

La CEDEAO devrait rester dans sa ligne de mire, en l'occurrence rendre d'abord effective l'intégration régionale, avec la mise en place d'un réel marché commun, et une union monétaire ; la réglementation de l'investissement international sera forcément sur son chemin. En d'autres termes, c'est par la réussite de sa politique d'intégration économique, avec tout ce que cela implique, qu'il pourrait se frayer une place de choix dans la réglementation de l'investissement international et dicter ses volontés.

¹⁰⁶⁸ Article 53 de la Convention CIRDI : « *La sentence est obligatoire à l'égard des parties et ne peut faire l'objet d'aucun appel ou autre recours, à l'exception de ceux prévus par la présente Convention. Chaque partie doit donner effet à la sentence conformément à ses termes, sauf si l'exécution en est suspendue en vertu des dispositions de la présente Convention* ».

¹⁰⁶⁹ Article 54 de la Convention CIRDI : « *Chaque État contractant reconnaît toute sentence rendue dans le cadre de la présente Convention comme obligatoire et assure l'exécution sur son territoire des obligations pécuniaires que la sentence impose comme s'il s'agissait d'un jugement définitif d'un tribunal fonctionnant sur le territoire dudit État* ».

¹⁰⁷⁰ Pour toutes les difficultés posées par l'adaptation des réformes de l'arbitrage d'investissement au sein de l'UE, et ses perspectives de solutions v. A. DE NANTEUIL, « Les mécanismes permanents de règlement des différends, une alternative crédible à l'arbitrage d'investissement? », *op.cit.*, 69-80.

Conclusion du Chapitre 2 du Titre 2

Le droit international des investissements est un droit essentiellement procédural. C'est à la suite, et exclusivement, de l'introduction de la requête de l'investisseur devant le tribunal, que les arbitres saisis puissent connaître du contentieux. Contrairement, au ministère public des juridictions des États d'accueil, par exemple, les arbitres CIRDI ne peuvent s'autosaisir. Même les États membres à la Convention de Washington ne peuvent enclencher une procédure arbitrale à l'encontre de leurs pairs dans le CIRDI. L'investisseur en est le seul maître.

Une fois le contentieux né, par le biais de ce maître, les tribunaux adoptent une démarche en deux temps : identifier les atteintes portées à l'investisseur étranger, d'une part, et si elles sont avérées, d'autre part, se pencher sur les modes de leur réparation, prévus à cet effet. Mais, cette démarche aussi simple en apparence divise pourtant les arbitres et constitue la lame de fond de toutes les controverses doctrinales du droit international des investissements.

Il a été relevé, en effet, que l'investisseur pourrait subir de la part de son État hôte d'atteintes directes ou d'atteintes indirectes. Les premières ne posent véritablement de difficulté, car la dépossession se fait par le biais d'un acte formel que prend l'État moyennant une compensation de l'investisseur avec l'accord de celui-ci. Plus clairement, dans l'expropriation directe, l'investisseur et l'État s'entendent à l'avance sur l'appropriation du bien par le second, en contrepartie d'un versement d'une somme d'argent au premier. Lorsqu'il s'agit d'atteintes indirectes, en revanche, la situation devient compliquée car il n'existe pas d'acte formel de retrait du titre de propriété. L'investisseur considère que l'État, en prenant telle mesure, ait une intention dissimulée d'exproprier son bien. Ainsi tout le travail des arbitres consisterait à déterminer si la mesure étatique a pour effet de déposséder indirectement l'investisseur. C'est de là où tirent les arbitres leur pouvoir d'interprétation et de qualification des décisions étatiques. Il importe, ici, de souligner que l'essentiel du contentieux de l'investissement porte sur l'expropriation indirecte.

Une fois cette étape franchie par les tribunaux arbitraux, et si toutefois ceux-ci qualifient la mesure étatique comme une expropriation indirecte, ils se penchent sur la seconde phase de la résolution du litige qui n'est rien d'autre que la détermination du mode de réparation des atteintes indirectes constatées. Là aussi, des problèmes surviennent. Avant tout, il urge de faire la distinction entre la compensation et l'indemnisation. La première renvoie à la contrepartie due à l'investisseur à l'issue d'une expropriation directe ou formelle, alors que la seconde correspond à la réparation d'une expropriation indirecte. Ce qui signifie donc que c'est

l'indemnisation qui demeure le mode privilégié de réparation des dommages causés à l'investisseur.

Cependant, l'examen de la pratique de l'indemnisation dans ces États en développement de la CEDEAO permet dresser, au moins, deux constats. Tout d'abord, son éventuelle mise en œuvre constitue une contrainte pour ces États d'accueil de l'investissement de sécuriser, autant que faire se peut, les biens des opérateurs économiques étrangers. Il a été démontré qu'une multiplicité de requêtes à l'encontre d'un État devant le CIRDI pourrait constituer une mauvaise publicité des futurs investisseurs désirant s'implanter sur son territoire. Mais en même temps, les sanctions récurrentes des arbitres, à l'endroit des pays hôtes, par l'indemnisation, pourrait malencontreusement conduire à une remise en cause de l'arbitrage d'investissements par les États, d'une manière générale. La dénonciation de la Convention de Washington par certains pays latino-américains est tout à fait éloquente comme illustration de cette éventualité. Pour éviter une telle dérive, il semble indispensable pour les arbitres de trouver un juste équilibre entre : d'un côté, la nécessité de protéger les attentes légitimes des investisseurs, et de l'autre la sauvegarde du pouvoir discrétionnaire de l'État de prendre toutes mesures d'intérêt général, car celles-ci constituent sa raison d'être. La conciliation de ces deux impératifs elliptiquement contradictoires, par les arbitres, demeure une nécessité pour assurer et préserver le succès de l'arbitrage d'investissement.

L'avenir du droit international des investissements est tellement dépendant de la pratique arbitrale que les pays développés, à l'image de l'Union européenne, du Canada et des États-Unis, ont ressenti la nécessité de procéder à des réformes de certaines dispositions centrales du droit procédural des investissements, à travers des traités transatlantiques. Ces dits traités pourraient, d'ailleurs, être considérés comme les instruments révolutionnaire du droit des investissements. La CEDEAO et ses États membres doivent, à juste titre, se référer à cette tendance révolutionnaire de la matière, qui se passe dans d'autres continents, pour ne pas être en déphasage face à l'évolution de la discipline. Toutefois, ces États ouest-africains devraient le faire avec raison, car ces projets de réformes ne sont pas exempts de critiques dans ces pays développés. Mais, au moins, les États de la CEDEAO et de l'Afrique d'une manière très générale doivent se tenir informés de cette tendance réformiste occidentale du droit international des investissements.

Conclusion du Titre 2 de la deuxième partie

L'arbitrage international demeure le mode privilégié de règlement des différends relatifs aux investissements.

Le centre le plus côtoyé en la matière est le CIRDI, institué par la Convention de Washington du 18 mars 1965. L'arbitrage CIRDI présente des particularités qui se remarquent aussi bien au niveau des fondements de sa compétence que dans son système de règlement des différends. Cet arbitrage, on l'a vu, est suffisamment protecteur des investisseurs étrangers. Une telle protection a, d'ailleurs, été perçue par certains auteurs comme excessive, à la limite défavorable aux États d'accueil de l'investissement. Etant composée d'États en développement, la communauté économique régionale ouest-africaine de la CEDEAO n'a pas été épargnée de ces effets du caractère protecteur de l'arbitrage CIRDI. Il est même possible de considérer que les États de la CEDEAO, qui se trouvent être des pays en développement, donc économiquement faibles, sont plus exposés aux revers de l'arbitrage d'investissements, profitables aux multinationales étrangères.

C'est dans le régime du contentieux de l'arbitrage que ce constat soit des plus éloquentes, en l'occurrence lorsqu'il est question, pour les arbitres saisis, d'identifier la nature du préjudice causé par l'État à l'investisseur, et au cas échéant de procéder aux modalités de réparation du dommage. En termes plus clairs, c'est dans l'identification des catégories d'atteintes dont peuvent faire l'objet l'investisseur et les modalités de l'indemnisation que l'on trouve le caractère déséquilibré du droit procédural de l'arbitrage. Un déséquilibre profitable à l'investisseur, bien sûr, et défavorable aux États d'accueil, évidemment.

C'est pour cette raison qu'il est de plus en plus questions, pour l'heure, de penser à remédier à ce déséquilibre tant décrié, en instaurant par exemple des obligations vis-à-vis des investisseurs dans les TBI.

Conclusion de la deuxième partie

Face à l'inefficacité de la protection communautaire des investissements étrangers dans l'espace CEDEAO, il importait de trouver d'autres mécanismes devant assurer une meilleure sécurisation des biens d'opérateurs économiques ressortissants d'États tiers à l'organisation régionale. C'est le droit international général qui a ainsi permis d'apporter cette protection complémentaire des investissements étrangers dans l'espace concerné.

À cet effet, étant une sous branche du droit international général, le droit des investissements dispose, d'une part, d'instruments internationaux et, d'autre part des mécanisme procéduraux ayant essentiellement pour objet de sécuriser les biens des investisseurs étrangers.

Rappelons que le droit conventionnel des investissements internationaux a connu une évolution. Au départ, le contrat était l'unique instrument juridique qui encadrait les relations entre l'investisseur étranger et son État hôte. Ainsi lorsque survenait un litige, il fallait se référer aux stipulations prévues dans le contrat. Celles-ci pouvaient directement attribuer aux juridictions de l'État d'accueil de l'investissement la compétence pour résoudre le contentieux. L'impartialité de ces juridictions n'était pas garantie. De plus, l'application du droit international dans ces contrats instaura un débat au sein de la doctrine du seul fait de la présence de la personne privée.

C'est à partir de ces deux éléments remettant en cause l'application de ces contrats dans les relations entre l'État d'accueil et l'investisseur étranger que s'est produit un développement fulgurant de TBI. La particularité de ces derniers c'est qu'ils engagent conventionnellement, et internationalement l'État d'origine et l'État d'accueil de l'investisseur. Les deux États, en effet, s'engagent dans un traité international à assurer protection à leur investisseurs respectifs s'établissant sur leurs territoires respectifs. Mais ce n'est pas tout, ils promettent de ne pas porter atteinte à l'activité des investisseurs ressortissants de l'autre État partie sur leur territoire. C'est ainsi que la doctrine considère les TBI comme des stipulations pour autrui. En cas de manquement aux dispositions contenues dans ces TBI, les États pourront voir leur responsabilité internationale engagée. En outre, parmi les dispositions contenues dans ces TBI, on y trouve les standards internationaux. L'application de ces standards entraîne certaines conséquences dans les États d'accueil. Les États de la CEDEAO, n'en sont pas épargnés. Du fait de leur imprécision, en effet, ces standards internationaux portent, atteinte, à bien des égards, à la liberté normative de l'État. N'importe quelle mesure que celui-ci pourrait être amené à prendre et qui porterait préjudice à l'investisseur étranger, est susceptible d'être

qualifiée comme un acte étatique violant un standard contenu dans le traité. C'est en ce sens que les TBI ont été considérés - et le sont d'ailleurs - comme des instruments ayant essentiellement pour objet de protéger les investisseurs étrangers.

Cette protection découlant du droit international général est encore beaucoup plus manifeste lorsque l'on se penche sur les mécanismes procéduraux du droit des investissements. Plus précisément, c'est en matière de règlement des différends que l'apport du droit international dans la protection des investissements est des plus remarquables.

Ici, c'est l'arbitrage international qui a été érigé comme mode de résolution des litiges issus des rapports entre l'investisseur et son État hôte. Le centre le plus côtoyé dans cette perspective demeure l'arbitrage CIRDI. La particularité de celui-ci c'est qu'il offre à l'investisseur la faculté de traduire l'État devant un tribunal international, mais surtout qu'il lui offre l'exclusivité. En d'autres termes, seul l'investisseur, et non l'État, a la possibilité de saisir les tribunaux CIRDI. Soulignons que cet arbitrage a été jugé surprotecteur des investisseurs et défavorable aux États d'accueil, y compris les États de l'espace ouest-africain de la CEDEAO.

Pour mieux saisir les effets de l'arbitrage, il suffit d'examiner le régime du contentieux qui lui est consacré. Dans ce régime, en effet, c'est à partir de l'identification des atteintes dont peuvent faire l'objet les investisseurs jusqu'aux modes de leur réparation que se manifestent les critiques sur l'arbitrage d'investissement.

Il a été indiqué que deux catégories d'atteintes peuvent frapper le droit de propriété des investisseurs : des atteintes directes et des atteintes indirectes. Mais, ce sont les secondes, surtout à travers l'expropriation indirecte, qui font naître les contentieux, mais encore les controverses des décisions arbitrales. Car, la preuve de l'expropriation indirecte nécessite pour les arbitres saisis de se livrer à certaines interprétations de la mesure étatique. Ce pouvoir d'interprétation des arbitres a été perçu, à bien des égards, comme une atteinte au pouvoir réglementaire des États hôtes. Pour remédier, où à la limite, empêcher de telles dérives de l'arbitrage, nous avons souligné qu'il importait de trouver un équilibre entre deux impératifs apparemment contradictoires : la nécessité pour l'État d'accueil de prendre des mesures d'intérêt général et l'impératif exigence de satisfaction des attentes légitimes des investisseurs.

Par ailleurs, le contentieux de l'investissement ne se limite pas dans l'identification des atteintes subies par les investisseurs sur le territoire des États d'accueil. Une fois que les arbitres établissent la responsabilité de l'État pour dépossession illicite de l'investisseur, ils se penchent sur l'ultime phase du contentieux, en l'occurrence la réparation du dommage causé. Dans les TBI, c'est l'indemnisation qui a été érigée comme mode privilégié de réparation des atteintes portées à la propriété de l'investisseur. Pour autant, il importe de relever qu'en droit des

investissements, une distinction est faite entre l'indemnisation d'une expropriation directe ou formelle et l'indemnisation d'une expropriation illicite. Ici aussi, il convient de relever que le droit international général constitue un appui dans la pratique de l'indemnisation en droit des investissements. Car, ce sont, en effet, les principes coutumiers de la responsabilité internationale qui ont servi de fondement à l'application de l'indemnisation en droit des investissements.

Cependant, c'est bien la pratique de l'indemnisation qui se situe à la base de toutes les critiques adressées à l'arbitrage. Pour certains, en effet, les arbitres manifestent une certaine réticence à reconnaître l'activité normative des États comme des mesures d'effet équivalent à une expropriation, tandis que pour d'autres, le mécanisme de règlement des différends relatifs aux investissements s'avère attentatoire à la liberté normative des États. Ce sont ces critiques à caractère antinomique qui ont poussé certaines entités internationales, tels l'Union européenne le Canada et les États-Unis à entreprendre des réformes sur des dispositions procédurales du droit des investissements.

Dès lors, même si ces réformes ne font pas, pour l'heure, l'unanimité au sein de la doctrine, il semble opportun pour la CEDEAO d'y prendre compte. De fait, il s'agira pour les États de l'organisation d'élaborer un ou des modèles de traités qui seront en harmonie avec cette tendance réformiste du droit des investissements qui se dessine dans d'autres continents. Ce n'est pas dire que les États ouest-africains devraient obligatoirement s'approprier de ces réformes du droit conventionnel des investissements. Il s'agira plutôt pour la communauté régionale de s'adapter à celles-ci, en fonction de ses intérêts et priorités, afin de ne pas rester en déphasage de l'évolution du droit matériel des investissements internationaux.

CONCLUSION GÉNÉRALE

L'étude de la protection des biens des opérateurs économiques étrangers dans l'espace CEDEAO a permis de mettre en lumière deux constats : il existe, d'une part, une protection communautaire des investissements étrangers qui résulte du droit de l'institution régionale. Mais, d'autre part, au regard des limites soulevées dans le système de celle-ci, il a été relevé qu'une protection complémentaire, voire subsidiaire du droit international général, dans la sécurisation des investissements internationaux, existait.

Dans la protection communautaire, il s'est agi de démontrer que, par le biais de ses instruments de réalisation de l'intégration économique, la CEDEAO pourrait assurer une certaine protection des biens des opérateurs économiques étrangers ressortissants d'États tiers. Deux catégories d'instruments ont été visées : il s'agit d'instruments internes et d'instruments externes.

Les premiers sont constitués, d'une part, par les règles d'édification du marché commun et d'autre part, par les politiques d'incitation économique et juridique propres aux États membres. La mise en place d'un marché régional nécessite, en effet, la garantie d'un certain nombre de libertés dont deux ont été ici traitées : il s'agit de la liberté d'établissement et la libre circulation des capitaux. Mais l'exercice de ces deux libertés ne saurait garantir l'établissement d'un marché communautaire s'il ne s'accompagnait pas d'une bonne politique de la concurrence. Dès lors, il a été démontré que ces deux libertés originelles du marché commun et une bonne politique de la concurrence, étendues aux investisseurs ressortissants d'États tiers peuvent constituer une protection communautaire de leurs biens. Il en est de même des politiques d'incitation économique et juridique développées par les États membres de l'organisation régionale.

À côté de ces instruments internes de protection communautaire des investissements, existent d'instruments externes qui peuvent avoir le même objet. Ceux-ci, en revanche, ne constituent pas des normes secrétées par l'organisation régionale. Ce sont des dispositifs normatifs non produits par la CEDEAO mais qui lient celle-ci dans ses relations extérieures. Il s'agit d'engagements internationaux auxquels la CEDEAO a souscrit et qui peuvent, à certains égards, exercer une influence sur la communauté dans la sécurisation des investissements ressortissants d'États tiers. Deux catégories de ces instruments ont été retenues dans cette étude : il y a d'une part, les instruments relatifs à la protection des droits de l'Homme, et d'autre part les relations de coopération extérieure de la CEDEAO, telle la coopération UE/ACP.

À l'analyse, cependant, force a été de reconnaître que le système communautaire de la CEDEAO dans la protection des biens des opérateurs économiques ressortissants d'États tiers souffre d'un certain nombre de limites, limites qui sont d'ordre institutionnel et d'ordre technique.

En ce qui concerne les limites institutionnelles, rappelons-nous qu'elles ont d'abord été situées au niveau du système de représentation internationale de la CEDEAO, système qui présente quelques incohérences. Il ressort, en effet, des règles qui encadrent les relations extérieures de la CEDEAO que son pouvoir de représentation est bicéphale, exercé par le président de la Commission et par le président de la Conférence des chefs d'État et de gouvernement. Cependant, si le pouvoir d'engager la communauté revient textuellement au premier, dans la pratique, il est tout de même concurrencé par le second, c'est-à-dire le président en exercice. Curieusement, pourtant, l'on trouve nulle part dans les textes une quelconque compétence de ce dernier de conclure des traités engageant la communauté. Mais, ce n'est pas tout. Il a aussi été mentionné que dans la procédure de conclusion des traités internationaux, deux organes cardinaux de l'institution régionale sont relégués au second plan. Il s'agit du Parlement représentant pourtant la légitimité démocratique, et la Cour de justice de la communauté, garante de la sécurité juridique. Il a, en outre, été mentionné que d'autres limites institutionnelles pourront surgir lorsque l'on se penche sur les objectifs respectifs que poursuivent le droit communautaire et le droit conventionnel des investissements. Le premier est, en effet, fondé sur une logique d'intégration tandis que le second s'inscrit dans une logique de protection.

Les secondes catégories de limites, c'est-à-dire les limites techniques du droit régional de la CEDEAO, peuvent quant à elles être analysées dans la spécificité, voire la technicité du droit international des investissements. L'on observe, à cet effet, que certaines dispositions substantielles de ce droit sont absentes en droit communautaire. Il en est ainsi par exemple de la clause du traitement juste et équitable, mais encore et surtout celle de l'expropriation dont la violation est souvent la plus invoquée dans le contentieux de l'investissement. S'y ajoute, par ailleurs, l'inefficacité des cours communautaires dans le contentieux de l'investissement international. Si la Cour de justice de la CEDEAO n'est pas spécialisée en matière de règlement des différends relatifs aux investissements étrangers, la CCJA, elle, bien que compétente en la matière, peine à s'affirmer dans l'espace africain.

Cependant ces limites de l'institution régionale dans la sécurisation des investissements étrangers n'en sont pas moins contournables. Elles peuvent être repoussées si certaines priorités

sont explorées. Certaines de ces priorités incombent à la CEDEAO, d'autres à l'Union africaine (UA).

Il s'agira d'abord pour la CEDEAO de procéder à une harmonisation des législations des États membres en matière d'investissements. Pour ce faire, l'élaboration du code communautaire des investissements en cours devrait être effective. Par ailleurs, une suggestion qui semble majeure a été proposée dans ce travail : c'est, en effet, le fait d'inclure dans les TBI signés par les États de l'organisation régionale, une clause de saisine préalable de la cour de justice de la CEDEAO avant tout pourvoi devant un tribunal arbitral international par l'investisseur étranger. L'insertion d'une telle clause permettrait, au moins pour le moment, aux juges communautaires de se familiariser aux notions contentieuses du droit des investissements, en attendant que la CEDEAO se dote d'une compétence expresse en matière d'investissements. Mais tout cela passe d'abord par un rôle prépondérant et incontournable du droit. La primauté du droit communautaire sur les droits nationaux des États membres est un préalable indispensable pour toute politique communautaire en matière d'investissements.

Ensuite, l'implication de l'Union africaine dans les politiques d'investissements des organisations régionales semble une autre priorité qui ne saurait être passée sous silence. Il ne sera pas question pour l'institution continentale de se lancer directement dans une politique d'investissement. L'UA devrait, au préalable, s'orienter vers un marché continental, en l'occurrence la réalisation d'une véritable intégration économique Sud/Sud. L'accord d'une Zone de Libre-échange Continentale (ZLEC) récemment signé par 44 pays africains constitue un bon augure à ce propos¹⁰⁷¹. Ainsi, certaines mesures adoptées dans cette perspective, pourront déboucher vers une future compétence de l'UA en matière d'investissements. C'est le cas, par exemple, lorsqu'il s'agira d'instituer une gestion concertée des ressources naturelles au niveau continental. Ou bien encore, instaurer une Cour africaine de règlements des différends relatifs aux investissements continentaux. Il ne faudrait cependant pas exclusivement compter sur l'UA pour la réalisation d'une intégration économique Sud/Sud. L'effectivité et l'harmonisation des communautés régionales existantes permettraient d'arriver à un tel résultat, sans une nécessaire implication de l'institution continentale.

