



**HAL**  
open science

# Le développement durable dans les traités régionaux africains d'investissement : cas de la CEDEAO et de la SADC.

Bablésson Mardochée Désiré Koula

## ► To cite this version:

Bablésson Mardochée Désiré Koula. Le développement durable dans les traités régionaux africains d'investissement : cas de la CEDEAO et de la SADC.. Droit. Université de Bordeaux, 2018. Français. NNT : 2018BORD0351 . tel-03101909

**HAL Id: tel-03101909**

**<https://theses.hal.science/tel-03101909>**

Submitted on 7 Jan 2021

**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 PRÉSENTÉE POUR OBTENIR LE GRADE DE  
**DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX**

ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT – (E.D. N°41)

SPÉCIALITÉ DROIT PUBLIC

**Par KOULA Bablésson Mardochée Désiré**

**LE DÉVELOPPEMENT DURABLE DANS LES TRAITÉS  
RÉGIONAUX AFRICAINS D'INVESTISSEMENT  
CAS DE LA CEDEAO ET DE LA SADC**

**Sous la direction du Professeur Alioune Badara FALL**

**Soutenue le 15 décembre 2018**

Membres du jury :

**M. Eloi DIARRA**

Professeur émérite de droit public à l'Université de Rouen, **Rapporteur**

**M. Jean-Pierre DUPRAT,**

Professeur Émérite de droit public à l'Université de Bordeaux, **Président du jury**

**M. Blaise Alfred NGANDO,**

Professeur, Agrégé d'histoire du droit, Maître de Conférence, Université de Yaoundé 2 – Soa, Cameroun,  
**Rapporteur**

**M. Alioune Badara FALL,**

Professeur de droit public à l'Université de Bordeaux, **Directeur de recherche**



---

## ***Avertissements***

*L'Université de Bordeaux n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.*



---

*Dédicace*

À L'ALLOS PARAKLETOS

À Auguste Doh KOULA, mon père.

À Marie-Louise KOULA, ma mère.

À Rebecca MAHAN, ma bien-aimée.



---

## *Remerciements*

Nos sincères remerciements :

- À Monsieur le Professeur Alioune Badara FALL, pour avoir accepté de diriger cette thèse, pour sa disponibilité, ses conseils et son soutien. Cher Professeur, veuillez trouver ici l'expression de ma profonde gratitude.
- À Messieurs les membres du Jury qui, en dépit des multiples occupations et sollicitations, ont bien voulu porter sur ce travail une appréciation critique, absolument nécessaire à son amélioration. Nous en sommes très honorés.
- Aux membres du "Noyau" de la précieuse Famille « Victoire », Cellule de Talence, à savoir : Christ NOH, Aurélie SUNDA, Jenny HONORINE, Véronique FERNANDEZ, Joséphine MOLLE, Éliane MIGUEL, Lydie BÉGUE, Tony DUONG.
- Aux chers condisciples du Master Interdisciplinaire Dynamiques africaines (MIDAF), promotion 2013-2014.

Nous tenons enfin à remercier tous ceux qui, de près ou de loin, ont contribué à la réalisation de ce travail ; en particulier, messieurs Landry AMOUSSOU, Yaya NIANG et Fulbert MOLLE. Merci pour tout.