Telle se présente actuellement la protection communautaire des investissements étrangers dans l'espace CEDEAO. C'est-à-dire la protection dont l'organisation régionale ouest-africaine pourrait être à mesure d'offrir aux opérateurs économiques ressortissants d'États tiers dans son

¹⁰⁷¹ M. DE VERGES, « L'Afrique pose les fondations d'une zone de libre-échange: Un accord devrait être signé mercredi 21 mars lors d'un sommet à Kigali, au Rwanda », *Le Monde* (22 Mars 2018), p. 8.

espace. L'heure est, cependant, venue de se ranger à une évidence : quoi que fusse grande la volonté de la CEDEAO de repousser ses limites dans la protection des investisseurs étrangers, certaines demeureront, car étant intrinsèquement liées au caractère du droit communautaire. Celui-ci, en effet, a été conçu dans une optique de libéralisation, tandis que le droit conventionnel des investissements s'inscrit dans une logique de protection. En outre, le droit des investissements dispose de son propre mécanisme de protection des investisseurs s'établissant sur des territoires d'États hôtes. Ce mécanisme, considéré par certains comme surprotecteur, il le tire du droit international général. C'est ainsi que cette protection horizontale, mais limitée, du droit communautaire de la CEDEAO serait renforcée par une protection verticale ou pyramidale des règles du droit international général.

Le fait qu'il est communément admis, d'une part, que le droit des investissements internationaux constitue une sous-branche du droit international général, et que, d'autre part, il traduit une continuité, voire une évolution de la protection des biens des individus en territoire étranger achèvent de convaincre que ce sont les règles de ce droit qui s'y appliquent ; en tout cas pour l'essentiel. Cette protection complémentaire du droit international, par rapport au droit de la communauté économique régionale, se manifeste tant par le biais d'instruments internationaux que des mécanismes procéduraux qu'il renferme.

Ces instruments internationaux de protection des investissements étrangers, issus du droit international général, ne sont rien d'autre que les TBI. Un auteur a pu relever que « *les TBI constituent un prolongement pur et simple des principes coutumiers de protection des intérêts étrangers...* »¹⁰⁷². Cependant, l'analyse de ces traités conclus dans l'espace régional permet de constater qu'au-delà de leurs objectifs de protection des investisseurs étrangers, ils ont été indexés, à bien des égards, comme des instruments ayant pour effet de porter atteinte à la liberté normative des États hôtes. Concrètement, cela revient à dire que l'exercice des prérogatives souveraines des États de la CEDEAO se trouve dilué par les règles contenues dans les TBI. Ces règles sont, pour l'essentiel, composées de standards internationaux. Ce sont ces standards, de par leur caractère imprécis, qui sont à l'origine de tous les polémiques, voire de toutes les critiques dont font l'objet les TBI. Pour dresser ce constat, il suffit de se pencher sur les mécanismes procéduraux de protection des investissements contenus dans ces traités, et établis par le droit international général.

Les mécanismes procéduraux de protection des investissements renvoient tout simplement à l'arbitrage international et le régime juridique qui gouverne le contentieux en

¹⁰⁷² A. DE NANTEUIL, « La clause d'indemnisation », *R.G.D.I.P.*, 2015, n° 1, p. 242.

matière d'investissements. L'arbitrage constitue le mécanisme par excellence de règlement des litiges relatifs aux investissements. Même si beaucoup d'institutions connaissent de l'arbitrage, ici, c'est essentiellement le CIRDI qui a attiré l'attention, car étant le plus actif en matière de différends internationaux relatifs aux investissements. Mais, c'est surtout, sa spécificité qui suscite l'intéressement. Cette particularité du CIRDI se situe, en effet, au niveau de sa procédure contentieuse dans laquelle justement, l'investisseur en détient l'exclusivité au détriment de l'État hôte. Plus précisément, dans la convention de Washington instituant le CIRDI, seule la requête introduite par l'investisseur devant un tribunal arbitral peut enclencher la procédure contentieuse. L'État d'accueil de l'investissement n'y dispose pas cette faculté. Celui-ci ne peut que répondre à une plainte de l'investisseur devant un tribunal arbitral. C'est en ce sens que l'arbitrage d'investissements a été qualifié d'arbitrage transnational unilatéral¹⁰⁷³. Ici, encore, l'efficacité de la protection du droit international général par rapport au droit communautaire est tout aussi éloquente. Dans ces conditions, il est donc possible de considérer que la protection offerte aux personnes privées par les TBI et particulièrement la possibilité du recours à l'arbitrage constitue une garantie supplémentaire par rapport au droit communautaire de la CEDEAO. Pour être édifié de cette allégation, il suffit encore de se pencher sur le régime du contentieux prévalant dans le cadre du CIRDI.

Le régime du contentieux de l'investissement peut être entendu comme les cas d'atteinte aux biens de l'investisseur par l'État d'accueil et leurs modalités de réparation. En droit international des investissements, deux catégories d'atteintes peuvent frapper les biens d'opérateurs économiques étrangers. Il y a des atteintes directes, et d'autre part d'atteintes indirectes. Contrairement aux premières, ce sont sur les secondes que porte généralement le contentieux entre l'État hôte et l'investisseur étranger. Ce dernier peut, en effet, lorsqu'une décision étatique lui est défavorable, invoquer une atteinte indirecte de son droit de propriété. Par ce biais, il allègue la violation par l'État d'accueil d'une des dispositions substantielles du traité liant celui-ci à son État d'origine. Puisque ces règles ont cette particularité d'être des standards au contour imprécis, invoquer leur violation, à chaque fois qu'une décision étatique lui est défavorable, devient un exercice aisé pour l'investisseur. Mais pas seulement pour ce dernier, les arbitres également. C'est, en effet, lorsqu'il s'agit de se pencher sur la seconde phase du contentieux, à savoir les modalités de réparation du dommage causé par l'État à l'investisseur, que cette affirmation est perceptible. Cette réparation, en droit des

¹⁰⁷³ W. BEN HAMIDA, « L'arbitrage transnational unilatéral : réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique », thèse droit, *Paris 2*, 2009.

investissements, se traduit par l'indemnisation. Ici aussi, il importe de souligner que les principes de l'indemnisation sont assez clairement inspirés par les règles applicables à la réparation du dommage en droit international¹⁰⁷⁴.

D'apparence anodine, la question de l'indemnisation a pourtant divisé la doctrine. C'est plus particulièrement lorsqu'il est question de se pencher sur l'indemnisation d'une expropriation indirecte que les controverses sont les plus profondes. Si, par exemple, certains considèrent que, dans l'indemnisation, les arbitres doivent prendre en compte le but poursuivi par la mesure litigieuse, d'autres en revanche, estiment qu'il importe de se référer aux effets de cette dernière sur la propriété de l'investisseur. Par ailleurs, la détermination du montant de l'indemnisation constitue également une autre phase du contentieux. Ici, aussi, il a été question de savoir si l'indemnisation doit contenir en plus de la perte subie (le *damnum emergens*), le manque à gagner, en l'occurrence les profits futurs de l'investisseur (le *lucrum cessans*). À cet égard, il a été soutenu que si la dépossession indirecte de l'investisseur est constituée suite à une réglementation étatique visant les conditions économiques générales, l'indemnisation doit être limitée au *damnum emregens* et non au *lucrum cessans*¹⁰⁷⁵. Dans ces conditions, il semble que le travail auquel les arbitres doivent se livrer dans l'indemnisation consiste à trouver un juste équilibre entre l'objectif général de la mesure litigieuse et ses effets sur la propriété de l'investisseur. En définitive, ce qu'il importe de retenir de l'indemnisation c'est qu'elle exerce une grande influence dans l'avenir de l'arbitrage, mais encore dans celui du droit international des investissements d'une manière très générale, si tant qu'elle mériterait d'une bonne administration arbitrale.

Cependant, il faudrait admettre que l'arbitrage d'investissements souffre de nos jours de nombreuses critiques qui portent aussi bien sur la forme que sur le fond. Au niveau de la procédure en effet, l'arbitrage est un système déséquilibré, en ce sens qu'on l'a dit, seul l'investisseur dispose de la latitude de saisir le tribunal, et non l'État hôte. Du point de vue du fond, la plupart des dispositions contenues dans les TBI se caractérisent par leur imprécision. Cette élasticité définitionnelle de ces standards pourrait ouvrir la voie à des saisines fallacieuses des tribunaux par les investisseurs, mais encore elle élargirait le pouvoir d'interprétation des décisions étatiques par les arbitres. Cette seconde conséquence pourrait heurter la sensibilité souverainiste des États, en poussant ces derniers à renier l'arbitrage. La dénonciation de la

¹⁰⁷⁴ A. DE NANTEUIL, « La clause d'indemnisation », *op.cit.*, p. 242.

¹⁰⁷⁵ Y. NOUVEL, « L'indemnisation d'une expropriation indirecte », *International Law Forum*, 2003, n° vol 5, pp. 201-204.

Convention de Washington par certains pays d'Amérique du sud en constitue un exemple éloquent¹⁰⁷⁶.

Au total, si la protection que procure le droit communautaire de la CEDEAO sur les biens des investisseurs étrangers a été jugée inefficace, celle du droit international général, en revanche, s'avère excessive - donc préjudiciable à l'État hôte -, si tant qu'elle mériterait d'être nivelée.

C'est en réponse à l'ensemble de ces critiques que certains continents, à travers deux traités transatlantiques, ont proposé des réformes sur certains aspects essentiels du droit international des investissements. Dans ces traités, en effet, - conclus entre, d'une part, le Canada et l'Union européenne, et d'autre part, celle-ci et les États-Unis – il est question, hormis de redéfinir d'une manière énumérative certaines dispositions du droit des investissements, de mettre en place un organe permanent de règlement des différends. La particularité de ce tribunal international c'est qu'il repose sur un double degré de juridiction, faisant appel à des juges nommés, non pas par les parties au litige, mais par les États, rompant ainsi avec les principes traditionnels de l'arbitrage.

Si, en soi, ces réformes ne touchent pas, pour l'heure, l'espace communautaire ouest-africain de la CEDEAO, elles peuvent constituer une source d'inspiration pour celle-ci, et au continent africain d'une manière générale. Une inspiration qui pourrait inciter à une renégociation des TBI signés par les États membres de la communauté. Comme réformes aux dispositions de ces traités, il pourrait par exemple être suggéré d'étendre le champ de la protection internationale des traités d'investissements aux investisseurs nationaux. Plus clairement, il s'agirait de mettre en place un mécanisme d'arbitrage international accessible aussi bien aux investisseurs étrangers qu'aux investisseurs nationaux. Une telle extension de la protection conventionnelle serait salutaire surtout pour les opérateurs locaux des États en développement. Comme l'a bien précisé, en effet, Sabrina Robert-Cuendet, « *Puisque que les garanties offertes par le droit interne de ces pays-là peuvent être moins élevées – et donc insuffisantes en termes de bonne gouvernance – les accords d'investissement devraient pouvoir déployer leurs effets en droit interne, dans les relations entre l'État et ses propres nationaux* »¹⁰⁷⁷. Dans ce même ordre d'idée, la Banque mondiale déclarait dans son rapport sur

¹⁰⁷⁶ À ce propos, voir, J. CAZALA, « La dénonciation de la Convention de Washington établissant le CIRDI », AFDI, 2012, pp. 551-565.

¹⁰⁷⁷ S. ROBERT-CUENDET, « Spécificité et privilèges dans le droit international de la protection des investisseurs étrangers », in *Droit des investissements internationaux: perspectives croisées*, Sabrina. ROBERT-CUENDET et B. STERN (dir.), Bruylant, 2017, p. 291.

le développement de 2005 que les accords d'investissements, même s'ils concernent uniquement les investisseurs étrangers, peuvent aussi avoir un « *halo effect* » qui profite aux entreprises locales¹⁰⁷⁸. Par ailleurs, deux autres suggestions pourraient contribuer à remédier au déséquilibre décrié de la procédure contentieuse en droit des investissements, ce sont : d'une part, permettre aux États d'introduire des demandes reconventionnelles et d'autre part, prévoir des obligations à l'endroit des investisseurs dans les TBI. En ce qui concerne strictement l'institution régionale de la CEDEAO, il pourrait être imposé dans les traités signés par les États membres, une clause de saisine préalable de la Cour de justice de la CEDEAO avant tout pourvoi devant un tribunal arbitral international par l'investisseur. Ceci permettrait à la cour communautaire de s'acclimater au contentieux du droit des investissements.

Cependant, bien qu'au départ la question de la protection a constitué le leitmotiv de cette étude, force a été de constater qu'elle n'était pas la seule à être appréhendée. En effet, à l'analyse, les politiques de promotion et de protection des investissements ont cette vertu, au-delà de sécuriser les biens des opérateurs économiques étrangers, d'influencer les systèmes de gouvernement étatique à la droiture, à la transparence et à la stabilité. En d'autres termes, ces politiques d'attraction des capitaux étrangers peuvent indirectement constituer un stimulant à la bonne gouvernance dans les États en développement. Enfin, ce travail a surtout permis de rendre compte de l'importance et de l'avenir du droit international des investissements, auxquels les États de la CEDEAO, celle-ci et enfin l'Afrique d'une manière très générale, devraient saisir pour se frayer une place dans la tendance révolutionnaire de la matière. Tendance qui se dessine, pour l'heure, dans d'autres continents, en l'occurrence en Europe, aux Amériques. Pourtant, nul mieux que l'Afrique ne devrait être actrice de cette nouvelle configuration du droit international des investissements, pour deux raisons qui paraissent essentielles : le continent africain regorge les ressources naturelles les plus convoitées des multinationales étrangères, d'une part, et d'autre part, il réunit les pays les plus désireux d'investissements.

Dans cette perspective, il devrait désormais revenir à l'organisation continentale, en l'occurrence l'Union africaine, de sortir de sa torpeur, et de s'approprier des politiques de promotion et de protection des investissements tant développées par ses communautés économiques régionales – par le biais d'une intégration économique sud/sud ressentie -, afin d'apporter sa touche personnelle dans l'évolution du droit international des investissements, de

¹⁰⁷⁸ Banque MONDIALE, *World Investment Report 2005. A Better Investment Climate for Everyone*, Banque Mondiale et OUP, 2005, p. 94.

sorte que dans un futur proche, nous découvrirons aussi « *un droit africain de l'investissement* »¹⁰⁷⁹. L'élaboration de son Code panafricain des investissements entre dans cette perspective. Mais ce n'est pas tout. Pour que l'institution continentale africaine puisse détenir une compétence exclusive en matière d'investissements internationaux, certaines mesures semblent incontournables. Telle, l'articulation des règles contenues dans son Code d'investissements avec les dispositions des TBI signés, d'une part, entre ses États membres et, d'autre part, entre ceux-ci et des États tiers. Ou plus fondamentalement, opérer un transfert de compétence des États membres à l'Union africaine en matière de conclusion d'accords internationaux d'investissements. Dans cette dernière éventualité, l'expérience de son homologue européen, en l'occurrence l'Union européenne, suffit pour démontrer que ce serait un énorme défi lancé non seulement au droit conventionnel des investissements, mais encore au droit international général. Mais quoiqu'il en soit, ce serait une occasion pour le continent africain de contribuer mais surtout de s'adapter à l'évolution du droit des investissements ; une discipline, désormais, incontournable dans la pratique des relations économiques internationales.

¹⁰⁷⁹ Souligné par nous.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GÉNÉRAUX

ANZILOTTI (D), *Corso di diritto internazionale*, 1^{ère} éd., 1912.

AUDIT (M), CALLE (P), et BOLLE (S), *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, LGDJ-Lextenso, 2014.

BACH (D), *Régionalisation, mondialisation, et fragmentation en Afrique subsaharienne*, Paris, Kartala, 1998.

BEDJAOUI (M), *Pour un nouvel ordre économique international*, Paris, Unesco, 1979.

BELAOUANE-GHERARI (S) et GHERARI (H), *Les organisations régionales africaines*, Ministère de la Coopération et du Développement, Paris, 1998.

BIFFOT (R), *La commission économique des nations unies pour l'Afrique*, Paris, Economica 2003.

BLUMANN (C) et DUBOUIS (L), *Droit matériel de l'Union européenne*, 7^{ème} éd., LGDJ, 2015.

BRICHAMBAUT (M.P), DOBELLE (J-F), « *Leçons de droit international public* », 2^{ème} édition, Presses des sciences politiques et Dalloz, 2011.

BROWNLIE (I), *Principles of public international law*, 7^{ème} éd., Oxford University Press, 2008.

CACHARD (O), *Droit du commerce international*, Paris, LGDJ, 2008

CANAL-FORGUES (E), *Le règlement des différends à l'OMC*, Bruylant, 2004.

CARREAU (D), FLORY (Th), et JUILLARD (P), *Droit international économique*, LGDJ, 1990.

CARREAU (D), JUILLARD (P), *Droit international économique*, 5^{ème} éd. Dalloz, Paris, 2013.

CARREAU (D), JUILLARD (P), *Droit international économique*, 4^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2010.

CHAPUIS (R), *Droit administratif général*, 15^{ème} éd., Paris, Montchrestien, 2001.

CEREXHE (E) et DE BEAULIEU (L.H), *Introduction à l'Union économique ouest africaine*, Département De Boeck Université Paris, Bruxelles, 1997.

CLING (J.P) et ROUBAUD (F), *La Banque mondiale*, Paris, La Découverte, 2008.

COMBACAU (J), et SUR (S), et *Droit international public*, 8^{ème} éd., Domat, Paris, Montchrestien, 2008.

COUILLEAUX (A), "*Arbitrage international*", Legals news international, Juin 2007.

CORNU (G), *Vocabulaire juridique*, 11^{ème} éd., P.U.F., 2016.

DALLIER (P), De La PRADELLE (G) et GHERARI (H) (dir.), *Droit de l'économie internationale*, Paris, Pédone, 2004

DAILLER (P), FORTEAU (M), PELLET (A) « *Droit international public* », 8^{ème} éd. L.G.D.J, Paris, 2009.

DELBECQUE (P), JACQUET (J.M) et CORNELOUP (S), *Droit du commerce international*, Paris, Dalloz, 1^{ère} éd., 2007.

DIOUF (E.H) et COTTIER (T), *L'Afrique et le droit à la différence dans les négociations commerciales internationales : OMC, APE, intégration régionale*, L'Harmattan, 2009, p. 394

DIOUBATE (B), *La banque mondiale et les pays en développement, de l'ajustement structurel à la bonne gouvernance*, Paris, L'Harmattan, 2008.

DUPUY (P-M), *Droit international public*, 8^{ème} éd., Paris, coll. Précis Dalloz, Dalloz, 2006

FEUER (G) et CASSAN (H), *Droit international du développement*, Paris, Dalloz, 2^{ème} Ed. 1991

FOKAM (P.K), *Et si l'Afrique se réveillait ?* Maisonneuve et Larose, paris, 2003.

GABAS (J.J), *Nord-Sud : L'impossible coopération ?* Presses de la fondation nationale des sciences politiques, Paris 2002.

GAUDEMET (Y), *Droit administratif des biens*, 14^{ème} éd., LGDJ, 2011.

HAQUANI et SAUNIER (Ph), *Droit international économique*, Paris, Ellipse, 2^{ème} éd., 2007.

HUGON (Ph.), *Les économies en développement à l'heure de la régionalisation*, Karthala, paris 2003.

ISSA-SAYEGH (J) et LOHOUES-OBLE (J), *Harmonisation du droit des affaires*, éd. Bruylant, Bruxelles, 2002.

JACQUET (J-M), *Le contrat international*, Dalloz, 1992.

KALIEU ELONGO (Y.R), POUGOUE (P.G) et *Introduction critique à l'OHADA*, 1^{ère} éd., PUA, 2008.

LLIOPOULOU (A), *Libre circulation et non-discrimination, éléments du statut de citoyen de l'Union Européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2007.

MESSERLIN (P) et VELLAS (F), *Conflits et négociations dans le commerce international : L'Uruguay Round*, Economica, Paris, 1989.

PRADELLE (A.G), *Maîtres et doctrines du droit des gens*, 2^{ème} éd., Les éditions-internationales, 1950.

RACINE (J-B), *Droit de l'arbitrage*, 1^{ère} éd., PUF, 2016.

ROBSON (P), *Intégration, développement et équité*, Economica, 1987.

SALMON (J), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001.

SANTULLI (C), *Droit du contentieux international*, 1^{ère} éd., Montchrestien, 2005.

SANTULLI (C), *Droit du contentieux international*, 2^{ème} éd., LGDJ, 2015.

SCHIFF (M) et WINTERS (A), *Intégration Régionale et Développement*, Economica 2004.

SEQUEIRA CARVALHO (J.A), *Enjeux géopolitiques et nouvelles approches pour la coopération au développement*. L'Harmattan, 2003.

SIMON (D), *Le système juridique communautaire*, 3^{ème} éd., PUF, 2001.

SIROËN (J.M), *La Régionalisation de l'économie mondiale, La Découverte*, Paris, 2004.

TALL (S.N), *Droit des organisations internationales africaines : théorie générale, droit communautaire comparé, droit de l'Homme, paix et sécurité*, L'Harmattan, 2015.

TCHIKAYA (B), *Le droit de l'Union africaine : principes, institutions et jurisprudences*, Berger-Levrault, 2014.

TIGER (P), *Le droit des affaires en Afrique*, éd. PUF, 2001.

TOURNIER (A), *La protection diplomatique des personnes morales*, LGDJ, 2013.

VISSCHER (Ch. DE), *Théories et réalités en droit international public*, Pédone, 1953.

ZAVALA (D), *Les Prêts de la Banque mondiale aux services publics, industriels et commerciaux : une étude des contrats*, Paris, Pédone, 1982.

OUVRAGES SPÉCIALISÉS, ET TRAVAUX SPÉCIFIQUES

ABI-SAAB (G), « *La souveraineté permanente sur les ressources naturelles et les activités économiques* », in M. BEDJAOUÏ (dir.), *Droit international, bilan et perspectives*, Paris, Pédone, 1991, t.2, p. 640-661.

ACHTOUK-SPIVAK (L), « *Le droit applicable aux arbitrages en matière d'investissements* », in Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational, Ch. LEBEN (dir.), Pédone, 2015, pp. 813-860.

ACHTOUK-SPIVAK (L), « *Les voies de recours dans l'arbitrage en matière d'investissements* », in droit international des investissements et de l'arbitrage transnational, Ch. LEBEN (dir.), Pédone, 2015, pp. 885-940.

AGBODJAN PRINCE (H), « *Rapport général : Introduction* », in Mondialisation et investissements, Journées Allemandes Tome LXVI/2016, Travaux de l'Association Henri Capitant, Bruylant, 2016, pp. 483-509.

AMADIO (M), *Le contentieux international de l'investissement privé et la Convention de la Banque mondiale du 18 mars 1965*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1967.

AMADOU (O), « *Accord de partenariat économique entre l'UE et la CEDEAO : impact de la 5^{ème} bande sur la protection de l'agriculture et de l'industrie agro-alimentaire en Afrique de l'Ouest* », in Le partenariat Europe-Afrique et les intégrations régionales, L.M. IBRIGA (dir.), Bruylant, 2012, pp. 251-274.