---

---

## **SOMMAIRE**

---

---



---

<b>SOMMAIRE</b> .....	<b>9</b>
<b>RÉSUMÉ ET MOTS-CLÉS – SUMMARY AND KEYWORDS</b> .....	<b>13</b>
<b>LISTE DES ABRÉVIATIONS, SIGLES ET ACRONYMES</b> .....	<b>17</b>
<b>INTRODUCTION</b> .....	<b>25</b>
<b>PARTIE I. DES TRAITÉS ADAPTÉS AU DÉVELOPPEMENT DURABLE</b> .....	<b>55</b>
<b>TITRE I. LA RÉORIENTATION DES RÈGLES DE PROTECTION DES INVESTISSEMENTS</b> .....	<b>61</b>
<b>Chapitre I. LA RÉORIENTATION DES RÈGLES DE PROTECTION PAR RENVOI</b> .....	<b>65</b>
<b>Chapitre II. LA RÉORIENTATION DES RÈGLES DE PROTECTION DÉFINIES DANS L’ABSOLU</b> .....	<b>97</b>
<b>TITRE II. LE RENFORCEMENT DES MARGES DE MANŒUVRE DES ÉTATS</b> .....	<b>133</b>
<b>Chapitre I. UN RENFORCEMENT PAR LES RÈGLES SUBSTANTIELLES</b> .....	<b>137</b>
<b>Chapitre II. UN RENFORCEMENT PAR LES RÈGLES RELATIVES AUX LITIGES</b> .....	<b>169</b>
<b>PARTIE II. DES TRAITÉS INNOVANTS DANS L’OPTIQUE DU DÉVELOPPEMENT DURABLE</b> .....	<b>209</b>
<b>TITRE I. L’INTRODUCTION D’OBLIGATIONS À L’ÉGARD DES INVESTISSEURS</b> .....	<b>213</b>
<b>Chapitre I. L’EXPOSÉ D’OBLIGATIONS AUDACIEUSES</b> .....	<b>217</b>
<b>Chapitre II. LES MÉCANISMES D’EXÉCUTION DES OBLIGATIONS</b> .....	<b>251</b>
<b>TITRE II. L’INTRODUCTION D’OBLIGATIONS À L’ÉGARD DES ÉTATS</b> .....	<b>281</b>
<b>Chapitre I. LES OBLIGATIONS COMMUNES AUX PARTIES</b> .....	<b>285</b>
<b>Chapitre II. LES OBLIGATIONS SPÉCIFIQUES À L’ÉTAT D’ORIGINE</b> .....	<b>317</b>
<b>CONCLUSION GÉNÉRALE</b> .....	<b>351</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE</b> .....	<b>355</b>
<b>INDEX</b> .....	<b>385</b>
<b>TABLE DES MATIÈRES</b> .....	<b>389</b>



---

---

## **RÉSUMÉ ET MOTS-CLÉS – SUMMARY AND KEYWORDS**

---

---



---

## **Le développement durable dans les traités régionaux africains d'investissement : cas de la CEDEAO et de la SADC**

**Résumé :** L'appréhension du tandem développement durable – traité d'investissement a longtemps été perçue sous l'angle de la contradiction. En effet, bien qu'il existe un consensus sur l'importance des investissements en tant que vecteur du développement durable, les seuls instruments internationaux qui leur sont spécifiquement dédiés [les traités d'investissement] font généralement peu, ou pas, cas de cet objectif ; ceux-ci étant conçus dans le seul but d'assurer une protection élevée des investisseurs et leurs investissements. Toutefois, depuis une décennie, on voit émerger au sein des organisations régionales africaines de nouveaux modèles de traités d'investissement dont l'unique but est de promouvoir les investissements qui soutiennent le développement durable. Ce changement de paradigme, qui prône désormais la compatibilité du régime juridique de l'investissement transnational avec les exigences sociales et environnementales, n'est cependant pas sans soulever des interrogations. Parmi celles-ci se pose la question de savoir comment l'engagement en faveur du développement durable est concrètement traduit dans ces traités régionaux. L'interrogation est capitale, surtout lorsqu'on sait les difficultés qui entourent l'analyse du développement durable, concept et objectif à la fois multidimensionnel et évolutif. À cet égard, l'étude des instruments de la CEDEAO et de la SADC témoigne de la prise en compte du développement durable à un double niveau. D'abord, l'adaptation, à travers l'aménagement des clauses traditionnelles des traités d'investissement (PARTIE I). Ensuite, l'innovation, par l'introduction de dispositions jusque-là inexistantes dans la pratique conventionnelle (PARTIE II).

**Mots-clés :** Développement durable – Traité – Accord – Investissement – Régional – Afrique – CEDEAO – SADC – Droit – Communautaire – International – Intégration – Économie – Environnement – Social – Politique – Pratique conventionnelle.

---

## **Sustainable development in African regional investment treaties: the case of ECOWAS and SADC**

**Summary:** The understanding of the tandem of sustainable development and investment treaty has long been seen in terms of contradiction. Indeed, although there is a consensus on the importance of investments as a vehicle for Sustainable Development, the only international instruments specifically dedicated to them [investment treaties] generally pay little or no attention to this objective; they are designed with the sole aim of ensuring high protection for investors and their investments. Over the past decade, however, new models of investment treaties have emerged in African regional organizations with the sole aim of promoting investments that support sustainable development. However, this paradigm shift, which now advocates the compatibility of the legal regime of transnational investment with social and environmental requirements, raises some questions. Among these is the question of how the commitment to sustainable development is concretely reflected in these regional treaties. The issue is crucial, especially when one considers the difficulties surrounding the analysis of Sustainable Development, a concept and objective that is both multidimensional and evolving. In that regard, the study of ECOWAS and SADC instruments reflected the consideration of Sustainable Development at two levels. First, adaptation, through the amendment of the traditional clauses of investment treaties (Part I). Secondly, innovation, through the introduction of provisions which had not previously existed in Treaty practice (Part II).

**Keywords:** Sustainable development – Treaty – Agreement – Investment – Regional – Africa – ECOWAS – SADC – Law – Community – International – Integration – Economy – Environment – Social – Political – Treaty practice.

---

### **Unités de recherche**

**Les Afriques dans le monde (LAM - Centre de recherches pluridisciplinaires et comparatistes), Unité mixte de recherche 5115, Sciences Po Bordeaux, 11 allée Ausone, Domaine universitaire, 33607 Pessac Cedex**

**Centre d'Études et de Recherches sur les Droits Africains et sur le Développement Institutionnel des pays en développement (CERDRADI), Pôle juridique et judiciaire  
4 rue du Maréchal Joffre, CS61752, 33075 Bordeaux Cedex**





---

---

## **LISTE DES ABRÉVIATIONS, SIGLES ET ACRONYMES**

---

---



---

## **Textes juridiques et autres instruments**

ABI .....	Accords bilatéraux d'investissement
ACFI.....	Accords de coopération et de facilitation de l'investissement
AGCS .....	Accord général sur le commerce des services
AEM .....	Accords environnementaux multilatéraux
AII (IIA).....	Accords internationaux sur l'investissement ( <i>international investment agreements</i> )
ALE (FTE) .....	Accords de libre-échange ( <i>Free trade agreement</i> )
ALENA (NAFTA) .....	Accord de libre-échange nord-américain ( <i>North American Free Trade Agreement</i> )
AMI .....	Accords multilatéraux sur l'investissement
APE .....	Accords de partenariat économique
APPI.....	Accords de protection et de promotion de l'investissement
AUSCGIE.....	Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique
CADHP .....	Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples
CCNUCC (UNFCCC)....	Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques ( <i>United Nations Framework Convention on Climate Change</i> )
CDI .....	Conventions de double imposition
CEUCA .....	Convention commune sur les investissements dans les États de l'union douanière et économique de l'Afrique centrale
DUDH .....	Déclaration universelle des droits de l'Homme
PFI .....	Protocole sur la finance et l'investissement
PIDCP .....	Pacte international relatif aux droits civils et politiques
PIDESC .....	Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels
TCE .....	Traité sur la Charte de l'énergie
TBI .....	Traité bilatéral d'investissement
TI .....	Traité d'investissement
TII .....	Traité international sur l'investissement

## **Périodiques**

ACDI .....	Agence canadienne de droit international
AFDI .....	Annuaire français de droit international
AFRILEX .....	Revue d'étude et de recherche sur le droit et l'administration dans les pays d'Afrique
AJDA.....	Actualités juridiques de Droit Administratif
AJIL .....	<i>American Journal of International Law</i>
Ann. CDI.....	Annuaire de la Commission de droit international
BYIL.....	<i>British Yearbook of International Law</i>
CREDILA.....	Centre de Recherche, d'Étude et de Documentation sur les Institutions et les Législations Africaines
CILJ .....	<i>Cornell International Law Journal</i>
CUP .....	<i>Cambridge University Press</i>
EDJA .....	Éditions juridiques africaines
ELJ .....	<i>Environmental Law Journal</i>
JDI .....	Journal de droit international
JEL .....	<i>Journal of Environmental Law</i>

JHRP.....	<i>Journal of Human Rights Practice</i>
JIEL .....	<i>Journal of International Economic Law</i>
JO CEDEAO .....	Journal Officiel de la CEDEAO
JO OHADA .....	Journal Officiel de l'OHADA
JWIT.....	<i>Journal of World Investment &amp; Trade</i>
LGDJ .....	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LJIL .....	<i>Leiden Journal of International Law</i>
NILR.....	<i>Netherlands International Law Review</i>
OUP.....	<i>Oxford University Press</i>
PUAM .....	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF .....	Presses universitaires de France
PUL .....	Presses de l'Université Laval
RCADI.....	Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye
RDAA .....	Revue du droit des affaires en Afrique
RFDA .....	Revue française de droit administratif
RGDIP.....	Revue générale de droit international public
RIDE.....	Revue internationale de droit économique
RIDC .....	Revue internationale de droit comparé
RJE .....	Revue juridique de l'environnement
RSC .....	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
UNUP .....	<i>United Nations University Press</i>
YLJ .....	<i>Yale Law Journal</i>