ARÉOU (G), *La concurrence des procédures de règlement des différends relatifs aux investissements*, Univ Européenne, 2010.

AUDIT (M), « *La coexistence de procédures contentieuses en matière d'investissements étrangers* », in Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational, Ch. LEBEN (dir.), Pédone, 2015, pp. 941-965.

AUDIT (M), « *La jurisprudence arbitrale comme source du droit international des investissements* », in Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational, Ch. LEBEN (dir.), Pédone, 2015, pp. 119-133.

AUDIT (M), BOLLEE (S) et CALLE (P), *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, 2^{ème} éd., LGDJ, Lextenso, 2016.

ANCEL (P) BOYER (A), REINHARD (Y) et RIVIER (M.C), *Guide pratique de l'arbitrage et de la médiation commerciale*, LITEC, 2004.

ARES (M) et BOULANGER (E), *L'investissement et la nouvelle économie mondiale : Trajectoires nationales, réseaux mondiaux et normes internationales*, Bruylant, Bruxelles, 2012.

Association Henri CAPITANT, *Les droits de tradition civiliste en question, à propos des rapports Doing Business de la banque mondiale*, Travaux de l'association Henri CAPITANT des amis de la culture juridique française, SLC, vol. 1, 2006.

AUDIT (M), « *Le droit applicable en matière d'arbitrage fondé sur un traité de protection des investissements : le regard de l'internationaliste privatiste* », in BERGE Jean Sylvestre, FORTEAU Mathias, NIBOYET Marie-Laure et THOUVENIN Jean-Marc, *La fragmentation du droit applicable aux relations internationales : Regards croisés d'internationalistes privatistes et publicistes*, Pédone, 2011, pp. 65-81.

AUDIT (M), « Table ronde: Le système actuel est-il déséquilibré en faveur de l'investisseur privé étranger et au détriment de l'État d'accueil? », in *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, Ch. LEBEN (dir), Anthemis, 2006, *op.cit.*, pp. 185-202.

AZOULAI (L) et BEN HAMIDA (W), *La protection des investissements par le droit primaire- droit conventionnel des investissements et droit primaire communautaire- étude comparée des régimes et des approches*, in KESSEDJAN (C) et LEBEN (Charles), *Le droit européen et l'investissement*, Paris, éd Panthéon, Assas, 2009, pp. 69-88.

BACH (D.C), *Les dynamiques paradoxales de l'intégration régionale en Afrique subsaharienne : le mythe du hors-jeu*, Revue française de science politique, Année 1995, Volume 45, Numéro 6 pp. 1023-1038.

BAMBA (L.N), *Analyse du processus de convergence dans la zone UEMOA*, UNU-WIDER, 2004.

BANIFATEMI (Y), et JACOMY (E), « *Compétence et recevabilité dans le droit de l'arbitrage en matière d'investissements* », in Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational, Ch. LEBEN (dir.), Pédone, 2015, pp. 773-812.

BASTID BURDEAU (G), « *Droit des investissements et droit international de la commande publique* », in Droit des investissements internationaux : Perspectives croisées, Sabrina ROBERT-CUENDET (dir.), Bruylant, 2017, pp. 61-85.

BEN HAMIDA (W), « *La clause relative au respect des engagements dans les traités d'investissements* », in Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement, LEBEN Charles (dir.), Anthémis, 2006, p. 53-104.

BEN HAMIDA (W), « *Les contrats BOT à l'heure du nouveau droit des investissements internationaux* », in Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux/New Aspects of International Investment Law, Ph. KAHN et Th. W. WÄLDE (dir.), Académie de droit international de la Haye, 2007, pp. 275-308.

BEN HAMIDA (W), « *L'admission des investissements et des investisseurs* », in Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational, Ch. LEBEN (dir.), Pédone, 2015, pp. 243-264.

BEN HAMIDA (W), FADLALLAH (I), MAYER (P), et MOURRE (A), « *L'enchevêtrement des procédures* », in La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux : Aspects récents, Ch. LEBEN (dir.), LGDJ, Anthémis, 2010, pp. 129-142.

BENLOLO-CARABOT (M), « *Le droit européen face à la fragmentation du droit applicable aux relations internationales – Le regard de l'internationaliste publiciste* », in BERGE Jean-Sylvestre, FORTEAU Mathias, NIBOYET Marie-Laure et THOUVENIN Jean-Marc, *La fragmentation du droit applicable aux relations internationales : Regards croisés d'internationalistes privatistes et publicistes*, Pédone, Paris, 2011, pp.97-127.

BERLIN (D), « *Contrat d'État* », *Rep. Int. Dalloz*, 1998.

BERLIN (D), « *Les contrats d'État (State-Contracts) et la protection des investissements internationaux* », *DPCI*, 1987, p. 197-271.

BONOMO (S), « *Les traités bilatéraux relatifs aux investissements, entre protection des investissements étrangers et sauvegarde de la souveraineté de l'État* », Presses universitaires d'Aix Marseille, 2012.

BOUGOUSLAVSKY (M), « *L'État en tant que partie à des contrats de concession ou d'investissement conclus avec des sociétés privées étrangères* », in *New directions in international law. Essays in Honor of Wolfgang Abendroth, Frankfurt*, 1982, p ; 307-314.

BOULANGER (P), *Les contrats entre États et entreprises étrangères*, Paris, Economica, 1985.

BOUYEURE (C), *l'investissement international*, Paris, PUF, Que sais-je ? 1993.

BÖCKSTIEGEL (K.-H.), « *Les règles de droit applicable aux arbitrages commerciaux internationaux concernant des États ou des entreprises contrôlées par l'État* », in *Arbitrage international – 60 ans après – Regards sur l'avenir*, Paris, ICC Publ., 1984, publ. n° 412, pp. 127-190 .

BROT (J) et GERARDIN (H), *Intégration régionale et développement*, Monde en développement 2001.

CAFLISH (L), « *La Protection des Sociétés Commerciales et des Intérêts Indirects en Droit International public* », Martinus Nijhoff/ La haye, 1969.

CARREAU (D), « *Commerce international et investissements étrangers directs: des rapports économiques étroits et des liens juridiques distendus* », in *Währung und Wirtschaft, das Geld im Rech, Festschrift für prof. Dr. Hugo J. Hahn zum 70, Geburtstag, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden*, 1997, p. 339-352.

CASTELLARIN (E), « *Les accords relatifs à l'investissement et le droit de la concurrence* », in *Droit des investissements internationaux : Perspectives croisées*, Sabrina ROBERT-CUENDET (dir.), Bruylant, 2017, pp. 577-605.

CAZALA (J), « *La clause de respect des engagements* », in *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Ch. LEBEN (dir.), Pédone, 2015, pp. 347-373.

CAZALA (J), « *Les standards indirects de traitement : Traitement de la nation la plus favorisée et traitement national* », in *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Ch. LEBEN (dir.), Pédone, 2015, pp. 265-286.

CHARVIN (R), *l'investissement international et droit au développement*, Paris, L'Harmattan, 2003.

COSTE (J-H), « *Les entreprises américaines, acteurs d'intégration des économies productives au sein de l'ALENA* », in *Intégration dans les Amériques latines, dix ans d'ALENA*, Textes réunis et présentés par Azuelos, Cosio-Zavala et Lacroix, Presses Sorbonne Nouvelle, 2004, p. 187-207.

CÔTE (Ch.E), *La participation des personnes privées au règlement des différends internationaux économiques : l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC*, Bruylant, 2008.

CRAWFORD (J), *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'État*, Paris, Pédone, 2003.

CREPEAU (F), *Mondialisation des échanges et fonctions de l'État*, Bruylant, Bruxelles, 1997.

CREPET-DAIGREMONT (C), *La clause de la nation la plus favorisée*, Pédone, 2015.

CREPET-DAIGREMONT (C), « *La protection découlant du droit international des contrats* », in *Droit des investissements internationaux : Perspectives croisées*, Sabrina ROBERT-CUENDET (dir.), Bruylant, 2017, pp. 331-358.

CREPET-DAIGREMONT (C), « *Les sources du droit international des investissements* », in *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Ch. LEBEN (dir.), Pédone, 2015, pp. 83-117.

CREPET-DAIGREMONT (C), « *L'extension jurisprudentielle de la compétence des tribunaux arbitraux CIRDI* », in *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux/New Aspects of International Investment Law*, Ph. KAHN et Th. W. WÄLDE (dir.), Académie de droit international de la Haye, 2007, pp. 453-516.

CREPET-DAIGREMONT (C), « *Traitement national et traitement de la nation la plus favorisée dans la jurisprudence arbitrale récente relative à l'investissement international* », in *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, Ch. LEBEN (dir.), Anthémis, 2006, p. 107-109.

DANIC (O), « *Droit international des investissements, Droits de l'Homme, Droit de l'environnement* », in *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Ch. LEBEN (dir.), Pédone, 2015, pp. 531-579.

DECAUX (E), et KUCERA (M), « *La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme en matière de protection des investissements* », in *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Ch. LEBEN (dir.), Pédone, 2015, pp. 501-529.

DE SCHUTTER (O), « *Rapport général : La responsabilité des États dans le contrôle des sociétés transnationale : Vers une convention internationale sur la lutte contre les atteintes aux droits de l'Homme commises par les sociétés transnationales* », in *La responsabilité des entreprises multinationales en matière de droits de l'Homme*, E. DECAUX (dir.), Bruylant, 2010, pp. 19-100.

D'HERBES (J), « *L'évolution de l'investissement pétrolier dans le tiers-monde* », in *Les investissements français dans le tiers Monde*, J. BOURRINET (dir.), Paris, Economica, 1984, p. 73-79.

DIALLO (O), *Le consentement des parties à l'arbitrage*, PUF, 2010.

DIOP (A) et DIENE (N.A), *Les États-nations face à l'intégration régionale de l'Ouest : le cas du Sénégal*, Karthala, 2007.

DIOUF (M), *Le problème de l'intégration monétaire en Afrique de l'Ouest*, Tiers-monde, Numéro 96, 1983.

DIPLA (H), « *La responsabilité de l'État pour violation des droits de l'homme* », Pédone, 1994.

DOLZER (R), et SCHREUER (Ch), *Principles of international investment law*, Oxford University Press, 2008.

DOUGLAS (Z), « *Cinq problématiques d'actualité en droit des investissements* », Editions A. Pédone, 2015.

DOUGLAS (Z), *The international law of investment claims*, Cambridge University Press, 2009.

DUPUY (P-M), et RADI (Y), « *Le droit de l'expropriation directe et indirecte* », in *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Ch. LEBEN (dir.), Pédone, 2015, pp. 375-414.

ELLIOT (A-S), *Investir en Afrique pour gagner l'entreprise africaine et la mondialisation*, L'Harmattan, 2012.

FACCIO (S), « *Les acteurs non-étatiques et les États souverains dans le droit international des investissements : la mise en balance d'intérêts conflictuels* », in *Diversification des acteurs et dynamique normative en droit international/Diversity of actors and dynamics of international Law-Making*, M. ARCARI et L. BALMOND (dir.), Editoriale Scientifica Srl, 2013, pp. 95-121.

FADLALLAH (I), « *La distinction Treaty claims – Contract claims* », in *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Ch. LEBEN (dir.), Pédone, 2015, pp. 759-772.

FIRTH (Th.), « *The Law Governing Contract in Arbitration Under The World Bank Convention* », *NYU Journ. Of Intern. Law and Politics*, 1968, vol. 1, pp. 253-276.

FORTEAU (M), « *Les conventions bilatérales de promotion et de protection des investissements conclues par la France* », in *Droit de l'économie internationale*, P. DAILLIER, G. DE LA PRADELLE et H. GHERARI, Centre de droit international de l'Université Paris X-Nanterre (CEDIN Paris X), Pédone, 2004, p. 755-764.

FORTEAU (M), « *Nationalité des investisseurs personnes physiques et nationalité des investisseurs personnes morales, actionnaires (minoritaires)* », in *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Charles LEBEN (dir.), Pédone, 2015, pp. 161-199.

FOUILLOUX (G), *La nationalisation et le droit international public*, Paris, L.G.D.J., 1962.

GAILLARD (E), *Chronique sur la jurisprudence du Centre International de règlement des Différends relatifs à l'Investissement*, Paris, 2004.

GAILLARD (E), *La jurisprudence CIRDI*, Volume II, Pédone, 2004-2008.

GAILLARD (E), « Conclusion : *L'avenir des traités de protection des investissements* », in *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Ch. LEBEN (dir), Pédone, 2015, pp. 1027-1047.

GAILLARD (E), « *Table ronde : Des arbitres sans contrôle ? De la légitimité des tribunaux arbitraux dans le domaine des investissements* », in *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux : Aspects récents* », Charles LEBEN (dir.), LDGJ, Anthémis, 2010, pp. 315-328.

GILLES (A), *La définition de l'investissement international*, Larcier, 2012.

GIRVAN (N), « *Expropriating the expropriators : compensation criteria from a third world point of view* », in R. LILLICH, *The valuation of nationalized property in international law*, R. Lillich editions, 1972-1986, vol III, pp. 149-179.

GOLDSTEIN (A), *Le nouveau régionalisme en Afrique subsaharienne : l'arbre cache-t-il une forêt ?* OCDE, Paris, 2002.

GUEYE (B), « *Réflexions sur une expérience d'intégration : L'Union africaine* », in *Regards croisés sur les intégrations régionales : Europe, Amérique, Afrique*, C. FLAESCH-MOUGIN et J. LEBULLENGER (dir.), Bruxelles, 2010, pp. 185-200.

HASSANE (B), « *Les contrats miniers* », in *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux/New Aspects of International Investment Law*, Ph. KAHN et Th. W. WÄLDE (dir.), Académie de droit international de la Haye, 2007, pp. 233-273.

HÄBERLI (C), *Les investissements étrangers en Afrique, avec études de cas portant sur l'Algérie et le Ghana*, LGDJ, coll. Bibliothèque africaine et malgache NEA (Nouvelles éditions africaines), Paris et Dakar, 1979.

HASINA RAVALOSON (J), *Le régime des investissements directs dans les zones franches d'exportation*, préface de Brigitte STERN, Paris, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2004.

HATEM (F), *Investissement international et politiques d'attractivité*, Economica, Paris, 2004.

HUGON (P), *Les économies en développement au regard des théories de la régionalisation*, *Revue africaine des sciences économiques et de gestion* Volume IV N°2, Presses Universitaires de Yaoundé. Yaoundé, 2002.

HUGONIER (B), *Investissements directs, coopération internationale et firmes multinationales*, éd. Economica, 1997.

HUMBERT (M), *Investissement international et dynamique de l'économie mondiale*, Economica, Paris, 1990.

JACQUET (J-M), *Principes d'autonomie et contrats internationaux*, Economica, 1983.

JUILLARD (P), « *Les rapports juridiques bilatéraux entre la France et les pays du Tiers Monde* », in *Les investissements français dans le Tiers Monde*, J. BOURRINET (dir), Economica, Paris, 1984, pp. 83-110.

JUILLARD (P), « *Les conventions bilatérales d'investissements conclues par la France : à la recherche d'un droit perdu ?* », DPCI, 1987, pp. 9-61.

JUILLARD (P), « *Contrat d'État et investissements* », in *Contrats internationaux et pays en développement*, sous la direction de CSSAN, Paris, Economica, 1989, pp. 159-174.

JUILLARD (P), « *Le « suivi » des instruments OCDE du 21 juin 1976 (déclaration et décision sur l'investissement international et les entreprises multinationales)* », in *L'effectivité des organisations internationales : mécanisme de suivi et de contrôle*, H. LUIZ-FABRI, L. A. SICILIANOS et J.-M SOREL (dir.), Pédone, 2000, pp.181-195.

AUDIT (B), JUILLARD (P), KAHN (Ph.), MAYER (P), BEN HAMIDA (W), « *Table ronde : le système actuel est-il déséquilibré en faveur de l'investisseur privé étranger et au détriment de l'État d'accueil ?* » in Charles Leben (dir), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*. Nouveaux développements, Paris, LGDJ, 2006, pp. 185-202.

KAHN (Ph.) et WÄLDE THOMAS (W) (dir.), « *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Académie du droit international de la HAYE, 2007.

KAHN (Ph), « *Les investissements internationaux, nouvelles données : un droit transnational de l'investissement* », in *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux/New Aspects of International Investment Law*, Ph. KAHN et Th. W. WÄLDE (dir.), Académie de droit international de la Haye, 2007, pp. 3-41.

KAHN (Ph), « *« Lex Mercatoria » et pratique des contrats internationaux : l'expérience française* », in *Le contrat économique international, Stabilité et évolution*, Travaux des VIIes journées d'études juridiques Jean Dabin, Bruylant-Pédone, 1975, pp. 171-211.

KAHN (Ph), « *L'extension de la notion d'investissement* », in *Les investissements français dans le Tiers Monde*, J. BOURRINET, Paris, Economica, 1984, pp. 111-117.

KAHN (Ph), « *Souveraineté de l'État et règlement du litige. Régime juridique du contrat d'État* », in *Les États et l'arbitrage international*, Journée du comité français de l'arbitrage, Paris 11 octobre 1985, *Rev. Arb.*, 1985, pp. 641-666.

KAM (S-M), *Tradition africaine de l'hospitalité et interreligieux : réflexion théologique et pastorale dans le contexte de l'Eglise-famille de Dieu au Burkina Faso*, khartala, 2011.

KAMTO (M), « *La notion de contrat d'État : une contribution au débat* », *Rev. Arb.*, 2003, pp. 719-751.

KAMTO (M), "La participation des personnes morales africaine de droit public à l'arbitrage OHADA", in *L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Vol. 1, Bruxelles, Bruylant., 2000, pp. 89-100.

KOLO (A) et WÄLDE (Th.), “*Environmental regulation and modern investment treaties: regulatory taking as a new investment law discipline*”, ICLQ, 2001, pp. 811-848.

KOPELMANAS (L), « *La protection des investissements privés à l'étranger* », DPCI, 1975, pp. 3-12.

KOVAR (R), « *La compétence du Centre International de Règlement des Différends relatifs aux Investissements* », in *Investissements étrangers et arbitrage entre États et personnes privées: La Convention B.I.R.D. du 18 mars 1965*, CREDMII., Pédone, 1969, pp. 25-58.

KPAYAGBE (T), *L'intégration régionale comme stratégie de développement en Afrique : L'expérience de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO)*, éditions universitaires européennes, 2011.

LAGELLE (A), *Les standards en droit international économique : contribution à l'étude de la normativité internationale*, L'Harmattan, 2014.

LANKARNI (L) et SANTULLI (C), « *Débat, La juridiction arbitrale : Compétence et recevabilité* », in *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux : Aspects récents*, Ch. LEBEN (dir.), LGDJ, Anthémis, 2010, pp. 123-128.

LATTY (F), « *Conditions d'engagement de la responsabilité de l'État d'accueil de l'investissement* », in *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Ch. LEBEN (dir.), Pédone, 2015, pp. 415-461.

LATTY (F), « *Le droit transnational économique* », in *Droit de l'économie internationale*, sous la direction de DAILLIER, DE LA PRADELLE et GHERARI, centre de droit international de l'Université Paris X-Nanterre (CEDIN Paris X), Pédone, 2004, pp. 1043-1060.

LALIVE (P), “*Aspects procéduraux de l'arbitrage entre un État et un investisseur étranger dans la convention du 18 mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*”, in *Investissements étrangers et arbitrage entre États et personnes privées : La Convention B.I.R.D. du 18 mars 1965*, pp. 111-132.

LATTY (F), « *L'OCDE et l'encadrement juridique de l'investissement international* », in *Droit de l'économie internationale*, P. DAILLER, G. DE LA PRADELLE et H. GHERARI (dir.), Centre de droit international de l'Université Paris X-Nanterre (CEDIN Paris X), Pédone 2004, p. 727-732.

LAVIEC (J-P), *Promotion et protection des investissements : Etude du droit international économique*, publications de l'institut de hautes études internationales de Genève, Paris, PUF, 1985.

LEBEN (Ch.), « *Droit international des investissements : Un survol historique* », in *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Charles LEBEN (dir.), Pédone, 2015, pp. 1-79.

LEBEN (Ch.), « *L'évolution du droit international des investissements* », in Un accord multilatéral sur l'investissement : d'un forum de négociation à l'autre ? SFDI, Paris, Pédone, 1999, pp. 7-32.

LEBEN (Ch.), « *L'évolution du droit international des investissements : un rapide survol* », in Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement, sous la direction de Ch. Leben, Anthémis, 2006, pp. 9-22.

LEBEN (Ch) (dir), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, Anthémis, 2006.

LEBEN(Ch.), « *La liberté normative de l'État et la question de l'expropriation indirecte* », in Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement, Ch. Leben (dir.), Anthémis, 2006, pp. 163-183.

LEBEN (Ch), *la procédure arbitrale relative aux investissements internationaux 1 vol*, broché LGDJ/Anthémis, bibliothèque de l'IHEI de Paris, Paris, 2010.

LEBULLENGER (J) et PERRIN (S), « *Accords de partenariat économique : mise en perspective des relations commerciales de l'Union européenne avec les États ACP* », in Regards croisés sur les intégrations régionales : Europe, Amérique, Afrique, C. FLAESCHMOUGIN et J. LEBULLENGER (dir.), Bruxelles, 2010, pp. 437-474.

LEMAIRE (S), *Les contrats internationaux de l'administration*, Paris, LGDJ, 2005.

LEMASURIER (J), *Le droit de l'expropriation*, 3^{ème} éd., Economica, 2005.

LEPAGE (G), « *Les mécanismes de garantie et d'assurance des investissements à l'étranger* », in *Droit des investissements internationaux : Perspectives croisées*, Sabrina ROBERT-CUENDET (dir.), Bruylant, 2017, pp. 389-408.

LIBERTI (L), « *Investissements et droits de l'Homme* », in Ph. KAHN et Th. WÄLDE (dir.), Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux – New aspects of International Investment Law, académie de droit international de la Haye, 2007, pp. 791-852.

LICHERE (F), MARTOR (B), THOUVENOT (S), PEDEINI (G), *Pratique des partenariats public-privé*, éd. LITEC, 2006.

LONCLE (J-M), « *La notion d'investissement dans les décisions du CIRDI* », RDAI, 2006, n°3, pp.319-330.

MALINTOPPI (L), « *Procédure arbitrale devant les tribunaux CIRDI et hors CIRDI* », in Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational, Ch. LEBEN (dir.), Pédone, 2015, pp. 641-679.

MANCIAUX (S), « *Actualité de la notion d'investissement international* », in *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux : Aspects récents*, Charles LEBEN (dir.), LDGJ, Anthémis, 2010, pp. 145-173.