### **Principales institutions citées**

ACCI .....	Association canadienne contre l'impunité
AITEC .....	Association Internationale de Techniciens, Experts et Chercheurs
API .....	Agence de promotion de l'investissement
AFFORD .....	<i>African Foundation for Development</i>
AMGI .....	Agence multilatérale de garantie des investissements
BAfD (AfDB).....	Banque africaine de développement ( <i>African Development Bank</i> )
BCEAO .....	Banque Centrale des États de l'Afrique de l'Ouest
BIDC .....	Banque d'investissement pour le Développement de la CEDEAO
BIT .....	Bureau International du Travail
BOAD .....	Banque ouest-africaine de développement
BM (WB).....	Banque Mondiale ( <i>World Bank</i> )
CADHP .....	Commission africaine des Droits de l'Homme et des peuples
CCIA .....	<i>COMESA Common Investment Area Committee</i> (Comité de la zone commune d'investissement du COMESA)
CCCI .....	Conseil Canadien pour la Coopération Internationale
CDI .....	Commission du droit international
CE .....	Communautés européennes
CE .....	Commission européenne
CEDH.....	Cour européenne des droits de l'Homme
CEA/NU .....	Commission Économique pour l'Afrique des Nations Unies
CEA .....	Communauté de l'Afrique de l'Est
CEDEAO (ECOWAS) ...	Communauté Économique des États de l'Afrique de l'Ouest ( <i>Economic Community of West African States</i> )
CEEAC .....	Communauté Économique des États de l'Afrique Centrale

CEMAC .....	Communauté Économique et Monétaire de l'Afrique Centrale
CEREEC .....	Centre pour les énergies renouvelables et l'efficacité énergétique de la CEDEAO
CIDPM (ICMPD).....	Centre International pour le Développement des Politiques Migratoires ( <i>International Centre for Migration Policy Development</i> )
CIDSE .....	Coopération Internationale pour le Développement et la Solidarité
CIJ .....	Cour Internationale de Justice
CILSS .....	Comité permanent inter-États de lutte contre la sécheresse dans le Sahel
CIRDI (ICSID).....	Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements ( <i>International Centre for Settlement of Investment Disputes</i> )
CIT .....	Conférence internationale du travail
CJCE .....	Cour de Justice des Communautés Européennes
CJC .....	Cour de justice de la CEDEAO
CMED .....	Commission mondiale sur l'environnement et le développement
CNRS .....	Centre National de Recherche Scientifique
CNUCED (UNCTAD)...	Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement ( <i>United Nations Conference on Trade and Development</i> )
CNUED .....	Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement
CNUDCI .....	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
CNUDD .....	Conférence des Nations Unies sur le développement durable
COMESA .....	<i>Common Market of Eastern and Southern Africa</i> (Marché commun des États d'Afrique orientale et australe)
ECOMOG .....	<i>Economic Community of West African States Cease-fire Monitoring Observer Group</i> (Groupe de contrôle du Cessez-le feu de la CEDEAO)
ECOSOC/UN .....	Economic and Social Council (Conseil économique et social des Nations Unies)
ELAW .....	<i>Environmental Law Alliance Worldwide</i>
ERSUMA .....	École régionale supérieure de la magistrature (OHADA)
FEM .....	Fonds pour l'Environnement Mondial
FIDH.....	Fédération internationale des ligues des droits de l'Homme
FMI (IMF).....	Fonds Monétaire International ( <i>International Monetary Fund</i> )
GATT (AGETAC) .....	<i>General Agreement on tariff and trade</i> (Accord Général sur les Tarifs douaniers et le Commerce)
GIZ .....	<i>Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit</i> (Agence de coopération internationale allemande pour le développement)
HCDH .....	Haut-Commissariat aux Droits de l'Homme (Nations Unies)
HCR (UNHCR).....	Haut-Commissariat pour les Réfugiés ( <i>United Nations High Commissioner for Refugees</i> )
IAIA .....	<i>International Association for Impact Assessment</i>
IIED (IIED) .....	Institut international pour l'environnement et le développement ( <i>International Institute for Environment and Development</i> )
IEPF.....	Institut de l'énergie et de l'environnement de la Francophonie
IHRDA .....	<i>Institute for Human Rights and Development in Africa</i> (Institut pour les droits de l'homme et le développement en Afrique)
IIDD (IISD).....	Institut International du développement durable ( <i>International Institute for Sustainable Development</i> )
IDDDRI .....	Institut pour le Développement Durable et les Relations Internationales
ISO .....	<i>International Organization for Standardization</i> (Organisation internationale de normalisation)
IWGIA .....	<i>International Work Group for Indigenous Affairs</i>

NEPAD .....	<i>New Partnership for Africa's Development</i> (Nouveau partenariat pour le développement de l'Afrique)
NU (UN).....	Nations Unies ( <i>United Nations</i> )
OCDE .....	Organisation de Coopération et de Développement Économique
OHADA .....	Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires
OIM (MPI) .....	Organisation Internationale pour les Migrations ( <i>Migration Policy Institute</i> )
OIT (ILO).....	Organisation Internationale du Travail ( <i>International Labour Organization</i> )
OMC (WTO).....	Organisation Mondiale du Commerce ( <i>World Trade Organization</i> )
ONU .....	Organisation des Nations Unies
OPEP .....	Organisation des pays exportateurs de pétrole
ORD .....	Organisation de règlement des différends
OUA .....	Organisation de l'Unité Africaine
PAM .....	Programme Alimentaire Mondial
PNUD .....	Programme des Nations Unies pour le Développement
PNUE .....	Programme des Nations Unies pour l'Environnement
SADC (CDA).....	<i>Southern African Development Community</i> (Communauté de Développement d'Afrique Australe)
SEATINI .....	Southern and Eastern African Trade, Information and Negotiations Institute
SERAP .....	Socio-Economic Rights and Accountability Project
SFI (IFC) .....	Société Financière Internationale ( <i>International Finance Corporation</i> )
SIFÉE .....	Secrétariat international francophone pour l'évaluation environnementale
TRALAC .....	<i>Trade Law Centre</i>
UA (AU).....	Union africaine ( <i>African union</i> )
UE (EU) .....	Union européenne ( <i>European union</i> )
UEMOA .....	Union Économique et Monétaire Ouest Africaine
UICN .....	Union Internationale pour la Conservation de la Nature
UMA .....	Union du Maghreb Arabe
UMOA .....	Union monétaire ouest-africaine
UNESCO .....	<i>United Nations Educational, Scientific, and Cultural Organization</i> (Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture)
WAIPA.....	<i>World Association of Investment Promotion Agencies</i>
WWF .....	<i>World Wildlife Fund</i> (Fonds mondial pour la nature)

### **Abréviations et sigles divers**

AG .....	Assemblée Générale
AIÉ .....	Accords d'intégration économique
APB .....	Aide publique au développement
BEE .....	<i>Black Economic Empowerment</i>
CER .....	Communauté Économique Régionale
CERA .....	Communauté Économique Régionale Africaine
CJ .....	Cour de justice
COP (CP) .....	Conférence des Parties
CONF. ....	Conférence
ÉI.....	Étude ou Évaluation des impacts
ÉIE .....	Étude ou Évaluation des impacts environnementaux
ÉIDH .....	Étude ou Évaluation des impacts sur les droits de l'Homme
ÉIS .....	Étude ou Évaluation des impacts sociaux
ÉIES .....	Étude ou Évaluation des impacts environnementaux et sociaux
EMN.....	Entreprises multinationales