MANCIAUX (S), *Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États. Trente années d'activité du CIRDI*, Université de Bourgogne, CNRS, Travaux du CREDIMI, Litec, 2004.

MARGIE-LYS (J), *Arbitrage et protection des investissements internationaux : L'apport des traités régionaux et multilatéraux à l'évolution du droit de l'arbitrage et du droit international des investissements*, Volume 1, Editions Universitaires Européennes, 2011.

MARION (N), *L'accord de partenariat économique entre l'Union européenne et la CEDEAO : analyse des impacts économiques sur la CEDEAO*, éd., (S.I), Paris, 2009.

MATRINGE (J), « *La notion d'investissement* », in *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Charles LEBEN (dir.), Pédone, 2015, pp. 135-160.

MAYER (P), et **SIMOES E SILVA (A)**, « *Le consentement à l'arbitrage* », in *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Ch. LEBEN (dir.), Pédone, 2015, pp. 681-726.

MENARD (M), « *Application Ratione temporis de la protection des investissements et des investisseurs* », in *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Charles LEBEN (dir.), Pédone, 2015, pp. 201-241.

MENETREY (S), « *Droit international des investissements et droit de l'Union européenne* », in *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Ch. LEBEN (dir.), Pédone, 2015, pp. 613-638.

MESTER (J-L), *Un droit administratif à la fin de l'Ancien Régime, le contentieux des communautés de Provence*, LGDJ, 1976.

MÜLLER (D), « *L'investissement étranger : tentative d'identification* », in *Droit de l'économie internationale*, P. DAILLIER, G. DE LA PRADELLE et H. GHERARI (dir.), Centre de droit international de l'Université Paris X-Nanterre (CEDIN Paris X), Pédone, 2004, pp. 645-650.

MOUTIERS (A), « *La garantie des investissements français à l'étranger* », in *Droit de l'économie internationale*, P. DAILLIER, G. DE LA PRADELLE et H. GHERARI (dir.) Centre de droit international de l'Université Paris X-Nanterre (CEDIN Paris X), Pédone, 2004, pp. 699-712.

NANTEUIL (A. De), *Droit international de l'investissement*, 2^{ème} éd., Pédone, 2017.

NANTEUIL (A. De), *Droit international de l'investissement*, 1^{ère} éd., Pédone, 2014.

NANTEUIL (A. De), « *Droit international des investissements et droit de l'OMC* », in *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Ch. LEBEN (dir.), Pédone, 2015, pp. 581-611.

NANTEUIL (A. De), *L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement*, Pédone, 2014.

NEWCOMBE (A), « *The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law* », in Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux/New Aspects of International Investment Law, Ph. KAHN et Th. W. WÄLDE, Académie de droit international de la Haye, 2007, pp. 391-449.

NEWCOMBE (L) et PARADELL (A), *Law and Practice of Investment Treaties*, Kluwer, 2009.

NIANG (A), « *Les systèmes nationaux et international de garantie* », in Droit de l'économie internationale, P. DAILLIER, G. DE LA PRADELLE et H. GHERARI, Centre de droit international de l'Université Paris X-Nanterre (CEDIN Paris X), Pédone, 2004, pp. 699-712.

NIKIEMA (S-H), « *Les clauses de rendez-vous sur l'investissement dans les APE intérimaires : opportunité ou menace pour un régime juridique harmonisé de traitement des investissements étrangers en Afrique de l'Ouest ?* », in Le partenariat Europe-Afrique et les intégrations régionales, L.M. IBRIGA (dir.), Bruylant, 2012, pp. 227-249.

NIKEMA (S-H), *L'expropriation indirecte en droit international des investissements*, Paris, PUF, 2012.

NKUNZUMWAMI (E), *Le partenariat Europe-Afrique dans la mondialisation*, L'Harmattan, 2012.

NOUVEL (Y), « *La compétence matérielle : contrat, traité et clauses parapluie* », in La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux, Ch. LEBEN (dir.), LGDJ, Anthémis, 2010, pp. 13-30.

NOUVEL (Y), « *Les standards de traitement : Le traitement juste et équitable, la sécurité pleine et entière* », in Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational, Ch. LEBEN (dir.), Pédone, 2015, pp. 287-345.

NOWROT (K), « *Obligations Investors* », in International Investment Law, M. BUNGENBERG, J. GRIEBEL, S. HOBE et A. REINISCH (dir.), Baden Baden, Beck/Hart.Nomos, 2015, pp. 1154-1185.

OMAN (Ch.), « *Diversification des stratégies d'investissements dans le contexte des rapports « Nord-Sud »* », in Les investissements français dans le Tiers Monde, J. BOURRINET (dir.), Paris, Economica, 1984, pp. 37-58.

OMAN (Ch), *Les nouvelles formes d'investissements dans les pays en développement*, OCDE, Paris, 1984.

OMER (A), « *Les accords internationaux en matière d'investissement et un aperçu des travaux de la CENUCED* », in Un accord multilatéral sur l'investissement : d'un forum de négociation à l'autre ? SFDI, Paris, Pédone, 1999, pp.111-119.

ONGUENE ONANA (D.E), *La compétence en arbitrage international relatif aux investissements : Les conditions d'investissement et de nationalité devant le CIRDI* (broché), éd Bruylant, 2012.

POULAIN (B), « *L'investissement international : Définition ou définitions ?* », in Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux/New aspects of International Investment Law, Ph. KAHN et Th. W. WÄLDE (dir.), Académie de droit international de la Haye, 2007, pp. 123-150.

PROTOPSALTIS (P. M.), « *Les principes directeurs de la Banque mondiale pour le traitement de l'investissement étranger* », in Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux/New Aspects of International Investment Law, Ph. KAHN et Th. W. WÄLDE (dir.), Académie de droit international de la Haye, 2007, pp. 151-232.

RACINE (J.B) et SIIRIAINEN (F), *Droit du commerce international*, Paris, Dalloz, 2007

RANOUIL (P), « *Remarques sur le droit applicable aux contrats de développement* », in Contrats internationaux et pays en développement, sous la direction de CASSAN, Paris, Economica, 1989, pp. 37-48.

RAVALOSON (J.H), *Le régime des investissements directs dans les zones franches d'exportation*, Paris, L'Harmattan, 2004.

RAUX (M), « *Les conséquences de la responsabilité internationale de l'État d'accueil de l'investissement* », in Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational, Ch. LEBEN (dir.), Pédone, 2015, pp. 463-499.

REISMAN (M), et SLOANE (R), *Indirect expropriation and its valuation in the BIT generation*, BYBIL, 2003.

REUTER (P), *Le développement de l'ordre juridique international : Ecrits de droit international*, Economica, 1995.

ROBERT-CUENDET (S), *Droits de l'investisseur étranger et protection de l'environnement*, Leiden Martinus Nijhoff Publishers, 2010.

ROBERT-CUENDET (S), « *Introduction* », in Droit des investissements internationaux : Perspectives croisées, S. ROBERT-CUENDET (dir.), Bruylant, 2017, pp. 23-32.

ROBERT-CUENDET (S), « *Spécificité et privilèges dans le droit international de la protection des investisseurs étrangers* », in Droit des investissements internationaux : Perspectives croisées, S. ROBERT-CUENDET (dir.), Bruylant, 2017, pp. 247-297.

RODRIGUEZ (A), « *Organisations internationales de coopération économique et de protection des investissements étrangers* », in *Mélanges Factices, S/I*, 1958.

RUBIN (N), « *Les pays exportateurs de capitaux comme défenseur dans l'arbitrage relatif à l'investissement : l'affaire Loewen c. / États-Unis* », in Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement, sous la direction de Ch. Leben, Anthémis, 2006, p. 237-280.

SALAH (M.M), *L'irruption des droits de l'Homme dans l'ordre économique international : mythe ou réalité ?* LGDJ, 2012.

SALL (A), « *Aspects institutionnels de l'intégration en Afrique de l'Ouest (I)* », in Regards croisés sur les intégrations régionales : Europe, Amérique, Afrique, C. FLAESCH-MOUGIN et J. LEBULLENGER (dir.), Bruxelles, 2010, pp. 159-183.

SALL (A), « La justice de l'intégration : Réflexions sur les institutions judiciaires de la CEDEAO et de l'UEMOA », 2^{ème} édition, L'Harmattan, 2018.

SALL (A), *Les relations extérieures de la CEDEAO*, L'Harmattan, 2016.

SALL (A), *Les mutations de l'intégration régionales en Afrique de l'Ouest : une approche institutionnelle*, L'Harmattan, 2006.

SAMPAWENDE (J) et TAPSOBA (A), *Union Monétaire en Afrique de l'Ouest : Quelles Réponses à l'Hétérogénéité des chocs ?* CERDI, 2009.

SAMSON (D), *CEDEAO : Les illusions perdues*, RFI.

SANTULLI (C), « *Clause electa una via et clause de règlement judiciaire national préalable dans l'arbitrage relatif à l'investissement* », in La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux : Aspects récents, Charles LEBEN (dir.), LDGJ, Anthémis, 2010, pp. 115-121.

SCHAUFELBERGER (P), *la protection juridique des investissements internationaux dans les pays en développement, Etude de la garantie contre les risques de l'investissement et en particulier l'Agence Multilatérale de Garantie des Investissements (AMGI)*, Zürich, Schulthess, 1993.

SCHOKKERT (J), *La pratique conventionnelle en matière de protection des investissements internationaux, Droit comparé, droit interne, conventions européennes*, Bruylant, 2006.

SCHREUER (Ch), *The ICSID Convention. Commentary*, 2nd Ed, Cambridge, U.P, 2009.

SFDI, Journée d'études, *Un accord multilatéral sur l'investissement : d'un forum de négociation à l'autre ?* Paris, Pédone, 1999.

SIMON (D), *"Le système juridique communautaire"*, Paris, PUF, 2^{ème} éd., 1998.

SFDI, « *Droit international et développement, Colloque de Lyon* », Pédone, Paris, 2015.

SOME (T), « *La formation des magistrats africains par l'OHADA* », in OHADA et perspectives du droit des affaires en Afrique, Bruylant, Bruxelles, 2000.

SORNARAJAH (M), *The International Law of Foreign Investments*, 3^{ème} éd., Cambridge, CUP, 2010.

STERN (B), *Marché et nation, regards croisés, Perspectives internationales* 8^{ème} éd., Paris, Montchrestien, 1995.

SUSANI (N), « *L'encadrement juridique de l'investissement sur le continent américain* », in Droit de l'économie internationale, P. DAILLIER, G. DE LA PRADELLE et H. GHERARI

(dir.), Centre de droit international de l'université Paris X-Nanterre (CEDIN Paris X), Pédone, 2004, pp. 733-738.

SUZUKI (M), « *L'investissement étranger : les principes directeurs du régime juridique* », in Droit de l'économie internationale, P. DAILLIER, G. DE LA PRADELLE et H. GHERARI (dir.), Centre de droit international de l'Université Paris X-Nanterre (CEDIN Paris X), Pédone, 2004, pp. 675-684.

SY (D), « *Les relations entre l'Europe et l'Afrique, perspectives historiques et promesses du futur : un regard critique* », in Le partenariat Europe-Afrique et les intégrations régionales, L.M. IBRIGA (dir.), Bruylant, 2012, pp. 93-107.

TARDY (Th), *Gestion de crise, maintien et consolidation de la paix*, De Boek, 2009.

TOUSCOZ (J), « *L'agence multilatérale de garantie des investissements* », DPCI, 1987, pp. 311-333.

TUDOR (I), « *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment* », Oxford, OUP, 2008, pp. 109-133.

VENABLE (A.J), 2000, *Les accords d'intégration régionale : facteurs de convergence ou de divergence ?* Revue d'économie du développement, n°1-2.

VERWILGHEN (M), « *Stabilité des contrats économiques internationaux* », in Le contrat économique international, Stabilité et évolution, Travaux des VIIes journées d'études juridiques Jean Dabin, Bruylant-Pédone, 1975, pp. 452-460.

WALADE (Th.), *Nouveaux horizons pour le droit international des investissements dans le contexte de la mondialisation de l'économie*, Pédone, Paris-2004.

WALDE (Th. W.), « *The Specific Nature of Investment Arbitration* », in Les Aspects nouveaux du droit des investissements internationaux/New Aspects of International Investment Law, Ph. KAHN et Th. W. WÄLDE (dir.), Académie de droit international de la Haye, 2007, pp. 43-120.

WEIL (P), *Écrits de droit international : Théorie générale du droit international, droit des espaces, droit des investissements privés internationaux*, Paris, PUF, 2000.

WENGLER (W), « *Nouveaux aspects de la problématique des contrats entre États et personnes privées* », RBDI, 1978-1979, pp. 415-424.

WORTLEY (B), « *Quelques développements modernes qui touchent les controverses entre les particuliers et les États et les entités étatiques* », in International arbitration Liber Amicorum for Martin Domke, Martinus Nijhoff, The Hague, 1967, pp. 348-357.

YALA (F), « *La notion d'investissements dans la jurisprudence CIRDI : actualité d'un critère de compétence controversé (les affaires Salini, SGS et Mihaly)* », in Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement : Nouveaux développements, Charles LEBEN (dir.), LGDJ, Anthémis, 2006, pp. 281-306.

EXTRAITS DE MELANGES ET COLLOQUES

AHADZI-NONOU (K), « Remarques sur la jurisprudence de la Cour de justice de la Communauté Économique des États de l'Afrique de l'Ouest », in *Entre les ordres juridiques, Mélanges en l'honneur du Doyen François HERVOUËT*, Collection de la Faculté de Droit et des Sciences sociales de Poitiers, Novembre 2015, pp. 19-30.

AREOU (G), « *La notion d'investissement : évolutions récentes* », in *L'accès de l'investisseur à la justice arbitrale : réflexions sur la procéduralisation du droit international de l'investissement*, Colloque du 14 novembre 2013, organisé à l'Université du Maine, Arnaud De NANTEUIL (dir.), Pédone, 2015, pp. 7-23.

AUVRET-FINCK (J), « *La dimension politique globale du partenariat ACP-UE : premier état des lieux* », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle, Etudes en l'Honneur de J-C GAUTRON*, Pédone, 2004, pp. 545-561.

AYED (I) et ABIDA (M), « *Les nouveaux modèles de traités bilatéraux de protection et de promotion des investissements : exemples des modèles américain (2004) et canadien (2005)* », in *Où va le droit des investissements ? Désordre normatif et recherche d'équilibre : Actes du colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006*, Ferhat HORCHANI (dir.), Pédone, 2007, pp. 139-151.

BACCOUCHE (N), « *Incitations aux investissements et concurrence entre États* », in *Où va le droit des investissements ? Désordre normatif et recherche d'équilibre : Actes du colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006*, Ferhat HORCHANI (dir.) Pédone, 2007, pp. 61-71.

BAKHOUM (M), « *Perspectives de la politique de la concurrence dans l'espace OHADA. Point de vue africain* » in *Questions de droit économique : les défis des États africains INEADEC – Actes des colloques de Bruxelles et Yaoundé*, Eric BALATE et Séverine De MENETREY (dir.), Larcier, 2011, pp. 325-356.

BASTID-BURDEAU (G), « *Nationalisations : Le retour ?* », in *Le droit international économique à l'aube du XXème siècle, En hommage aux professeurs D. CARREAU et P. JUILLARD*, J.-M. SOREL (dir.), Pédone, 2009, pp. 257-261.

BENCHENEB (A), « *sur l'évolution de la notion d'investissement* », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle, Mélanges en l'honneur de Ph. KHAN*, Paris, Litec, 2000, pp. 177-196.

BEN ACHOUR (R) et KRAÏËM-DRIDI (M), « *Les droits de l'Homme et le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes* », in *Les droits de l'Homme, une nouvelle cohérence pour le droit international ? Colloque de Tunis des 17, 18 et 19 avril 2008*, R. BEN ACHOUR et S. LAGHMANI (dir.), Pédone, 2008, pp. 11-37.

BEN HAMIDA (W), « *L'arbitrage transnational face à un désordre procédural : la concurrence des procédures et les conflits de juridictions* », in *Où va le droit des investissements ? Désordre normatif et recherche d'équilibre : Actes du colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006*, Ferhat HORCHANI (dir.) Pédone, 2007, pp. 195-221.

BENLOLO-CARABOT (M), « *L'influence extérieure de l'Union européenne* », in Union Européenne et droit international, Mélanges en l'Honneur P. DAILLER, M. BENLOLO-CARABOT, U. CANDAS et E. CUJO (dir), Pédone, 2012, pp. 61-91.

BENTOLA (D), « *Quelques réflexions sur le statut des tribunaux arbitraux fondés sur des traités en matière d'investissements* » in Le droit des rapports internationaux économiques et privés, Mélanges en l'Honneur de Jean-Michel JACQUET, LexisNexis, 2013, pp. 3-29.

BOCHATAY (D) et BONOMI (A), « *L'aménagement de la priorité laissée à l'arbitre pour statuer sur sa propre compétence* », in Le droit des rapports internationaux économiques et privés, Mélanges en l'Honneur de Jean-Michel JACQUET, LexisNexis, 2013, pp. 31-51.

BOUTROS-GHALI (B), « *Le système régional africain* », in Régionalisme et universalisme dans le droit international contemporain, Colloque de Bordeaux des 20-21-22 mai 1976, SFDI, Pédone, 1977, pp. 61-72.

BODEAU-LIVINEC (P), « *La responsabilité des États à raison des activités des entreprises multinationales* », in L'entreprise multinationale et le droit international, Laurence DUBIN, Pierre BORDEAU-LIVINEC, Jean-Louis ITEN et Vincent TOMKIEWICZ (dir.), Colloque de Paris 8 Vincennes-Saint-Denis, SFDI, Pédone, 2017, pp. 409-428.

CAFLISCH (L), « *Arbitrage et protection des droits de l'Homme dans le contexte européen* », in Le droit des rapports internationaux économiques et privés, Mélanges en l'Honneur de Jean-Michel JACQUET, LexisNexis, 2013, pp. 75-92.

CAHIN (G), « *Droit international coutumier et traités d'investissements-Aspects méthodologiques -* », in Droit international et culture juridique, Mélanges offerts à Ch. LEBEN, Pédone, 2015, pp. 17-44.

CAZALA (J), « *La réparation du préjudice moral dans le contentieux international de l'investissement* », in Droit international et culture juridique, Mélanges offerts à Ch. LEBEN, Pédone, 2015, pp. 269-283.

CHELDY (L), « *Ordre public transnational et investissement* », in Où va le droit des investissements ? Désordre normatif et recherche d'équilibre : Actes du colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006, Ferhat HORCHANI (dir.) Pédone, 2007, pp. 289-313.

COHEN-JONATHAN (G), « *L'individu comme sujet de droit international- Droit international des contrats et droit international des droits de l'Homme-* », in Mélanges en l'Honneur de Paul AMSELEK, Bruylant, Bruxelles, 2005, pp. 223-260.

CREPET-DAIGREMONT (C), « *L'arbitrage international des contrats d'investissement, entre droit international public et droit international privé* », in Droit international et culture juridique, Mélanges offerts à Ch. LEBEN, Pédone, 2015, pp. 285-308.

CREPET-DAIGREMONT (C), « *Les interactions normatives dans le domaine des investissements : la remise en cause du droit international par le droit de l'Union européenne* », in Les interactions normatives : droit de l'Union européenne et droit international, L. BURGORGUE-LARSEN, E. DUBOUT, A. MAITROT DE LA MOTTE et S. TOUZE (dir.), Cahiers européens n°2, Paris, Pédone, 2012, pp. 167-179.

DIEDHIOU (P), « *La reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales dans l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage de l'OHADA* », in *Le droit des rapports internationaux économiques et privés, Mélanges en l'Honneur de Jean-Michel JACQUET*, LexisNexis, 2013, pp. 491-501.

DOLZER (R), « *Fair and equitable treatment : judicially manageable criteria* », in *Le droit international économique à l'aube du XXème siècle, En hommage aux professeurs D. CARREAU et P. JUILLARD, J.-M. SOREL (dir.)*, Pédone, 2009, pp. 83-95.

DREXL (J), « *Perspectives de la politique de la concurrence dans l'espace OHADA. Point de vue européen* », in *Questions de droit économique : les défis des États africains INEADEC – Actes des colloques de Bruxelles et Yaoundé, Eric BALATE et Séverine De MENETREY (dir.)*, Larcier, 2011, pp. 297-324.

DUTHEIL DE LA ROCHERE (J), « *Le pouvoir des États membres de l'Union européenne de conclure des traités bilatéraux d'investissement* », in *L'union européenne : Union de droit, union des droits, Mélanges en l'Honneur de Philippe. MANIN*, Pédone, 2010, pp. 391-402.

FOUCHARD (Ph), « *L'arbitrage et la mondialisation de l'économie* » in *Philosophie du droit et du droit économique : quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard FARJAT*, Paris, Frison-Roche, 1999.

FRIKHA (I) et THABET (A), « *Les droits de l'homme et l'action extérieure de l'Union européenne* », in *Les droits de l'Homme, une nouvelle cohérence pour le droit international ? Colloque de Tunis des 17, 18 et 19 avril 2008, R. BEN ACHOUR et S. LAGHMANI (dir.)*, Pédone, 2008, pp. 267-294.

GAILLARD (E), « *Le concours de procédures arbitrales dans le droit des investissements* », in *Mélanges en l'Honneur de Pierre MAYER, LGDJ, Lextenso éditions, 2015, pp. 225-239.*

GAILLARD (E), « *Reconnaître ou définir ? Réflexions sur l'évolution de la notion d'investissement dans la jurisprudence CIRDI* », in *Le droit international économique à l'aube du XXIème siècle, Jean-Marc SOREL (dir.)*, en *Hommages aux professeurs Dominique CARREAU et Patrick JUILLARD*, Pédone, Paris, 2009, pp. 17-32.

GARA (N), « *Les nouveaux instruments du consentement à l'arbitrage CIRDI* », in *Où va le droit des investissements ? Désordre normatif et recherche d'équilibre : Actes du colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006, Ferhat HORCHANI (dir.)* Pédone, 2007, pp. 45-52.

GAUTRON (J.-C.), « *Le fait régional dans la société internationale* », in *régionalisme et universalisme dans le droit international contemporain, Colloque de Bordeaux des 20-21-22 mai 1976, SFDI, Pédone 1977, pp. 3-44.*

GEIGER (R), « *Investissement et développement : Une approche multilatérale* », in *Le droit international économique à l'aube du XXème siècle, En hommage aux professeurs D. CARREAU et P. JUILLARD, J.-M. SOREL (dir.)*, Pédone, 2009, pp. 33-48.