ER (PR) .....	Exigences de rendement (Prescriptions de résultat – <i>Performance requirement</i> )
FCFA ou Franc CFA .....	Franc de la communauté financière africaine (UEMOA) - Unité monétaire des États membres de la Banque centrale des États de l’Afrique de l’Ouest (BCEAO)
GE .....	Gouvernance ou gouvernement d’entreprise
IED .....	Investissement étranger direct
ITF .....	Investissement transfrontalier
IZF .....	Investir en zone franc
MIC .....	Mesures concernant les investissements et liées au commerce
NPF (MFN) .....	Nation la plus favorisée ( <i>Most favoured nation</i> )
ODD .....	Objectifs de développement durable
OI .....	Organisation internationale
OIA .....	Organisation internationale africaine
OMD .....	Objectifs du millénaire pour le développement
ONG .....	Organisation Non Gouvernementale
ORA .....	Organisation Régionale Africaine
PAS .....	Programmes d’ajustement structurel
PED .....	Pays en développement
PIB .....	Produit intérieur brut
PMA .....	Pays les moins avancés
PME .....	Petites et moyennes entreprises
PMI .....	Petites et moyennes industries
PPD .....	Politique de prévention des différends
RED .....	Règlement extra-juridictionnel des différends
RDIE.....	Règlement des différends investisseurs – État
RI.....	Relations internationales
TJE (FET).....	Traitement juste et équitable ( <i>Fair and equitable treatment</i> )
TN (NT).....	Traitement national ( <i>National treatment</i> )
TVA .....	Taxe sur la valeur ajoutée
US .....	<i>United States</i> (États-Unis)
USD.....	Dollar américain (monnaie des États-Unis d’Amérique)
ZLE .....	Zone de libre-échange

### **Autres abréviations**

% .....	Pour cent
& .....	Et
§ .....	Paragraphe
Aff. ....	Affaire
Al. ....	Alinéa
Art. ....	Article
Coll. ....	Collection
Conf. ....	Confère
Dir. ....	Sous la direction de
Doc. ....	Document
Éd. ....	Édition
Ex. ....	Exemple
N°. ....	Numéro
Rés. ....	Résolution



Spéc. .... Spécifiquement/Spécialement  
Univ. .... Université  
V. .... Voir  
Vol. .... Volume

---

---

# **INTRODUCTION**

---

---



---

« Si l'on admet que le développement durable implique, en grande partie, un défi d'investissement, il faudra que les accords internationaux qui régissent les investissements soient adaptés à cette réalité »<sup>1</sup>.

1. Cette assertion, émanant de l'Institut International de Développement Durable (IIDD)<sup>2</sup>, semble dorénavant être la maxime de plusieurs Organisations régionales africaines (ORA). Depuis une décennie, en effet, on voit émerger au sein des grands ensembles économiques régionaux africains de nouveaux modèles de traités d'investissement dont l'unique but est de promouvoir les investissements qui soutiennent le développement durable<sup>3</sup>. Une analyse littérale de l'objectif affirmé aboutirait certainement à conclure que les États de ces espaces régionaux ne chercheraient plus à attirer et protéger n'importe quel investissement, mais qu'ils veilleraient désormais à s'assurer de la qualité des investissements visés<sup>4</sup>.
2. Il s'agit bien là d'un changement notoire de paradigme concernant le régime juridique de l'investissement transnational, puisque celui-ci mettait jusqu'alors l'accent sur la protection des investisseurs et leurs investissements. Selon certains observateurs, l'approche adoptée par ces ORA serait l'aboutissement de longues réflexions sur les moyens de mieux prendre en compte les principes du développement durable dans les accords sur l'investissement. Ainsi, l'adoption de nouveaux types de traités régionaux d'investissement répondrait à la nécessité d'une alternative aux modèles traditionnels et, tout particulièrement, au besoin de veiller à ce que ceux-ci soient compatibles au développement durable.

---

<sup>1</sup> BERNASCONI-OSTERWALDER (N), COSBEY (A), JOHNSON (L) et VIS-DUNBAR (D), *Les traités d'investissement et leur importance pour le développement durable : questions et réponses*, Winnipéd, IIDD, 2012, p. 3

<sup>2</sup> L'Institut International de Développement Durable (IIDD) est une organisation non gouvernementale (ONG) qui, par ses travaux, rapports et autres publications, contribue à la prise en compte des questions relatives au développement durable dans les négociations internationales et dans la formulation des politiques nationales de plusieurs États. L'IIDD propose d'ailleurs un modèle d'Accord International sur l'Investissement (AII) qui contient de nombreuses suggestions novatrices sur la manière de négocier des AII plus compatibles aux exigences du développement durable. Nous y aurons recours dans le cadre de cette étude à titre illustratif.

<sup>3</sup> Voir notamment 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, art. 3 ; TBI modèle de la SADC, art. 1. [Nous y reviendrons plus tard].