GHEDIRI (G) et SNOUSSI, « *Les droits de l'Homme et le droit international économique* », in *Les droits de l'Homme, une nouvelle cohérence pour le droit international ? Colloque de*

Tunis des 17, 18 et 19 avril 2008, R. BEN ACHOUR et S. LAGHMANI (dir.), Pédone, 2008, pp. 11-135.

HORCHANI (F), « *Le développement au cœur de la définition de l'investissement* », in *Le droit international économique à l'aube du XX^{ème} siècle, En hommage aux professeurs D. CARREAU et P. JUILLARD, J.-M. SOREL (dir.)*, Pédone, 2009, pp. 49-80.

HORCHANI (F), « *Rapport introductif* », in *Où va le droit des investissements ? Désordre normatif et recherche d'équilibre : Actes du colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006*, Ferhat HORCHANI (dir.) Pédone, 2007, pp. 3-16.

JUILLARD (P), « *Conclusion* », in *Où va le droit des investissements ? Désordre normatif et recherche d'équilibre : Actes du colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006*, Ferhat HORCHANI (dir.) Pédone, 2007, pp. 315-323.

JUILLARD (P), « *Investissements et droit communautaire : À propos des accords bilatéraux d'investissements conclus entre États membres et pays tiers* » in *L'union européenne : Union de droit, union des droits, Mélanges en l'Honneur de Ph. MANIN*, Pédone, 2010, pp. 445-462.

KAHN (Ph), « *Droit international économique, droit du développement, Lex mercatoria, concept unique ou pluralisme des ordres juridiques* », in *Le droit des relations économiques internationales, Etudes offertes à Berthold Goldman*, Paris, Litec, 1987, pp. 97-107.

KAHN (Ph), « *Investissements internationaux et droit de l'Homme* », in *Où va le droit des investissements ? Désordre normatif et recherche d'équilibre : Actes du colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006*, Ferhat HORCHANI (dir.) Pédone, 2007, pp. 95-109.

KAHN (Ph), « *Les définitions de l'investissements* », in *Le droit international économique à l'aube du XXI^{ème} siècle, en hommage aux professeurs D. CARREAU et P. JUILLARD, J.-M. SOREL (dir.)*, Pédone, 2009, pp. 11-16.

KESSEDJIAN (C), « *La pratique arbitrale* », in *Le droit des rapports internationaux économiques et privés, Mélanges en l'Honneur de Jean-Michel JACQUET*, LexisNexis, 2013, pp. 121-127.

KOLB (R), « *Le "droit conventionnel" fait-il partie du droit international public ? Réflexions sur certaines mutations du droit international* », in *Droit international et culture juridique, Mélanges offerts à Ch. LEBEN*, Pédone, 2015, pp. 139-149.

LABIDI (H), « *Où va la clause de la nation la plus favorisée en droit international des investissements* », in *où va le droit de l'investissement. Désordre normatif et recherche d'équilibre : Actes du Colloque organisé les 3 et 4 mars 2006 à Tunis*, Ferhat HORCHANI (dir.) Pédone, 2007, pp. 31-44.

LEBEN (Ch.), « *Quelques réflexions théoriques à propos de contrat d'État* », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle, A propos de 30 ans de recherche du CREDEMI, Mélanges en l'Honneur de Ph. KAHN*, Litec, 2000, pp. 119-175.

LEBEN (Ch.), « *Retour sur la notion de contrat d'État et sur le droit applicable à celui-ci* », in *L'évolution du droit international, Mélanges Hubert THIERRY*, Pédone, 1998, pp. 247-280.

LEGUM (B), « *La réforme du CIRDI : Vers une juridictionnalisation de l'arbitrage transnational ?* », in *Où va le droit de l'investissement. Désordre normatif et recherche d'équilibre : Actes du Colloque organisé les 3 et 4 mars 2006 à Tunis*, Ferhat HORCHANI (dir.) Pédone, 2007, pp. 283-287.

MBAYE (O), « *L'Ouest africain à l'épreuve de la mondialisation* », in *Le droit des rapports internationaux économiques et privés, Mélanges en l'Honneur de Jean-Michel JACQUET*, LexisNexis, 2013, pp. 527-540.

MANCIAUX (S), « *L'implication d'investisseurs étrangers dans certaines violations des droits de l'Homme* », in *Au cœur des combats juridiques : Pensées et témoignages de juristes engagés*, Emmanuel DOCKES (dir.), Actes du colloque « *Pratique du droit, pensée du droit et engagement social* » organisé à Dijon les 11 et 12 mai 2006, CREDIMI, Dalloz, 2007, pp. 355-370.

MANCIAUX (S), « *Les mesures équivalentes à une expropriation dans l'arbitrage international relatif aux investissements* », in *Où va le droit de l'investissement. Désordre normatif et recherche d'équilibre : Actes du Colloque organisé les 3 et 4 mars 2006*, Ferhat HORCHANI (dir.) Pédone, 2007, pp. 73-94.

MARZOUKI (I), « *L'arbitrage État-investisseur dans les accords américains récents de libre échange* », in *Où va le droit de l'investissement. Désordre normatif et recherche d'équilibre : Actes du Colloque organisé les 3 et 4 mars 2006*, Ferhat HORCHANI (dir.), Pédone 2007, pp. 223-237.

MBENGUE (M.M), « *Les obligations des investisseurs* », in *L'entreprise multinationale et le droit international*, Laurence DUBIN, Pierre BORDEAU-LIVINEC, Jean-Louis ITEN et Vincent TOMKIEWICZ (dir.), Colloque de Paris 8 Vincennes-Saint-Denis, SFDI, Pédone, 2017, pp. 295-337.

MICHALET (Ch. A), « *L'évolution de la législation sur les investissements directs étrangers et la dynamique de la mondialisation* », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle, A propos de 30 ans de recherche du CREDEMI*, Mélanges en l'Honneur de Ph. KAHN, Litec, 2000, pp. 433-451.

NANTEUIL (A. DE), « *Réflexions sur les droits de l'État d'accueil dans le droit international de l'investissement* », in *Droit international et culture juridique, Mélanges offerts à Ch. LEBEN*, Pédone, 2015, pp. 321-343.

NIKIEMA (S-H), « *Les « mesures » d'expropriation indirecte en droit international des investissements : les actes et omissions de l'État d'accueil* », in *Le droit des rapports internationaux économiques et privés, Mélanges en l'Honneur de J.-M. JACQUET*, LexisNexis, 2013, pp. 235-253.

PELLET (A), « *Adieu Philippines : remarques sur la distinction entre les réclamations conventionnelles et contractuelles dans le droit de l'investissement international* », in *Le droit international économique à l'aube du XXème siècle, En hommage aux professeurs D. CARREAU et P. JUILLARD, J.-M. SOREL (dir.)*, Pédone, 2009, pp. 97-110.

PELLET (A), « Appel ou annulation des sentences CIRDI ? Retour sur un débat sans conclusion », in *Droit international et culture juridique, Mélanges offerts à Ch. LEBEN*, Pédone, 2015, pp. 355-374.

PELLET (A), « Notes sur la "fragmentation" du droit international : Droits des investissements internationaux et droits de l'Homme », in *Unité et diversité du droit international, Ecrits en l'Honneur du Professeur Pierre-Marie DUPUY/ Unity and diversity of international law, Essays in Honour of Professor Pierre-Marie DUPUY*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2014, pp. 757-784.

REUTER (P), « L'extension du droit international aux dépens du droit national devant le juge international », in *Le juge et le droit public Mélanges offerts à Marcel WALINE, Tome 1*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1974, pp. 241-258.

RIGAUX (F), « D'un nouvel ordre économique international à l'autre », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle, A propos de 30 ans de recherche du CREDEMI, Mélanges en l'Honneur de Ph. KAHN, Litec, 2000*, pp. 689-717.

SALEM (M), « L'investissement étranger et le droit international », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle, A propos de 30 ans de recherche du CREDEMI, Mélanges en l'Honneur de Ph. KAHN, Litec, 2000*, pp. 367-388.

SALEM (M), « *Traités d'investissements et droit des traités* », in *Droit international et culture juridique, Mélanges offerts à Ch. LEBEN, Pédone, 2015*, pp. 375-387.

SALMON (J), « *Les principes généraux du droit : une insaisissable source du droit applicable aux contrats d'État* », in *Mélanges offerts à Raymond Vander Elst, t. 1, éd. Némésis, 1986*, pp. 717-754.

SCOBBI (I), « *Invocation de la responsabilité pour violation d'obligations découlant de normes impératives du droit international général public* », in *Obligations multilatérales, droit impératif et responsabilité internationales des États, Colloque international de Florence, 7-8 décembre 2001, P-M. DUPUY (dir.), Pédone, 2003*, pp. 121-144.

SNOUSSI (M), « *La cohérence de la jurisprudence du CIRDI* », in *où va le droit de l'investissement. Désordre normatif et recherche d'équilibre : Actes du Colloque organisé les 3 et 4 mars 2006 à Tunis, Ferhat HORCHANI (dir.) Pédone, 2007*, pp. 259-282.

STERN (B), « Le consentement à l'arbitrage Cirdi en matière d'investissement international : que disent les travaux préparatoires ? », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle, A propos de 30 ans de recherche du CREDEMI, Mélanges en l'Honneur de Ph. KAHN, Litec, 2000*, pp. 223-244.

SUDRE (F), « *Le droit au respect de ses biens au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme* », in *La protection du droit de propriété par la Cour européenne des droits de l'Homme, Institut des droits de l'Homme des avocats européens, Colloque du 26 mai 2004, Bruxelles, Bruylant, 2005*, pp. 1-18.

UBEDA-SAILLARD (M), « *La responsabilité des entreprises en zone de conflit armé* », in *L'entreprise multinationale et le droit international, Laurence DUBIN, Pierre BORDEAU-*

LIVINEC, Jean-Louis ITEN et Vincent TOMKIEWICZ (dir.), Colloque de Paris 8 Vincennes-Saint-Denis, SFDI, Pédone, 2017, pp. 449-482.

VERHOEVEN (J), « À propos de la fonction de juger en droit international public », in *Fonction de juger et pouvoir judiciaire : transformations et déplacement*, Ph. GERARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1983, pp. 447-468.

VERHOEVEN (J), « Contrats entre États et ressortissants d'autres États », in *Le contrat économique international, Stabilité et évolution, travaux des VIIes journées d'études juridiques* Jean Dabin, Bruylant-Pédone, 1975, pp. 115-150.

WÄLDE (Th), « *Multilateral investment agreements (MITs) in the year 2000* », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle, A propos de 30 ans de recherche du CREDEMI, Mélanges en l'Honneur de Ph. KAHN*, Litec, 2000, pp. 389-431.

WECKEL (Ph.), « *La CIJ et la fragmentation du droit international* », in *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international, Travaux du séminaire tenu à Palma, les 20-21 mai 2005*, R. HUESA VINAIXA et K. WELLENS (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2006, pp. 167-185.

WECKEL (Ph.), « *La mondialisation du droit* », in *Qu'est-ce que la globalisation*, Université de tous les savoirs, Éditions Odile Jacob, 2004, pp. 305-330.

WECKEL (Ph.), « *Ouverture de la réflexion sur le droit international de la science des systèmes* », in *Unité et diversité du droit international, Ecrits en l'Honneur du Professeur Pierre-Marie DUPUY/ Unity and diversity of international law, Essays in Honour of Professor Pierre-Marie DUPUY*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2014, pp. 131-155.

WEIL (P), « *Droit international et contrats d'États* », in *Le droit international : Unité et diversité, Mélanges Paul Reuter*, Paris, Pédone, 1981, pp.549-582.

WEIL (P), « *Les clauses de stabilisation et d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique* », in *La communauté internationale, Mélanges offerts à Ch. ROUSSEAU*, Paris, Pédone, 1974, pp. 301-328.

ARTICLES

ACHTOUK-SPIVAK (L), « *Arbitrage en matière d'investissement et crise argentine : un bilan d'étape* », *Les cahiers de l'arbitrage, Gaz. Pal.* 2007-4, pp. 55-57.

ACHTOUK-SPIVAK (L), « *La réparation du préjudice moral dans l'arbitrage sur le fondement des traités d'investissements : premiers développements, premiers désaccords* », *La Gazette du Palais – Les Cahiers de l'Arbitrage*, 2008, n°4, pp. 48-51.

ANOU (G), « *Les conflits entre le droit de l'Union européenne et le droit international des investissements dans l'arbitrage CIRDI* », *JDI Avril-Mai-Juin*, 2015, pp. 505-525.

ARÉOU (G), « *Note sous l'affaire LG&E c. Argentine, sentence, 3 oct. 2006* », in : *Chronique de jurisprudence internationale*, R.G.D.I.P, 2007-2, pp. 479-485.

BARUTI (R), « *Facilitation de l'investissement dans l'intégration économique régionale en Afrique : le cas du COMESA, de la CAE et de la SADC* », *Journal of World Investment and Trade*, Volume 18, numéro 3, 2017, pp. 493-529.

BEN HAMIDA (W), « *La dénonciation de la Convention CIRDI en Amérique latine : significations et conséquences* », *Revista brasileira de arbitragem*, vol. 8, n°30, 2011, pp. 65-92.

BEN HAMIDA (W), « *La prise en compte de l'intérêt général et des impératifs de développement dans le droit des investissements* », *JDI*, 2008, pp. 999-1033.

BEN HAMIDA (W), « *L'arbitrage État-investisseur étranger : regards sur les traités et projets récents* », *JDI*, 2004, pp. 419-441.

BEN HAMIDA (W), "*L'arbitrage État-investisseur face à un désordre procédural : La concurrence des procédures et les conflits de juridiction*" *AFDI*, 2005, pp. 564-602.

BEN HAMIDA (B), « *Sovereign FDI and International Investment Agreements : Questions Relating to the Qualification of Sovereign Entities and the Admission of Their Investments Under Investments Agreements* », *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2010, pp. 17-36.

BERNARDINI (D), "*The renegotiation of the investment contract*", *ICSID rev. – FILJ*, 1998, vol. 13, n°2, pp. 411-425.

BINDSCHIEDLER (R), *La protection diplomatique*, *RCADI*, 1956, Volume 90, pp. 228-244.

BOY (L), « *Quel droit de la concurrence pour l'Afrique subsaharienne ? Introduction* », *RIDE*, 2011, n°3, pp. 263-280.

BRACONNIER (S) et MOREL (J.B), « *regards sur les partenariats public-privé internationaux* », *Contrats et marchés publics* n°3, Mars 2007.

BROUSSY (E.), « *Réflexions sur le nouveau régime des investissements étrangers en France* », *Dalloz affaires* n°29, 1996, pp. 888-893.

BRUNETTI (M), « *L'expropriation indirecte en droit international* », *International Law Forum du droit international*, 2003, pp. 150-154.

BURDEAU (G), « *Droit international et contrats d'État. La sentence Aminoil / Koweït du 24 mars 1982* », *AFDI*, 1982, pp. 454-470.

BURDEAU (G), « *Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les États* », *Revue de l'arbitrage*, 1995, n° 1, pp. 3-37.

BURGSTALLER (M), "*Nationality of corporate investor and international claims against the investor's own State*", *JWI &T*, 2006, vol.7, n°6, p.857-881.

CARREAU (D), « *Investissement* », Rep. Droit Intern. 2008, D. Simon, « Le système conjoint de garantie des Investissements CEE/ACP », DPCI, 1987, pp. 91-110.

CARREAU (D), « *Investissement* », Répertoire de Dr. Int., Dalloz, 1998.

CASTEL (J), « *Le règlement des différends en vertu de l'accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis* », JDI, 1990, pp. 602-610.

CAZALA (J), « *La défiance étatique à l'égard de l'arbitrage investisseur-État exprimé dans quelques projets et instruments conventionnels récents* », JDI (Clunet), Janvier-Février-Mars 2017, n°1, pp. 81-97.

CAZALA (J), « *La dénonciation de la Convention de Washington établissant le CIRDI* », AFDI, 2012, pp. 551-565.

CAZALA (J), « *La protection des attentes légitimes de l'investisseur dans l'arbitrage international* », RIDE, 2009-1, pp. 5-32.

CAZALA (J), « *le traitement juste et équitable : transparence et protection des attentes légitimes* », Gazette du Palais, 14-15 décembre 2007, pp. 44-52.

CAZALA (J), « *L'OMC à la carte ? Les aménagements conventionnels aux obligations des membres permis par le droit conventionnel de l'organisation mondiale du commerce* », RGDIP, 2009-1, pp. 45-74.

CHARLIER (C) et RAINELLI (M), « *Politique commerciale et recours au mécanisme de règlement des différends de l'OMC* », RIDE, 2009, N°3, pp. 253-276.

CHARPENTIER (J), « *De la non-discrimination dans les investissements* », AFDI, 1963, pp. 35-63.

CONSTANTIN (F), *L'intégration régionale en Afrique noire : État des travaux*, Revue française de science politique, Année 1972, Volume 22, Numéro 5, pp. 1074-1110.

CRAWFORD (J) et SINCLAIR (A), "Application aux contrats d'États des principes UNIDROIT relatifs aux contrats du Commerce International", Bulletin de La Cour Internationale d'Arbitrage de la CCI, supplément spécial, volume 13 n°1.2002, pp. 59-79.

CREPET-DAIGREMONT (C.), « *Le traitement de la nation la plus favorisée et traitement national* », Gazette du Palais, Recueil décembre 2005, pp. 42-47.

CREPET-DAIGREMONT (C.), « *Traitement de la nation la plus favorisée* », Gazette du palais, Recueil novembre-décembre 2004, pp. 3641-3644.

CROOK (J.R), « *Applicable Law in International Arbitration : The Iran-U.S. Claims Tribunal Experience* », AJIL, 1989, vol. 83, n° 2, pp. 278-311.

DAVID (N), « *les clauses de stabilité dans les contrats pétroliers, Questions d'un praticien* », JDI, 1986, pp. 79-107.

DE BRABANDERE (E), « *Traitement juste et équitable et protection (complète) et sécurité des traités d'investissement en Afrique entre généralité et spécificité contextuelle* », *The Journal of World Investment and Trade*, Volume 18, numéro 3, 2017, pp. 530-555.

DELAUME (G), « *La Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États* », *JDI*, 1996, pp. 26-49.

DELAUME (G), "*Le Centre International pour le Règlement des Différends relatifs à l'Investissement : La pratique du CIRDI*", *JDI* 1982, pp. 775-843.

DERRAINS (Y), « *L'impact des accords de protection des investissements sur l'arbitrage* », *Gaz. Pal.*, Recueil mai juin 2001, pp. 631-635 ; *Les Cahiers de l'arbitrage*, sous la direction de MOURRE, Edition juillet 2002, pp. 50-54.

DIAZ ALBONICO, « *La place de l'équité et de l'enrichissement sans cause dans le calcul de l'indemnité en cas de nationalisation* », *Revu. Egyptienne de DI*, 1973, pp. 175-210.

DUMBERY (P), « *L'entreprise, sujet de droit international ? Retour sur la question à la lumière des développements récents du droit international des investissements* », *RGDIP*, 2004, pp. 103-122.

EL BOUDOUHI (S), « *L'intérêt général et les règles substantielles de protection des investissements* », *AFDI*, 2005, pp. 542-563.

FADLALLAH (I), « *La nationalité de l'investisseur dans l'arbitrage CIRDI* », *Gazette du Palais*, 2008, pp. 2054-2058.

FEUER (G), « *Réflexions sur la Charte des Droits et des Devoirs Économiques des États* », *RGDIP*, 1976, pp. 273-320.

FLORY (M), « *L'accord de libre-échange américano-canadien* », in *Coopération internationale, juridique et technique-Chronique de droit international économique*, *AFDI*, 1998, pp. 549-562.

FOUCHARD (Ph), "*Les garanties juridiques accordées aux investissements étrangers en Tunisie*", *R.T.D.*, 1997.

GAILLARD (E), « *Chronique* » *Clunet* 1990, pp. 193-218 et *ICSID Report*, vol. II, pp. 190-336.

GAILLARD (E), « *Chronique des sentences arbitrales* », *J.D.I.*, 1991, n° 1, pp.166-172.

GAILLARD (E), *Chronique des sentences arbitrales du Centre International de Règlements des Différends relatifs à l'Investissement*, *Journal du Droit International (Clunet)*, Avril-mai-juin 2010, n°2/2010. pp. 499-568.

GARIBIAN (S), « *La protection diplomatique, faveur ou droit ?* », *AFDI*, 2008, pp. 119-141.

DENTERS (E) et GAZZINI (T), « *Le rôle des organisations régionales africaines dans la promotion et la protection des investissements étrangers* », *The Journal of World Investment and Trade*, Volume 18, numéro 3, 2017, pp. 449-492.

GEIGER (R), « *Les procédures d'arbitrage dans les accords d'investissements de l'Union européenne. L'enjeu des traités transatlantiques* », *RIDE*, 2015, n°4, pp. 451-465.

GHERARI (H), « *L'accord de partenariat économique CARIFORUM-CE : vers une nouvelle génération d'accord de libre-échange ?* », *RGDIP*, 2009-3, pp. 523-554.

GIARDINA (A), « *State Contracts : National versus International Law ?* », *IYIL*, 1980-1981, pp. 147-170.

GOLDSBROUGH (D), « *Investissements étrangers directs dans les pays en développement* », *Finances et Développement*, Mars 1985.

HELLIO (H), « *L'État, un justiciable de second ordre ? A propos des demandes étatiques dans le contentieux transnational relatif aux investissements étrangers* », *RGDIP*, 2009-3, pp. 589-619.

HORCHANI (F), « *Le droit international des investissements à l'heure de la mondialisation* », *JDI*, 2004, pp. 367-417.

IGBOKWE (V.C), « *Developing Countries and the Law Applicable to International Arbitration of Oil Investments Disputes Has The Last Word Been Said ?* », *J. Int. Arb.* 1997, vol. 14, n° 1, pp. 99-124.

JOS (E), « *L'Agence multilatérale de garantie des investissements : une contribution positive, mais insuffisante, pour promouvoir les investissements utiles aux pays en développement* », *RGDIP*, 1994, pp. 387-416.

JUILLARD (P), "A propos du décès de l'A.M.I", *Chronique de droit international économique*, A.F.D.I., 1998. pp. 595-612.

JUILLARD (P), « *Chronique de droit international économique : investissements privés* », *AFDI*, 1983 p. 589 ; 1984 p. 773 ; 1985 p. 711 ; 1986 p.626 ; 1992 p. 779 ; 1996 p. 837.

JUILLARD (P), « *La progression du réseau français des Conventions bilatérales de promotion et de protection des investissements* », in *Coopération internationale, juridique et technique – Chronique de droit international économique*, *AFDI*, 1988, pp. 837-844.

JUILLARD (P), « *L'affaire de l'Elettronica Sicula : procès sur un traité ou traité d'un procès ?* », *AFDI*, 1989, pp. 276-297.

JUILLARD (P), « *Le nouveau modèle américain de traité bilatéral sur l'encouragement et la protection réciproque des investissements* », *AFDI*, 2004, pp. 669-682.

JUILLARD (P), « *Les conventions bilatérales d'investissements conclues par la France* », *JDI*, 1979, pp. 274-325.

JUILLARD (P), « *L'essoufflement de la négociation bilatérale et l'avancement de la négociation multilatérale* », in *Chronique de droit international économique*, AFDI, 1996, pp. 837-844.

JUILLARD (P), « *L'évolution des sources du droit des investissements* », RCADI, 1994-IV, tome 250, pp. 9-216.

KAECKENBEECK (G), « *La protection international des droits acquis* », RCADI, 1937/I, pp. 321-418.

KAHN (Ph), « *Contrats d'État et nationalisation : les apports de la sentence du 24 mars 1984 (Aminoil)* », JDI, 1982, pp. 844-809.

KAHN (Ph), « *Force majeure et contrats internationaux de longue durée* », IDJ, 1975, pp. 467-485.

KAHN (Ph), « *L'interprétation des contrats internationaux* », JDI, 1981, pp. 5-28.

KALICKI (J.E.), « *Les demandes reconventionnelles des États dans l'arbitrage relatif à l'investissement* », *Investment treaty news*, Institut international du développement durable, n°2, vol. 3, 2013, pp. 3-5.

KENFACK DOUAJNI « *Le règlement par voie d'arbitrage des litiges relatifs aux investissements dans l'espace OHADA* », RGDIP, 2017, n°1, pp. 33-54.

KOLO (A) et WÄLDE (Th.), « *Renegotiation and contract adaptation in international investments projects-applicable legal principles and industry practices* », *JWI*, 2000, vol.1, n°1, pp. 5-58.

LALIVE (P), « *Contrats entre États ou entreprises étatiques et personnes privées : développements récents* », RCADI, 1983-111 vol 181, pp. 9-284.

LAMETHE (D), « *Les relations entre les gouvernements et les entreprises en matière de grands projets d'investissements* », JDI, 1998, pp. 45-66.

LEBEN (Ch.), « *Contrat d'État et droit international des investissements* », RCADI, 2003, tome 302, pp. 197-386.

LEBEN (Ch.), « *La responsabilité internationale de l'État sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements* », AFDI, 2004, pp. 683-714.

LEBEN (Ch.), « *La théorie du contrat d'État et l'évolution du droit international des investissements* », RCADI, 2003, tome 302, pp.197-386.

LEBEN (Ch.), « *L'état de nécessité dans le droit international de l'investissement : la jurisprudence C.M.S Gas Transmission Compagny c. Argentine du 12 mai 2005* », *Les cahiers de l'arbitrage*, 2005, n°2, pp. 47-52.

LEBEN (Ch.), « *L'évolution de la notion de contrat d'État* », *Rev. Arb.*, 2003, pp. 629-646.

LEBEN (Ch.), « *Les investissements miniers internationaux dans les pays en développement : réflexions sur une décennie écoulée (1976-1986)* », JDI, 1986, pp. 895-957.

LEBEN (Ch.), « *Les modes de coopération entre pays en développements et entreprises multinationales dans le secteur de la production des matières première minérales* », JDI, 1980, pp. 539-604.

LEBOULANGER (P), "*L'arbitrage et harmonisation du droit des affaires en Afrique*", revue de l'arbitrage 1999., n°3, pp. 541-591.

LEMAIRE (A), chronique "*Investissements internationaux et arbitrage*", Les cahiers de l'arbitrage (Gazette du Palais), n°2003/2, deuxième partie, pp. 20-27.

LEMAIRE (A), "*Le nouveau visage de l'Arbitrage entre État et investisseur étranger : le chapitre 11 de l'ALENA*," Revue de l'Arbitrage, 2001, n°1, pp. 43-94.

LYONNET (G), « La clause de la nation la plus favorisée en droit des investissements : bilan et perspectives- Invitation à la prudence », RGDIP n°1, 2015, pp. 19-45.

MADDALON (PH), « *Les faits économiques dans les rapports de l'organe d'appel de l'OMC* », RGDIP, 2009-2, pp. 305-331.

MANCIAUX (S), « *Les règles du droit des investissements s'opposent-elles aux politiques de sécurité alimentaire ?* », RIDE, 2012, n°4, pp. 49-62.

MANIRUZZAMAN (A.F.M.), « International Development Law as Applicable Law to Economic Development Agreements : A Prognostic View », *Wisconsin International Law Journal*, 2001, pp. 1-56.

MANN (F.A.), « The Law Governing State Contracts », *BYBIL*, 1994, vol. 21, pp. 11-33.

MARBORE (I), « *Compensation and damages in international law. The limits of 'fair market value'* », The journal of world investment and trade, vol 7, n°5, pp. 723-759.

MAYER (P), « *la neutralisation du pouvoir normatif de l'État* », JDI, 1986, pp. 5-78.

MBAYE (K), "*Harmonisation du droit des affaires dans la zone franc, expériences d'intégration juridique en Afrique*", in Eugène Schaffer, *relations entre économies industrialisées et économies en développement : aspects institutionnels et juridiques*, IDEF, 1995.

MBENGUE (M.M.), « *Numéro spécial : L'Afrique et la réforme du régime d'investissement* », The Journal of World Investment and Trade, Volume 18, numéro 3, 2017, pp. 371-378.

MAYER (P), « *Contrats claims et clauses juridictionnelles des traités relatifs à la protection des investissements* », JDI, 2009, pp. 71-96.

MAYER (P), « *La neutralisation du pouvoir normatif de l'État en matière de contrat d'État* », JDI, 1986, vol. 113, pp. 5-78.

MENDELSON (M), « What price expropriation ? Compensation for expropriation : the case law (Replay to O. Schachter) », *AJIL*, 1985, vol. 79.

NANTEUIL (A. De), « La clause d'indemnisation », *RGDIP*, 2015, n°1, pp. 215-242.

NANTEUIL (A. De), « L'application du droit international public dans l'arbitrage transnational », *RGDIP*, 2014, n°1, pp. 31-69.

NANTEUIL (A. De), *Les mécanismes permanents de règlements des différends, une alternative crédible à l'arbitrage d'investissement ?* *JDI*, Janvier-février-mars 2017, pp. 55-80.

NGOM (M), « *Intégration régionale et politique de la concurrence dans l'espace OHADA* », *RIDE*, 2011, n°3, pp. 333-349.

NICOLAS (F), « *A l'heure de la mondialisation : mondialisation et intégration régionale : des dynamiques complémentaires*, cahiers français, n°317, pp. 59-63.

NOUVEL (Y), "*Les mesures équivalentes à une expropriation dans les pratiques récentes des tribunaux*", *RGDIP*, 2002, pp. 79-102.

NOUVEL (Y), « *L'indemnisation d'une expropriation indirecte* », *International Law Forum*, Volume 5, 2003, pp. 198-204.

PAULSON (J), « *L'arbitre et le contrat : l'adaptation du contrat* », *Rev. Arb.*, 1984, pp. 249-257.

PAULSON (J), « *Les obligations des partenaires dans un accord de développement économique : la sentence arbitrale Cameroun c. / Klöckner* », *Rev. Arb.*, 1984, pp. 19-63.

PAZARCI (H), « *La responsabilité internationale des États à l'occasion des contrats conclus entre États et personnes privées* », *RGDIP*, 1975, pp. 354-421.

PÁEZ (L), « *Traités bilatéraux d'investissement et réglementation régionale des investissements en Afrique : vers un espace d'investissement continental ?* », *The Journal of World Investment and Trade*, Volume 18, numéro 3, 2017, pp. 379-413.

PETREN (S), « *La confiscation des biens étrangers et les réclamations internationales auxquelles elle peut donner lieu* », *RCADI*, 1963/II, pp. 492-571.

POULAIN (B), « *Développements récents du droit communautaire des investissements internationaux* », *RGDIP*, 2009, pp. 873-895.

POULAIN (B) et RAUX (M), "*Actualité du droit européen des investissements*, *RGDIP*, 2011, n°1, pp. 113-140.

POULAIN (B), « *La conformité de l'investissement au droit local dans le contentieux investisseur-État* », *Les cahiers de l'arbitrage*, *Gaz. Pal.* 14-15 décembre 2007, pp. 41 et suivants.

RAU (M), « *La reconnaissance de l'état de nécessité dans la dernière sentence relative au contentieux argentin : LG&E c/ Argentine* », Les cahiers de l'arbitrage, 2006, n° 3, pp. 56-60.

RAUX (M), « *Les circonstances excluant l'illicéité dans le cadre investisseurs-États* », Gazette du Palais – Les cahiers de l'arbitrage, 2008, n°4, pp. 41-42.

REISMAN (M) et SLOANE (R), « *Indirect expropriation and its valuation in the BIT generation* », *BYBIL* vol. 74, 2003, pp. 128-150 .

RENOUARD (C), « *La responsabilité sociale des multinationales spécialisées dans l'extraction des minerais et hydrocarbures* », *JDI*, 2008, pp. 485-496.

ROBERT-CUENDET (S), « *Crise ou renouveau du droit des investissements internationaux ? Réflexions sur l'objet des mécanismes de protection des investissements étrangers* », *RGDIP*, 2016, n°3, pp. 545-578.

ROBERT-CUENDET (Sabrina), *Les investissements intracommunautaires entre droit communautaire et accords internationaux sur l'investissement : concilier l'inconciliable ?* *RGDIP* 2011, n°1, pp. 853-895.

SALEM (S), « *Le développement de la protection conventionnelles des investissements étrangers* », *JDI*, 1986, pp. 579-626.

SALL (A), « *Les débuts des Cours de justice de la CEDEAO et de l'UEMOA : propos sur la faiblesse du droit jurisprudentiel de l'intégration en Afrique de l'Ouest* », *Nouvelles Annales Africaines*, 2010, n°1, pp. 5-72.

SALMON (J), « *Les contrats de la Banque internationale pour la reconstruction et le développement* », *AFDI*, 1956, pp. 635-642.

SANTULLI (C), « *Qu'est-ce qu'une juridiction internationale ? Des organes répressifs internationaux à l'ORD* », *AFDI*, 2000, pp. 58-81.

SAUDUBRAY (F), « *Les vertus de l'intégration régionale en Afrique* », *Afrique contemporaine*, 2008/3 n° 227, p. 175-185. DOI : 10.3917/afco.227.0175.

MBENGUE (M.M) et SCHACHERER (S), « *L'africanisation du droit international des investissements : le code d'investissement panafricain et la réforme du régime international d'investissement* », *The Journal of World Investment and Trade*, Volume 18, numéro 3, 2017, pp. 414-448.

SCHILL (S.W.), « *Editorial : Le nouveau régionalisme (africain) en droit international de l'investissement* », *The Journal of World Investment and Trade*, Volume 18, numéro 3, 2017, pp. 367-369.

SOME (T), " *La formation des magistrats africains par l'OHADA*", in *OHADA et perspectives du droit des affaires en Afrique*, éd. Bruylant, Bruxelles, 2000.

STERN (B), « *La protection diplomatique des investissements internationaux, de Barcelona Traction à Elettronica Sicula ou les glissements progressifs de l'analyse* », JDI, 1990, pp. 896-948.

STOLL (P.T) et COELHO (F), « *Le droit international économique face aux défis de la mondialisation* », RGDIP, 2009, pp. 273-303.

TEYNIER (E), « *Les "umbrella clauses"* », Gazette du Palais, Recueil novembre-décembre 2004, pp. 3635-3641.

TOUSCOZ (J), « *Les opérations de garantie de l'Agence multilatérale de garantie des investissements (AMGI)* », JDI, 1987, pp. 901-925.

TSCHANZ (P-Y), « *Contrats d'État et mesures unilatérales de l'État devant l'arbitre international* », RCDIP, 1985, pp. 47-84.

UBEDA-SAILLARD (M), « *La diversité dans l'unité : L'arrêt rendu par la Cour Internationale de Justice le 30 novembre 2010 dans l'affaire Ahmadou Sadio Diallo* », RGDIP, 2011, n°1, pp. 897-923.

VALTICOS (N), « *Les contrats conclus par les organisations internationales avec les particuliers* », rapport à l'institut de droit international, AIDI, 1977, vol. 57, t. I, p. 1-107 et t. II, pp. 264-317.

VANDUZER (J.A.), « *Traités canadiens d'investissement avec les pays africains : que nous disent-ils au sujet de la conclusion des traités d'investissement en Afrique ?* », The Journal of World Investment and Trade, Volume 18, numéro 3, 2017, pp. 556-584.

VARELLA (M.D), « *L'organisation mondiale du commerce : Un révélateur des divergences internes aux pays en développement* », RIDE, 2008, pp. 485-507.

VELLAS (P), « *Droit de propriété, investissements étrangers et nouvel ordre économique international* », JDI, 1979, pp. 21-33.

VENNESSON (Pascal) et SINDJOUN (Luc), « *Unipolarité et intégration régionale : l'Afrique du Sud et la "renaissance africaine"* », Revue française de science politique, Année 2000, Volume 50, Numéro 6, pp. 915-940.

VERDROSS (A), « *Les règles internationales concernant le traitement des étrangers* », RCADI, 1932-III, t. 37, pp. 323-412.

VERHOEVEN (J), « *Droit international des contrats et droit des gens* », RBDI, 1978-1979 – I, vol. XIV, pp. 209-230.

WECKEL (Ph.), « *La Cour pénale internationale, présentation générale* », RGDIP, 1998, pp. 983-993.

WECKEL (Ph.), « *La juridictionnalisation du droit international ou la révolution en trompe-l'œil* », Revue Civitas Europa, 2001, n°6, pp. 277-300.

WECKEL (Ph.), « *Note sous l'affaire Saluka Investments B.V. c. République tchèque, Cour permanente d'arbitrage, décision partielle du 17 mars 2006* », in : *Chronique de jurisprudence internationale*, R.G.D.P., 2006-2, pp. 497-502.

WEIL (P), « *Problèmes relatifs aux contrats passés entre un État et un particulier* », *RCADI*, 1969- III, vol. 128, pp. 95-240.

WENGLER (W), « *Les accords entre États et entreprises étrangères sont-ils des traités de droit international ?* », *RGDIP*, 1972, pp. 313-345.

YALA (F), « *La notion d'investissement* », *Gazette du Palais*, Recueil décembre 2005, pp. 38-42.

YALA (F), « *La notion d'investissement et la notion d'investisseur* », *Gazette du Palais*, Recueil novembre-décembre 2004, pp. 3623-3635.

ZEYEN (G), « *Les immunités des États dans les contrats d'investissement : du nouveau avec l'arrêt Creighton ?* », *RDAL*, 2006, n°3, pp. 333-348.

THÈSES

ARÉOU (G), *La concurrence des procédures de règlements des différends relatifs aux investissements*, thèse, Université de Nice Sophia Antipolis, 2009.

ATANASOV (O), *Recherche sur la notion d'investisseur protégé par le droit international*, thèse, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2017.

BEN HAMIDA (W), *L'arbitrage transnational unilatéral : réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, thèse Paris 2, 2003.

BERLIN (D), *le régime juridique international des accords entre États et ressortissants d'autres États*, thèse, Paris 1, 1981.

BURRIEZ (D), *Le droit d'action individuelle sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements*, thèse, Paris 2, 2014.

CREPET DAIGREMONT (C), *La clause de la nation la plus favorisée*, thèse de doctorat, Université Panthéon-Assas, 2009.

DANIAC (O), *L'émergence d'un droit international des investissements – Contribution des traités bilatéraux d'investissement et de la jurisprudence du CIRDI*, Université Paris Ouest-Nanterre La Défense (Paris X), 2012.

DUPUY (Fl.), *La protection de l'atteinte légitime des parties au contrat : Etude de droit international des investissements à la lumière du droit comparé*, Thèse, Panthéon-Assas (Paris II) – Humboldt-Universität zu Berlin, 2007.

FORINA (Ch.), *Les compétences de l'OMC en matière d'investissement international*, Thèse, Panthéon-Sorbonne (Paris I), 2003.

GANEM (Pierre-Henri), *Stratégies contractuelles des firmes aux fins de « sécurisation » d'investissements internationaux et volontarismes politiques des États comme forces créatrices de droit dans les rapports transnationaux : la pratique des grandes firmes d'aluminium dans le montage et la réalisation de projets miniers et métallurgiques principalement en Afrique (1953-1994)*, Thèse, Université Paris X-Nanterre U.F.R de Sciences Juridiques Administratives et Politiques, 1994.

JEAN (G-A), *Le droit des investissements internationaux face à l'Union européenne*, thèse, Université Paris-Dauphine, 2016.

LELARGE (A), *La notion d'État dans la doctrine internationale depuis la fin du XIXème siècle*, thèse, Université Panthéon-Assas (Paris II), 2007.

MEGAN (M.J), *Le régime des investissements privés étrangers dans l'espace OHADA : Le cas du Cameroun*, thèse, université de Lyon, 2009.

NGOUHOULO (I), *Les investissements directs étrangers en Afrique centrale : attractivité et effets économiques*, thèse, université du Sud Toulon-Var, faculté de Sciences Économiques et de gestion, 2008.

OKILASSALI (M), *La détermination du droit applicable dans la jurisprudence du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements*, Thèse, Paris V, 2000.

RAPOSO DA SILVA TELLES (O), *La règle du traitement national comme mécanisme d'ouverture des marchés en droit des investissements internationaux*, Thèse, Paris I, 2001.

RAUX (M), *La responsabilité de l'État sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements : Etude du fait internationalement illicite dans le cadre du contentieux investisseur-État*, Thèse, université Panthéon-Assas (Paris), 2010.

ROAD (R), *Les mesures de dépossession de droit international public : étude de la jurisprudence du tribunal irano-américain de réclamations*, Thèse, Panthéon-Sorbonne (Paris I), 2004.

THOUVENOT (S), *L'ambivalence de l'OHADA*, thèse Université de Montpellier 1, 2002.

WECKEL (Ph), *La concurrence des traités dans l'ordre international*, Thèse de Strasbourg, 1989.

DOCUMENTS INSTITUTIONNELS

EL-KOSHERI (A.S), RIAD (T.F), « The Law Governing a New Generation of Petroleum Agreements : Changes in the Arbitration Process », *ICSID Rev.*, 1986, vol. 1, n° 2, pp. 257-287.

CNUCED, *International investment agreements 1995-2006 : trends in international rulemaking*, Genève, United Nations Publications, 2007.

CNUCED, *Renforcer l'intégration économique régionale pour le développement économique en Afrique*, rapport 2009.

OCDE, *Pour une meilleure approche régionale du développement en Afrique de l'Ouest : Actes de la réunion spéciale du club du Sahel et de l'Afrique de l'Ouest Accra* (Ghana), 20-21 mai 2002. OCDE, 2003.

OCDE, *Vers des règles multilatérales sur l'investissement*, document OCDE, 1996, Rapport du groupe de travail C, "Protection des investissements".

OMC, *Statistiques du commerce international*, 2008.

OMAN (M.), « *Les nouvelles formes d'investissement dans les industries des pays en développement* », O.C.D.E, Paris, 1989.

JURISPRUDENCE

1. Cour Permanente de Justice Internationale

Certains intérêts allemands en Haute-Silésie Polonaise (Allemagne c. Pologne), arrêt du 25 mai 1926, Rec. Série A n°7.

Chemin de fer de Panevezys-Saldutiskis (Estonie c. Lituanie), arrêt du 28 février 1939, Rec. Série A/B, n°76.

Concessions Myrommatis en Palestine (Grèce c. Royaume Uni), arrêt du 30 avril 1924, Série A, n°2, Recueil, 1924.

Emprunts brésiliens (France c. Brésil), arrêt du 12 juillet 1929, Série A, n°21-21.

Oscar Chin (Royaume-Uni c. Belgique), arrêt du 12 décembre 1934, Série A/B, n°63.

Phosphates du Maroc (Italie c. France), arrêt sur les exceptions préliminaires du 14 juin 1938, Série A/B, n°74.

Usine de Chorzów (Allemagne c. Pologne)

- Compétence, Arrêt n°8, 26 juillet 1927, Rec. Série C n°9.
- Fond, Arrêt n°13, 13 septembre 1928, Rec. Série A n°17.

2. Cour Internationale de Justice

Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République Démocratique du Congo)

- Arrêt portant sur les exceptions préliminaires du 24 mai 2007, Recueil, 2007, p. 582.
- Arrêt portant sur le fond du 30 novembre 2010, Rec. 2010, p. 639.

- Arrêt sur l'indemnisation du 19 juin 2012, Recueil, 2012, p. 324.

Anglo Iranian Oil Company (Royaume-Uni c. Iran), arrêt du 22 juillet 1952.

Barcelona Traction, Light and Power Company Limited (Belgique c. Espagne), arrêt du 25 février 1970, Rec. p. 3 et s.

Différend territorial entre la Libye et le Tchad, arrêt du 3 février 1994, Rec. 1994, p. 6.

Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala), arrêt du 6 février 1955, Recueil, 1955, p. 4 et s.

Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (États-Unis d'Amérique c. Italie), arrêt du 20 juillet 1989, Recueil, 1989, p. 15.

Plates-formes pétrolières (Iran c. États-Unis), arrêt du 6 novembre 2003, Recueil, 1996, p. 161.

Sud-Ouest Africain (Libéria c. Afrique du Sud), arrêt du 18 juillet 1966, Recueil, p. 6.

Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c/ Uruguay), arrêt du 20 avril 2010, Recueil, p. 83, § 204.

3. Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI)

Abaclat et autres c. Argentine, Aff. n°ARB/07/05, décision sur la compétence et la recevabilité du 4 Aout 2011.

ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited c. Hongrie, Aff. n°ARB/03/16 du 2 octobre 2006.

Alimenta SA c. Gambie, Aff. n°ARB/99/5, du 12 juillet 1999.

Amco Asia and others c. Indonésie, Aff. n°ARB/81/1, première sentence sur le fond, 20 décembre 1984, ICSID, Report vol.1, p. 413.

Antoine Goetz et autres c. Burundi, Aff. n°ARB/95/3, Sentence du 10 février 1999.

Asian Agricultural Product Ltd. (AAPL) c. Sri Lanka, Aff. n°ARB/87/3,

- Sentence sur le fond du 27 juin 1990, Report vol. 4, p. 246
- Opinion dissidente de S. Asante, vol. 4, p. 296.

Atlantic Triton Co. Ltd. c. Guinée, Aff. n°ARB/84/1, sentence du 14 avril 1986.

Azurix c. Argentine, Aff. n°ARB/01/12, décision sur la compétence du 8 décembre 2003.

Benvenuti & Bonfant c. Congo, sentence finale, Aff. n°ARB/77/2, 8 août 1980, vol. 1, p. 335.

Biwater Gauff (Tanzania) c. Tanzanie, Aff. n°ARB/05/22, du 24 juillet 2008.

Burlington Resources Inc. c. Equateur, Aff/ n°ARB/85/5, décision sur les demandes reconventionnelles, 7 février 2017, §342.

CMS gas transmission company c. Argentine, Aff. n°ARB/01/8

- Sentence sur la compétence du 17 juillet 2003, Reports vol. 7, p. 494.
- Sentence finale du 12 mai 2005, Reports vol. 14, p. 158.
- Décision du Comité ad hoc sur la demande d'annulation de la République d'Argentine du 25 septembre 2007.

Compagnie française pour le développement des fibres textiles c. Côte d'Ivoire, Aff. n°ARB/97/8, sentence du 4 avril 2000.

Compañia de Aguas del Aconquijà S.A. and Vivendi Universal S.A c. Argentine, Aff. n°ARB/97/3, sentence finale du 27 août 2007.

Compañia del desarrollo de Santa Elena c. Costa Rica, Aff. n°ARB/96/1, sentence finale du 17 février 2000, Report vol. 5, p. 172.

Corn Products International, Inc. c. Mexique, Aff. n°ARB/ (AF)/04/01, 15 janvier 2008, <http://www.italaw.com/>

Desert Line Project LLC c. Yemen, Aff. n°ARB/05/17, sentence du 6 février 2008, Review – F.I.L.J. vol. 23, 2008, p. 175.

El Paso c. Argentine, Aff. n° ARB/03/15, sentence du 31 octobre 2011.

Emlio Augustin Maffezini c. Royaume d'Espagne, Aff. n°ARB/97/7, décision sur la compétence du 25 janvier 2000, vol. 16, 2001, p. 16.

Fedax N.V. c. Venezuela, Aff. n°ARB/96/3, sentence sur la compétence du 11 juillet 1997, I.L.M. vol. 37, 1998, p. 1378.

Feldman c. Mexique (ALENA), Aff. n°ARB (AF)/99/1,

- Sentence sur la compétence, 6 décembre 2000, Reports vol. 7, p. 327.
- Sentence sur le fond, 16 décembre 2002, Reports, Vol. 7, p. 341

Gas Naturel c. Argentine, Aff. n°ARB/03/10, décision sur la compétence du 17 juin 2005.

Generation Ukraine c. Ukraine, Aff. n°ARB/00/9, 16 septembre 2003, Reports vol. 10, p. 240.

Goetz c. Burundi, Aff. n°ARB/95/3, 10 février 1999, Reports vol. 6, p. 5.

Guadalupe Gas Product Corp. c. Nigéria, Aff. n°ARB/78/1, 20 mars 1978.

Helnan International Hotels A/S c. Egypte, Aff. n°ARB/05/19

- Sentence sur la compétence, 17 Octobre 2006, www.worldbank.org/icsid
- Sentence sur le fond, 3 juillet 2008, www.worldbank.org/icsid

Jan de Nul N.V. et Dredging International N.V. c. République Arabe d’Egypte, Aff. n°ARB/04/13, décision sur la compétence du 16 juin 2006.

Joy Mining Machinery Limited c. Egypte, Aff. n°ARB/03/11, 6 août 2004, Reports vol. 13, p. 123.

Klöckner Industrie-Anlagen GmbH et autres c. Cameroun, Aff. n°ARB/81/2, décision d’annulation du 3 mai 1985, Reports vol. 2, p. 85.

LG&E Energy corp. LG&E Capital, LG&E International inc. c. Argentine, Aff. n°ARB/02/1,

- Sentence sur la compétence du 3 octobre 2006, Review – FILJ vol. 21, p. 203
- Sentence sur les dommages du 25 juillet 2007, <http://www.italaw.com/>

LESI SpA and ASTALDI SpA c. Algérie, Aff. n°ARB/05/3, du 12 novembre 2008, sentence sur le fond, <http://www.italaw.com/>

Libananco Holding c. Turquie, Aff. n°ARB/06/8, du 23 juin 2008, <http://www.italaw.com/>

Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) c. Libéria, Aff. n°ARB/83/2, 31 mars et 14 mai 1986, Reports, vol. 2, p. 343.

Loewen group inc. et autres c. États-Unis, n°ARB (AF)/98/3, 26 juin 2003, Reports vol. 7, p. 442.

Maffezini c. Espagne, Aff. n°ARB97/7,

- Sentence sur la compétence du 25 janvier 2000, Reports vol. 5, p. 396.
- Sentence sur le fond du 13 novembre 2000, Reports vol. 5, p. 419.

Maritime International Nominees Establishment (MINE) c. Guinée, décision d’annulation du 22 décembre 1989, Reports vol. 4, p. 79.

Metalclad Corp c. Mexique (ALENA), sentence finale, Aff. n°ARB (AF)/97/1, 30 août 2000, Reports vol. 5, p. 212.

Middle East Cement Shipping and Handdling Co. S.A. c. Egypte, Aff. n°ARB/99/6, 12 avril 2002, Reports vol. 7, p. 178.

Mihaly international, inc c. Sri Lanka, Aff. n°ARB/00/2, 15 mars 2002, Reports vol. 6, p. 310.

Patrick Mitchell c. Congo, Aff. n°ARB/99/7, décision du comité ad hoc, 1^{er} novembre 2006, <http://www.italia.com/>

Phoenix Action Ltd. République Tchèque, Aff. n°ARB/06/5, sentence arbitrale du 15 avril 2009.

Plama consortium c. Bulgarie, (T.C.E.), Aff. n°ARB/03/24, décision sur la compétence du 8 février 2005.

Railroad developement corporation c. Guatemala, Aff. n°ARB/07/23, 29 juin 2012, <http://www.italaw.com/>

Saba Fackes c. Turquie, Aff. n°ARB/07/20, sentence du 14 juillet 2010 ;

Salini Costruttori SpA c. Maroc, Aff. n°ARB/00/4, décision sur la compétence du 23 juillet 2001, Reports, vol. 6, p. 400.

Sempra Energy International c. Argentine, Aff. n°ARB/02/16, 28 septembre 2007, www.worldbank.org/icsid

SGS Société générale de surveillance S.A. c. Philippines, Aff. n°ARB/02/6, 29 janvier 2004, Reports vol. 8, p. 518.

Siemens A.G. c. Argentine, Aff. n°ARB/02/8, décision sur la compétence du 3 août 2004.

Société d'exploitation des mines d'or de Sadiola SA c. Mali, Aff. n°ARB/01/5, sentence rendue le 25 février 2003.

Société d'investigation, de recherche et d'exploitation minière c. Burkina Faso, Aff. n°ARB/97/1, sentence du 19 janvier 2000/

Société Ouest-africaine de Bétons industriels (SOABI) c. Sénégal, Aff. n°ARB/82/1, décision sur la compétence du 1^{er} août 1984.

Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c. Egypte, Aff. n°ARB/84/3, décision sur la compétence du 14 avril 1988.

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A et Vivendi Universal S.A. c. Argentine, Aff. n°ARB/03/19

- Décision sur la compétence du 3 août 2006
- Décision sur la responsabilité du 30 juillet 2010

Tecnicas medioambientales Tecmed S.A. c. Mexique, Aff. n°ARB (AF)/00/2, sentence du 29 mai 2003, Reports vol. 10, p. 54.

The Loewen Group Inc. et Raymond L. Loewen c. États-Unis, Aff. n°ARB/98/3, sentence du 26 juin 2003.

Total S.A. c. Argentine, Aff. n°ARB/04/1, décision sur la compétence du 25 août 2006.

Vacuum Salt c. Ghana, Aff. n°ARB/ sentence du 16 février 1994.

Venezuela Holding, B.V., Mobil Cerro Negro Holding, LTD c. Venezuela, Aff. n°ARB/07/27, sentence du 9 octobre 2014.

Victo Pey Cassado President Allende Foundation c. Chili, Aff. n°ARB/98/2, sentence arbitrale du 8 mai 2008.

4. Sentences rendues en application du règlement CNUDCI

AWG Group Ltd c. Argentine

- Décision sur la compétence du 3 août 2006
- Décision sur la responsabilité du 30 juillet 2010

BG Group Plc. c. Argentine, 24 décembre 2007, <http://www.italia.com/>

Biloune c. Ghana, 27 octobre 1989, ILR vol. 95, p. 184

Chevron Corporation c. Équateur, sentence préliminaire du 1^{er} décembre 2008, CPA, Aff. n°34877.

CME Czech Republic B.V (The Netherlands) c. République tchèque,

- Sentence partielle, 13 septembre 2001, ICSID Reports vol. 9, p. 121
- Sentence sur les dommages, 14 mars 2003, ICSID Reports vol. 9, p. 412.

EnCana Corp. c. Équateur, sentence au fond du 3 février 2006, ICSID Report vol. 12, p. 427

Ethyl corp. c. Canada (ALENA) :

- Sentence sur la compétence, 24 juin 1998, ICSID Reports, vol. 7, p. 12.
- Accord amiable des parties : <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/disp-diff/ethyl.aspx?lang=en>

GAMI investments c. Mexique (ALENA), sentence finale, 15 novembre 2004, ICSID Reports vol. 13, p. 147.

International Thunderbird Gaming Corporation c. Mexique, (ALENA) sentence finale, 26 janvier 2006, <http://www.italaw.com/>

Investment BV c. République Tchèque, sentence arbitrale du 17 mars 2006.

Methanex corp. c. États-Unis, (ALENA), 5 août 2005, <http://www.italaw.com/>

Philip Morris Asia Limited c. Australie, décision sur la compétence et la recevabilité du 17 décembre 2015, Aff. CPA n°2012-12.

Saluka Investment c. République Tchèque, sentence partielle du 17 mars 2006.

SD Myers inc c. Canada (ALENA) :

- Sentence partielle, 13 novembre 2000, ICSID Reports vol. 8, p. 18
- « Separate Opinion by Dr. Bryan Schwartz, concurring except with respect to performance requirements, in the partial award of the tribunal », 12 novembre 2000, ICSID Reports vol. 8, p. 66.

Pope & Talbot, Inc. c. Canada (ALENA) :

- Sentence partielle, 26 juin 2000, ICSID Reports vol. 7, p. 69.
- Seconde sentence sur le fond, 10 avril 2001, ICSID Reports vol. 7, p. 102

SITES INTERNET

1) Conférence des Nations-Unies sur le commerce et le développement

<http://unctad.org>

2) Banque mondiale

<http://worldbank.org>

3) Banque africaine de développement (BAD)

<http://afdb.org>

4) Organisation de coopération et de développement économique (OCDE)

<http://ocde.org>

5) Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO)

www.courtecowas.org ; <http://ecowas.org>

6) Observatoire de l'Afrique en ligne

<http://afriqueenligne.com>

7) Centre d'études et de recherches internationales

<http://ceri-sciencespo.com>

8) Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires

<http://ohada.com>

9) Organisation mondiale du commerce (OMC)

<http://www.wto.org>

10) Partenariat Union européenne-ACP

<http://europa.eu.int/comm/world/lac/acpfr.htm/>

11) Communauté économique africaine

<http://www.uneca.org>

12) Université des nations unies et des études comparatives d'intégration régionale

<http://www.cris.unu.edu/>

ANNEXES

INDEX

Les chiffres renvoient aux numéros de pages

A

accords d'investissements · 23, 205, 279, 297, 327, 451
 accords de promotion et de protection des investissements · 180
 ACP · 76, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 119, 121, 122, 123, 124, 125, 131, 133, 134, 135, 136, 186, 214, 444
 admission des investissements · 38, 46, 60, 66, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 249, 250, 252, 296, 298, 300, 302, 303, 304, 306
 agences spécialisées en matière d'investissement · 70, 71
 agrément · 57, 59, 66, 67, 68, 69, 71, 74, 171, 252, 253
Alien Tort Statue · 96, 97, 98, 99
 APE · 83, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 120, 122, 123, 125, 127, 128, 129, 130, 132
 applicabilité · 23, 48, 97, 221, 222, 226, 228, 229, 357
 arbitrage d'investissement · 32, 355, 425, 433, 437, 439, 442
 arbitrage international · 11, 12, 28, 85, 108, 160, 170, 187, 258, 318, 320, 322, 323, 325, 326, 352, 355, 356, 370, 386, 397, 440, 442, 447, 450
 arbitrage transnational unilatéral · 30, 162, 260, 264, 350, 370, 424, 448
 arbitrage *without privity* · 260, 263, 326
 atteintes directes · 371, 383, 438, 442, 448
 atteintes indirectes · 371, 383, 438, 442, 448
 avenir du droit international des investissements · 313, 423, 439, 451

C

CEMAC · 52
 CETA · 2, 19, 201, 202, 205, 313, 314, 430, 431, 432, 433, 436
 clause d'admission · 303
 clause de la nation la plus favorisée · 126, 281, 282, 283, 284, 302, 315
 clause de libre transfert des capitaux · 40
 CNPF · 283, 284, 285, 286
 code communautaire des investissements · 44, 71, 181, 182, 183, 211, 446
 code des investissements · 38, 44, 56, 58, 59, 67, 182, 183, 252, 253
 Code général des impôts · 56, 57, 58, 174
 code minier · 63, 65
 Code panafricain des investissements · 266, 267, 269, 271, 317, 452
 codes de bonne conduite · 99
 concurrence déloyale · 51
 contrats d'Etat · 95, 216, 219, 220, 221, 222, 223, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 235, 237, 238, 271, 272, 273, 322, 323, 354, 366, 367, 382
 Convention CIRDI · 6, 9, 10, 244, 302, 320, 334, 339, 347, 352, 366, 370, 437
 Convention de Washington · 2, 6, 7, 10, 11, 12, 13, 166, 224, 225, 227, 260, 318, 319, 320, 326, 328, 330, 340, 341, 345, 346, 352, 355, 357, 358, 362, 364, 365, 368, 369, 415, 428, 434, 438, 439, 440, 450
 Convention fiscale · 61
 Cour de justice de la CEDEAO · 27, 100, 102, 103, 104, 105, 106, 108, 109, 165, 166, 167, 177, 193, 211, 445, 451
 Cour de Justice de la Communauté Européenne · 37, 430
 Cour européenne des droits de l'Homme · 80, 107
 Cour permanente d'arbitrage · 29, 202, 432, 433, 434

D

demandes reconventionnelles · 255, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 268, 271, 316, 351, 451
dépossession · 83, 291, 371, 377, 381, 383, 385, 386, 388, 390, 391, 393, 396, 397, 402, 403, 404, 408, 409, 410, 412, 417, 438, 442, 449
discrimination à rebours · 276, 307, 308, 310, 311
droit applicable · 106, 168, 179, 221, 222, 224, 225, 226, 227, 228, 230, 239, 248, 322, 345, 354, 355, 357, 358, 359, 360, 361, 362, 363, 364, 365, 366, 367, 369, 370, 414
droit communautaire · 3, 23, 24, 26, 27, 29, 31, 32, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 43, 46, 49, 73, 74, 76, 102, 125, 137, 149, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 166, 168, 176, 177, 184, 185, 186, 187, 188, 191, 192, 193, 194, 203, 205, 211, 213, 215, 224, 304, 362, 390, 425, 426, 445, 446, 447, 448, 450
droit d'établissement · 37, 39, 127
droit de l'environnement · 31, 156
droit de la concurrence · 42, 43, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 65, 73
droit de propriété · 77, 79, 80, 100, 133, 206, 371, 383, 387, 389, 391, 400, 402, 403, 416, 442, 448
droit des gens · 14, 15, 30, 96, 98, 231, 234, 236, 237, 286, 379, 385
droit des sociétés · 68
droit du travail · 86, 288
droit international économique · 8, 10, 14, 81, 89, 94, 95, 218, 244, 245, 274, 306, 330, 332, 335, 336, 351, 380, 381, 382
droit international public · 5, 77, 92, 96, 142, 222, 223, 224, 226, 229, 235, 273, 300, 306, 357, 367, 377, 378, 405
droit interne · 18, 29, 49, 90, 91, 100, 101, 102, 160, 161, 184, 185, 192, 204, 218, 220, 224, 226, 229, 230, 231, 242, 273, 287, 295, 296, 297, 341, 354, 355, 357, 358, 361, 362, 366, 368, 383, 393, 426, 427, 450
droits de l'Homme · 31, 64, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 84, 85, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 99, 100, 102, 104, 106, 108, 109, 110, 117, 133, 134, 136, 214, 267, 444

E

effectivité · 20, 88, 90, 120, 134, 165, 178, 188, 191, 192, 193, 194, 212, 446
entreprises locales · 50, 51, 52, 53, 129, 132, 135, 276, 310, 451
entreprises nationales · 46, 53, 280
Etat d'origine · 1, 15, 16, 19, 21, 22, 23, 38, 39, 59, 68, 164, 216, 218, 224, 233, 240, 241, 242, 269, 309, 320, 322, 330, 358, 360, 388, 441, 448
Etat hôte · 13, 31, 66, 74, 78, 133, 161, 168, 186, 257, 268, 273, 274, 286, 295, 306, 307, 310, 320, 323, 325, 326, 327, 353, 358, 360, 370, 371, 372, 373, 385, 388, 397, 401, 402, 409, 412, 415, 417, 419, 438, 441, 442, 448, 449, 450
expropriation directe · 80, 160, 251, 387, 388, 396, 401, 404, 411, 438, 443
expropriation indirecte · 80, 131, 159, 160, 202, 251, 313, 330, 374, 383, 384, 385, 386, 387, 388, 389, 390, 391, 392, 393, 394, 396, 397, 398, 399, 400, 401, 402, 404, 405, 407, 408, 409, 410, 414, 416, 417, 419, 420, 422, 423, 424, 425, 429, 438, 442, 449

F

fiscalité · 55, 56, 57, 60, 61, 65, 173, 280, 288, 343

G

guichet unique · 70, 71

H

harmonisation · 26, 44, 47, 48, 49, 62, 65, 71, 74, 121, 129, 155, 158, 169, 170, 172, 173, 175, 178, 179, 181, 187, 188, 194, 198, 211, 213, 215, 446

I

incitations fiscales · 54, 55, 57, 65, 66, 74
indemnisation · 18, 31, 79, 80, 83, 93, 94, 128, 133, 159, 161, 180, 235, 251, 322, 373, 374, 403, 404, 405, 406, 407, 408, 409, 410, 411, 412, 413, 414, 415, 416, 417, 418, 419, 421, 422, 423, 424, 438, 439, 440, 442, 443, 447, 449
indemnisation du préjudice moral · 417, 418
intégration régionale · 1, 23, 24, 25, 26, 28, 31, 32, 34, 35, 39, 43, 44, 45, 46, 47, 50, 53, 73, 115, 120, 134, 136, 137, 139, 153, 157, 158, 160, 161, 164, 165, 167, 170, 172, 174, 179, 183, 190, 193, 195, 197, 198, 199, 249, 266, 279, 294, 318, 378, 430, 432, 434, 435, 437
interaction · 41, 120
intérêt général · 60, 69, 81, 100, 165, 180, 190, 226, 248, 281, 312, 313, 315, 374, 375, 377, 378, 385, 388, 391, 392, 395, 397, 401, 402, 416, 420, 421, 426, 431, 439, 442
Investment Court System · 29, 123, 433

L

liberté d'établissement · 24, 32, 36, 37, 38, 39, 41, 42, 46, 54, 73, 127, 128, 136, 161, 444
libre circulation des capitaux · 36, 39, 40, 41, 42, 54, 73, 116, 125, 136, 430, 444
libre transfert des capitaux · 39, 40, 154, 155, 430

M

Marché commun · 4, 35, 48, 111, 435
mesures équivalentes à une expropriation · 80, 386
multinationales · 17, 23, 52, 74, 76, 90, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 132, 133, 134, 135, 172, 199, 248, 264, 265, 266, 280, 297, 310, 343, 382, 440, 451

N

nationalisation · 63, 160, 327, 371, 376, 377, 378, 380, 381, 382, 383, 386, 387, 402
NPF · 278, 279, 282, 436

O

obligations des investisseurs · 257, 264, 265, 266, 267, 270, 272
OHADA · 45, 48, 50, 156, 165, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 177, 324
opérateurs économiques · 2, 4, 15, 23, 24, 25, 27, 31, 32, 34, 35, 36, 39, 43, 46, 73, 74, 76, 88, 134, 211, 214, 215, 271, 274, 304, 310, 317, 352, 354, 370, 372, 401, 402, 436, 439, 441, 444, 445, 446, 448, 451

P

paysans · 89, 133
personnes morales · 17, 18, 19, 30, 79, 90, 95, 98, 99, 230, 273, 313, 341, 344, 350
personnes physiques · 17, 18, 36, 37, 38, 57, 73, 95, 99, 103, 194, 340, 341
politique de la concurrence · 32, 36, 42, 43, 44, 45, 46, 48, 50, 53, 54, 65, 73, 115, 136, 444
politique minière · 62, 63, 64, 65
populations locales · 84, 87, 89, 199, 281
préjudice moral · 413, 417, 418
primauté du droit communautaire · 188
Procédures administratives · 69
promotion des investissements · 39, 44, 45, 50, 51, 53, 56, 66, 68, 70, 71, 102, 117, 120, 173, 179, 198, 207, 249, 295, 302, 353, 371, 378, 380, 382, 383, 398, 432

propriété intellectuelle · 11, 41, 42, 62, 124
 protection communautaire des investissements · 25, 27, 30, 32, 34, 110, 137, 151, 176, 177, 211, 213, 214, 315, 441, 444, 446

R

rapatriement des capitaux · 40, 63
 réformes de l'arbitrage · 430, 437
 réparation du préjudice · 16, 93, 353, 402, 412, 416, 417, 418, 422
 responsabilisation des entreprises · 265
 responsabilité · 15, 16, 18, 20, 23, 30, 31, 65, 87, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 103, 133, 150, 172, 185, 192, 199, 220, 222, 233, 234, 237, 242, 243, 264, 265, 267, 269, 283, 288, 292, 299, 345, 347, 350, 351, 373, 374, 379, 380, 387, 389, 392, 397, 408, 412, 413, 414, 415, 416, 417, 418, 419, 420, 421, 422, 423, 425, 426, 441, 442
 responsabilité de l'Etat · 20, 90, 91, 92, 93, 94, 133, 192, 220, 243, 283, 299, 345, 374, 380, 389, 413, 414, 415, 416, 417, 418, 423, 426, 442
 ressources naturelles · 62, 64, 65, 89, 116, 160, 171, 196, 197, 198, 199, 200, 211, 242, 267, 382, 398, 405, 446, 451

S

sociétés multinationales · 17, 95
 standards · 152, 162, 163, 218, 251, 264, 272, 273, 274, 276, 278, 286, 287, 288, 289, 290, 292, 293, 294, 300, 301, 305, 306, 307, 310, 315, 316, 373, 395, 403, 414, 436, 441, 447, 448, 449

T

TAFTA · 123, 205, 430, 432, 433, 436
 TFUE · 1, 29, 41, 42, 124, 390, 430
 traitement juste et équitable · 26, 40, 159, 162, 163, 177, 235, 251, 287, 288, 289, 290, 292, 293, 300, 301, 307, 312, 313, 314, 315, 330, 373, 403, 404, 418, 431, 436, 445
 traitement national · 126, 128, 256, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 288, 293, 294, 296, 298, 299, 301, 302, 306, 307, 308, 310, 311, 315, 373, 397, 398, 403, 404
 transparence · 64, 102, 115, 162, 182, 198, 266, 267, 288, 353, 431, 432, 451

U

UE/ACP · 122, 123, 131
 UEMOA · 25, 47, 49, 52, 63, 64, 65, 74, 114, 116, 117, 119, 120, 121, 131, 135, 146, 147, 149, 157, 170, 172, 173, 174, 175, 209, 210
 Union européenne · 1, 2, 29, 39, 40, 41, 49, 110, 112, 113, 116, 117, 118, 120, 123, 124, 125, 128, 129, 131, 133, 135, 136, 155, 156, 157, 164, 193, 195, 202, 304, 313, 314, 390, 424, 429, 430, 431, 432, 433, 434, 436, 437, 439, 443, 450

V

violation des droits de l'homme · 94, 98, 108, 166, 207

TABLE DES MATIÈRES

SIGLES ET ABRÉVIATIONS.....	I
REMERCIEMENTS	V
DÉDICACES	VI
SOMMAIRE.....	7
INTRODUCTION GÉNÉRALE	1
Section I : La rencontre entre l'organisation communautaire ouest-africaine de la CEDEAO et le droit international des investissements.....	2
Section II : La problématique liée à la définition de l'investissement	6
Paragraphe 1 : La neutralité "paradoxe" de la Convention de Washington dans la définition de l'investissement	6
Paragraphe 2 : La division des tribunaux arbitraux dans la définition de l'investissement	7
<i>A : Le courant objectiviste</i>	<i>8</i>
<i>B : Le courant subjectiviste.....</i>	<i>10</i>
<i>C : La démarche objective et « conciliatrice » des arbitres dans la décision Salini : une piste à privilégier dans la définition de l'investissement.....</i>	<i>12</i>
Section III : L'évolution de la protection internationale des investissements étrangers	14
Paragraphe 1 : La protection diplomatique : "l'épine dorsale" en droit international des investissements	16
Paragraphe 2 : Les nouveaux modes de protection des investissements étrangers.....	21
Section IV : Problématique	23
Paragraphe 1 : Les règles propres du droit communautaire de la CEDEAO dans la protection des investissements étrangers	24
Paragraphe 2 : Les limites de la protection communautaire des investissements étrangers.....	25
<i>A : Les limites découlant de la nature du droit communautaire.....</i>	<i>26</i>
<i>B : Les limites liées au défaut du système de représentation internationale de la CEDEAO</i>	<i>26</i>

Paragraphe 3 : La protection complémentaire des investissements étrangers dans l'espace CEDEAO par les règles du droit international général	28
Section V : Les intérêts de l'étude	30
Section VI : Justifications et annonce du plan	32
PARTIE 1 : La protection communautaire des investissements étrangers dans l'espace CEDEAO	34
Titre 1 : Les instruments de la réalisation de l'intégration économique	35
Chapitre 1 : Les instruments internes à la CEDEAO	35
<i>Section 1 : Les règles d'édification du marché commun</i>	35
Paragraphe 1 : La garantie des libertés originelles du marché commun de la CEDEAO ; une contribution indirecte à la protection des investissements étrangers dans l'espace..	36
A : La liberté d'établissement	36
B : La libre circulation des capitaux	39
Paragraphe 2 : La protection des investissements par une politique de la concurrence..	42
A : Une bonne politique de la concurrence : gage de qualité de l'environnement juridique des affaires pour l'attraction des investissements.....	43
B : Les problèmes liés à la politique de la concurrence dans l'espace CEDEAO .	46
1 : <i>Problèmes par rapport à la multiplicité des législations de la concurrence dans l'espace ouest-africain.....</i>	46
2 : <i>Problèmes pour la CEDEAO de trouver un équilibre entre la nécessité d'une politique d'attraction des investissements étrangers et l'impérieuse exigence de protection des entreprises de la zone</i>	50
<i>Section 2 : Les politiques d'incitations économiques et juridiques des investissements étrangers de la CEDEAO</i>	54
Paragraphe 1 : Les incitations fiscales et douanières.....	54
A : Les politiques d'incitations économiques et juridiques des États membres de la CEDEAO	55
1 : <i>Le régime incitatif de droit commun.....</i>	56
2 : <i>Les régimes incitatifs dérogatoires au droit commun.....</i>	58
B : Les politiques incitatives fiscales de la CEDEAO	62
Paragraphe 2 : Les incitations administratives.....	66
A : Le rôle de la procédure administrative de traitement des dossiers des investisseurs dans la promotion des investissements étrangers	66
1 : <i>L'agrément des investissements</i>	67
2 : <i>La rapidité de traitement des demandes d'agrément.....</i>	69
B : La création d'agences spécialisées en matière d'investissement	70

<i>Conclusion du Chapitre 1 du Titre 1</i>	73
Chapitre 2 : Les instruments externes à la Communauté	76
<i>Section 1 : La prise en compte des droits de l'Homme dans le domaine des investissements</i>	76
Paragraphe 1 : Les obligations respectives de l'État d'accueil et des investisseurs en matière de protection des droits de l'homme	78
A : La compétence liée de l'État d'accueil dans le traitement des investissements	78
1 : <i>La reconnaissance des investissements étrangers comme un droit de propriété</i>	79
2 : <i>Les obligations des États en matière de protection des droits de l'homme dans le domaine des investissements</i>	81
a- Les obligations de non-ingérence	81
b- Les obligations d'agir	82
B : Le respect des droits de l'Homme par l'investisseur dans la réalisation des projets d'investissements	84
1 : <i>L'hypothèse de l'investisseur étranger auteur de la violation des droits de l'Homme</i>	85
2 : <i>L'hypothèse de l'investisseur étranger bénéficiaire de la violation des droits de l'Homme</i>	88
Paragraphe 2 : L'effectivité de la protection des droits de l'homme dans les contentieux entre États et investisseurs étrangers.....	90
A : Les sanctions des atteintes aux droits de l'Homme dans le domaine des investissements : l'apport du droit international général	90
1 : <i>L'engagement de la responsabilité internationale des États en cas de violation des droits de l'Homme dans les investissements</i>	91
2 : <i>L'engagement de la responsabilité internationale des investisseurs étrangers en cas de violation des droits de l'homme : une mesure encore ineffective en droit international</i>	94
B : Pour une réelle protection des droits de l'Homme au niveau communautaire	100
1 : <i>L'anticipation du droit interne des États au rétablissement des droits de l'Homme dans la réalisation de l'investissement</i>	101
2 : <i>L'apport de la Cour de justice de la CEDEAO aux contentieux relatifs aux droits de l'Homme dans les investissements internationaux</i>	103
<i>Section 2 : L'apport des relations UE/ACP dans la politique de promotion et de protection des investissements étrangers dans l'espace CEDEAO</i>	111
Paragraphe 1 : Le constat de l'absence d'un volet sur l'investissement dans les rapports UE/ACP	113

A : L'absence d'un volet sur l'investissement dans le cadre général des APE UE/ACP	114
B : L'absence d'un volet sur l'investissement dans le partenariat spécifique de l'UE avec le groupe CEDEO/UEMOA.....	117
1 : <i>Au plan politique, la préoccupation sécuritaire : une contribution indirecte à la promotion des investissements dans l'espace CEDEAO</i>	118
2 : <i>Au plan économique, l'effectivité de l'intégration régionale : une contribution indirecte à la promotion des investissements dans l'espace CEDEAO</i>	121
Paragraphe 2 : Vers la prise en compte de l'investissement dans les rapports UE/ACP	123
A : La tendance de l'UE d'intégrer la politique de l'investissement dans les ALE	123
B : Les enjeux de l'intégration de la nouvelle approche européenne en matière d'investissements dans le partenariat UE/ACP	126
C : Pour un maintien du contrôle de l'admission des investissements dans le partenariat UE/CEDEAO	130
Conclusion du Chapitre 2 du Titre 1	134
Conclusion du Titre 1 de la première partie	137
Titre 2 : L'efficacité de la protection communautaire des investissements étrangers dans l'espace CEDEAO	138
Chapitre 1 : Les limites de l'efficacité communautaire de la protection des investissements étrangers	138
Section 1 : Les limites institutionnelles de l'efficacité communautaire de la protection des investissements étrangers	138
Paragraphe 1 : Quelques incohérences dans le dispositif institutionnel de représentation internationale de la CEDEAO.....	139
A : Un pouvoir de représentation informellement bicéphale dans l'exercice de compétences internationales.....	139
1 : <i>La compétence textuelle (formelle) du Président de la Commission d'engager internationalement la Communauté</i>	139
2 : <i>La concurrence officieuse du Président en activité de la Conférence des chefs d'États et de gouvernement dans l'exercice des compétences internationales du Président de la Commission</i>	141
B : La relégation de certains organes dans le processus de conclusion d'accords internationaux liant la Communauté	146
1 : <i>La saisine facultative du Parlement pour avis dans les conclusions d'accords internationaux</i>	146
2 : <i>L'escamotage de la Cour de justice dans le processus de conclusion d'accords internationaux</i>	150

Paragraphe 2 : Les objectifs respectifs du droit communautaire et du droit international des investissements	152
A : L'aperçu d'objectifs différents entre le droit communautaire et le droit international des investissements	153
B : La possible cohabitation de deux ordres juridiques aux objectifs différents mais pas contradictoires dans la protection des investissements étrangers.....	155
<i>Section 2 : Les limites techniques de l'efficacité communautaire de la protection des investissements étrangers dans l'espace CEDEAO</i>	159
Paragraphe 1 : L'inexistence de certaines dispositions substantielles des traités de protection des investissements dans les textes communautaires	160
A : L'expropriation	160
B : Des standards de protection inconnus du régime communautaire	163
Paragraphe 2 : L'inefficacité des cours communautaires pour le règlement des différends relatifs aux investissements internationaux	165
A : La non-spécialisation de la Cour de justice de la CEDEAO pour le règlement des différends relatifs aux investissements internationaux	167
B : L'inadaptation de l'arbitrage CCJA de l'OHADA à l'arbitrage des différends relatifs aux investissements internationaux.....	170
1 : L'absence d'un Acte uniforme portant organisation générale des investissements dans l'OHADA.....	171
2 : L'absence d'harmonisation des normes d'investissements en zones CEDEAO et UEMOA	173
<i>Conclusion du Chapitre 1 du Titre 2.....</i>	177
Chapitre 2 : Les priorités pour une protection effective et efficace des investissements étrangers dans la CEDEAO	179
<i>Section 1 : L'effectivité de l'harmonisation communautaire des législations des États membres en matière d'investissements.....</i>	179
Paragraphe 1 : La nécessaire attribution à la CEDEAO d'une compétence communautaire en matière d'investissements internationaux	180
A : L'élaboration d'un code communautaire des investissements.....	182
B : Pour une insertion d'une clause de saisine préalable de la juridiction communautaire dans les TBI signés par les États de la CEDEAO	184
Paragraphe 2 : L'incontournable rôle du droit pour une effectivité de l'harmonisation communautaire des législations des États membres en matière d'investissements.....	189
A : L'effectivité de l'instauration de l'État de droit dans les États membres	189
B : L'effectivité de la primauté du droit communautaire sur les droits nationaux des États membres.....	192

Section 2 : L'implication de l'Union africaine dans la politique de promotion et de protection des investissements étrangers dans l'espace CEDEAO 196

Paragraphe 1 : L'intégration économique Sud/sud, une priorité pour l'Afrique 197

A : Une gestion concertée des ressources naturelles au niveau continental 198

B : La nécessité de la création d'une Cour africaine de règlement des différends relatifs aux investissements 201

Paragraphe 2 : L'utilité de l'Union africaine dans la réalisation de l'intégration économique sud/sud 204

A : L'Union africaine, un cadre de réalisation de l'intégration économique sud/sud 205

B : L'Union africaine, un élément facultatif à l'intégration économique sud/sud 209

Conclusion du Chapitre 2 du Titre 2 212

Conclusion du Titre 2 de la première partie 214

Conclusion de la Première partie 215

PARTIE 2 : Le concours du droit international général dans la protection communautaire des investissements étrangers de l'espace CEDEAO 217

Titre 1 : Les instruments internationaux de protection des investissements étrangers 219

Chapitre 1 : Les actes juridiques internationaux et conventionnels de protection des investissements étrangers 220

Section 1 : L'internationalisation du droit des investissements par la notion de contrats d'État 221

Paragraphe 1 : L'applicabilité du droit international dans les contrats d'État 222

A : La possibilité de saisine d'une juridiction internationale par la personne privée 223

B : La possibilité de choix du droit applicable par les parties dans les contrats d'État conformément au principe du respect de l'autonomie de la volonté 227

Paragraphe 2 : L'objection doctrinale à l'applicabilité du droit international aux contrats d'État 229

A : Les problèmes liés au statut de la personne privée en droit international 230

B : La nécessité d'une prise de conscience de l'évolution du droit international général par l'élargissement de ses sujets de droit 234

Section 2 : Les traités bilatéraux et multilatéraux d'investissements : mécanismes par excellence de protection des investissements étrangers 239

Paragraphe 1 : Les objectifs des Traités bilatéraux d'investissements 241

A : Les TBI : gage de sécurisation juridique des investissements des ressortissants d'État d'origine	241
B : Les TBI : une contribution au développement économique des États de la CEDEAO	245
Paragraphe 2 : L'appréciation pratique des TBI dans les États de la CEDEAO	249
A : Les TBI : instruments de limitation de la liberté normative des États d'accueil de l'investissement	250
B : Pour un rééquilibrage des droits et des obligations entre l'investisseur et l'État d'accueil dans les TBI	255
1 : <i>Au plan normatif : redéfinir les normes contenues dans les TBI</i>	256
2 : <i>En matière de règlement des différends : consacrer l'aptitude des États d'introduire des demandes reconventionnelles dans l'arbitrage</i>	259
a- Le signal des instruments normatifs relatifs aux investissements	260
b- L'appui de la jurisprudence	261
c- Les exigences du principe d'une bonne administration de la justice	265
3 : <i>En matière de responsabilisation : incorporer des obligations à l'endroit des investisseurs dans les TBI</i>	266
Conclusion du Chapitre 1	272
Chapitre 2 : L'application des standards internationaux de traitement des investissements étrangers dans l'espace CEDEAO	274
Section 1 : L'identification et la signification des standards	275
Paragraphe 1 : Les principes de non-discrimination	275
A : Le traitement national	276
1 : <i>La similarité de situations entre investisseurs étrangers et nationaux : condition d'application du traitement national</i>	278
2 : <i>Les exceptions à l'application du traitement national par les États d'accueil</i>	279
a- Les raisons d'ordre économique	280
b- Les raisons d'ordre public	281
B : L'immixtion de la clause de la nation la plus favorisée en droit international des investissements	283
1 : <i>L'utilisation "directe" de la CNPF contre les mesures étatiques moins favorables</i>	284
2 : <i>L'utilisation "indirecte" de la CNPF pour l'attraction des dispositions d'un traité tiers plus favorables que celles du traité de base</i> :	285
Paragraphe 2 : Des standards issus de la coutume et des principes généraux du droit .	287
A : Le standard du traitement juste et équitable	288
B : Le standard de la pleine et entière protection et sécurité	291

Section 2 : L'impact des standards internationaux de traitement des investissements étrangers sur les territoires des États de la CEDEAO..... 295

Paragraphe 1 : L'application disparate du traitement national sur les territoires des États de la CEDEAO selon les modèles de TBI 295

A : La souplesse du modèle européen d'application du traitement national et du traitement de nation la plus favorisée dans la seule phase post-établissement 297

B : L'exigence du modèle nord-américain d'application du traitement national et du traitement de la nation la plus favorisée tant dans la phase pré-établissement que dans la phase post-établissement 300

Paragraphe 2 : Au niveau du traitement de l'investissement 306

A : Le traitement national : une discrimination à rebours au détriment du national, à un double niveau dans les États de la CEDEAO 308

1 : Le privilège accordé à l'étranger : une application coutumière du traitement national précédant le droit international des investissements en Afrique 309

2 : L'absence de reconnaissance, en droit international, de la discrimination du traitement national au détriment du national et au bénéfice de l'investisseur l'étranger..... 311

B : Le traitement juste et équitable : une notion imprécise au profit de l'investisseur étranger et au détriment de l'État d'accueil 313

Conclusion du Chapitre 2 316

Conclusion du Titre 1 de la deuxième partie 317

Titre 2 : Les mécanismes procéduraux de protection des investissements dans l'espace CEDEAO 319

Chapitre 1 : L'arbitrage international, le mode privilégié de règlement des différends relatifs aux investissements étrangers : le CIRDI..... 319

Section 1 : Les fondements de la compétence du CIRDI 319

Paragraphe 1 : Le consentement des parties à l'arbitrage CIRDI..... 320

A : Des modalités de consentement différentes et dissociées entre les parties 322

1 : La diversité des modes de consentement de l'État à l'arbitrage CIRDI..... 322

2 : La manifestation du consentement de l'investisseur par la simple introduction de la requête au CIRDI..... 327

B : Les problèmes posés par "la formalité de l'écrit" au consentement des parties dans le CIRDI..... 327

Paragraphe II : La liaison du litige avec un investissement et ses implications..... 328

A : La définition de l'investissement 329

1 : La neutralité de la Convention de Washington dans sa proposition de définition de l'investissement 329

2 : <i>Les critères Salini : éléments traditionnels de définition de l'investissement</i>	331
3 : <i>Les controverses jurisprudentielles et doctrinales sur les critères Salini ..</i>	333
B : <i>L'identification de l'investisseur</i>	340
Section 2 : <i>Le système de règlement des différends dans le CIRDI</i>	346
Paragraphe 1 : <i>Les préalables à la soumission d'un litige au CIRDI</i>	346
A : <i>La négociation : un préalable obligatoire</i>	347
B : <i>La saisine des juridictions internes : un préalable possible</i>	351
Paragraphe 2 : <i>Le droit applicable dans l'arbitrage CIRDI</i>	355
A : <i>La prééminence du droit choisi par les parties</i>	356
B : <i>L'incontournable place du droit international dans le droit applicable à l'arbitrage CIRDI</i>	361
1 : <i>L'application officieuse du droit international, comme droit applicable au litige, par les tribunaux CIRDI</i>	363
2 : <i>L'application officielle du droit international comme droit applicable au litige, par les tribunaux CIRDI</i>	366
Conclusion du Chapitre 1 du titre 2	371
Chapitre 2 : <i>Le régime du contentieux relatif aux investissements</i>	372
Section 1 : <i>Les différentes atteintes au droit de propriété des investisseurs étrangers</i>	372
Paragraphe 1 : <i>Les atteintes directes au droit de propriété des investisseurs étrangers</i>	372
A : <i>L'expropriation ; une mesure réglementaire prise sous le contrôle du juge administratif</i>	373
1 : <i>L'expropriation : une exception à la limitation du pouvoir normatif de l'État par les TBI</i>	373
2 : <i>Les conditions de licéité de l'expropriation</i>	376
B : <i>La nationalisation ; une mesure législative prise sous le contrôle du juge constitutionnel</i>	378
1 : <i>Le contexte des nationalisations</i>	379
2 : <i>La nationalisation : un phénomène dépassé et inadapté aux politiques de promotion des investissements étrangers dans les États de la CEDEAO</i>	381
Paragraphe 2 : <i>Les atteintes indirectes au droit de propriété des investisseurs étrangers</i>	384
A : <i>Les approches radicales dans l'identification de l'expropriation indirecte</i>	389
1 : <i>La théorie de « l'effet unique »</i>	390
2 : <i>La théorie américaine des « police powers »</i>	393
B : <i>Les approches conciliatrices dans l'identification de l'expropriation indirecte</i>	397

1 : Les clauses d'exceptions conventionnelles à l'atteinte indirecte de l'investissement	398
2 : Les approches conciliatrices individuelles dans l'identification d'une expropriation indirecte	399
a- La thèse de la confrontation entre l'atteinte à l'investissement et la mesure qui en est à l'origine	400
b- La thèse portant sur la distinction entre une expropriation indirecte verticale et une expropriation indirecte horizontale	401
Section 2 : Le mode de réparation des atteintes portées au droit de propriété l'investisseur étranger en droit des investissements	403
Paragraphe 1 : L'indemnisation : le mode privilégié de réparation des atteintes portées au droit de propriété des investisseurs	404
A : Les caractères de l'indemnisation	406
1 : Les controverses par rapport à la formulation rédactionnelle de la clause d'indemnisation dans les TBI	406
2 : La différence entre la compensation d'une expropriation licite et l'indemnisation d'une expropriation illicite	409
B : L'apport du droit international général dans le contentieux de l'indemnisation en droit des investissements	413
1 : L'application des principes coutumiers de la responsabilité de l'État comme fondement à l'indemnisation du préjudice matériel dans l'expropriation illicite	415
2 : La possible invocation par l'investisseur de l'indemnisation du préjudice moral dans la pratique arbitrale du droit de l'investissement	418
3 : Le raisonnement en termes de responsabilité : une sauvegarde des intérêts de l'État hôte dans le contentieux de l'indemnisation d'une expropriation illicite	420
Paragraphe 2 : L'influence de l'indemnisation dans l'avenir du droit international des investissements	424
A : Les critiques à caractère antinomique de l'arbitrage transnational unilatéral	425
1 : Une réticence des arbitres à reconnaître l'activité normative des États comme des mesures d'effet équivalent à une expropriation	426
2 : Le mécanisme de règlement des différends relatifs aux investissements, un mécanisme attentatoire à la liberté normative des États	428
B : L'appréciation des propositions de réformes de l'arbitrage, issues des traités CETA et TAFTA	431
1 : Le mécanisme de règlement des différends : élément central des réformes	434
2 : L'adaptation des réformes dans l'espace CEDEAO	436
Conclusion du Chapitre 2 du Titre 2	439
Conclusion du Titre 2 de la deuxième partie	441

Conclusion de la deuxième partie.....	442
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	445
BIBLIOGRAPHIE.....	454
ANNEXES	497
INDEX.....	497
TABLE DES MATIÈRES.....	502