<sup>4</sup> Voir à cet égard OCDE, *Investment for Sustainable Development*, OECD and Post-2015 Reflections Series, Element 11, paper 3, OECD, Paris, 2013, 12 p. (spéc. p. 1) ; CNUCED, *Promouvoir l'investissement étranger en faveur des objectifs de développement durable*, Genève, 2017, 13 p. ; CNUCED, *Investment policy framework for sustainable development*, New York, 2012, 67 p.

3. De toute évidence, ces approches régionales rendent compte de nouvelles dynamiques sur le continent, que certains s'empressent déjà de qualifier d'« africanisation du droit des investissements »<sup>5</sup>. Cette dynamique mériterait alors que l'on s'y intéresse de plus près, en consacrant une étude plus approfondie à des instruments dont l'arrière-plan idéologique semble pour le moins révolutionnaire. Ceci est d'autant plus vrai, lorsqu'on considère également les difficultés rencontrées dans l'appréhension de l'expression « développement durable » ; notion qui, semble-t-il, désoriente plus d'un juriste du fait de sa nature fuyante et intrinsèquement évolutive<sup>6</sup>. En effet, la question de la délimitation exacte et de l'applicabilité du développement durable a été, et reste encore, l'objet de nombreuses controverses dans les forums universitaires et institutionnels tant nationaux qu'internationaux<sup>7</sup>.
4. Fort de cet état de fait, il nous paraît judicieux de construire l'introduction générale de cette étude selon la trame suivante : on analysera, de prime abord, la notion de développement durable et le rôle fondamental que jouent les investissements dans cette perspective (§ 1). Nous nous intéresserons ensuite aux contradictions existant entre le régime juridique classique des investissements et le développement durable, ainsi que les réformes conventionnelles conciliatrices qui émergent au sein des organisations régionales africaines (§ 2). Enfin, nous exposerons l'intérêt du sujet, la problématique et le plan suivant lequel celui-ci sera développé (§ 3).

---

<sup>5</sup> Voir, MBENGUE (M.M.), SCHACHERER (S), « The 'Africanization' of International Investment Law: The Pan-African Investment Code and the Reform of the International Investment Regime », *Journal of World Investment & Trade*, juin 2017, n°18, pp. 414-448 ; SEATZU (F) and VARGIU (P), « Africanizing Bilateral Investment Treaties ('BITs') : Some Case Studies and Future Prospects of a Pro-Active African Approach to International Investment », *Connecticut Journal of International Law*, 2015, Vol. 30, Issue 2, pp. 143-168.

<sup>6</sup> BARRAL (V), *Le développement durable en droit international : essai sur les incidences juridique d'une norme évolutive*, Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 23

<sup>7</sup> Voir à ce sujet, GEHRING (M), NEWCOMBE (A), « An introduction to Sustainable Development in World Investment Law », in CORDONIER SEGGER (M-C), NEWCOMBE (A) et GEHRING (M), *Sustainable Development in World Investment Law*, Kluwer law international BV, The Netherland, 2011, p. 7

## § 1 - DÉVELOPPEMENT DURABLE ET INVESTISSEMENT : UN TANDEM CONVERGENT

5. L'analyse proposée ici s'articulera autour de l'appréhension de la notion de développement durable (A), suivi du rôle prépondérant que jouent les investissements dans la perspective du développement durable (B).

### A. LE DÉVELOPPEMENT DURABLE : UN CONCEPT ET UN OBJECTIF

6. De manière générale, l'expression « développement durable », tirée du vocable anglo-saxon *Sustainable development*<sup>8</sup>, est appréhendée à la fois comme un concept et un objectif. En tant que concept, il fut l'objet d'une littérature abondante reflétant autant de courants idéologiques. Il nous semblera toutefois plus utile de nous en tenir, comme point de départ à l'analyse, au sens retenu par le traité modèle de la SADC ; l'un des seuls instruments régionaux africains sur l'investissement qui prend soin d'aborder la question. Celui-ci précise en effet que le développement durable exige la réalisation des piliers économiques, sociaux et environnementaux qui sont inclus dans le concept : « *Understanding that sustainable development requires the fulfilment of the **economic, social and environmental pillars that are embedded within the concept*** »<sup>9</sup>.
7. Le développement durable traduirait alors un développement économique respectueux de l'environnement et soucieux des intérêts sociaux. Dans ce sens, il ne serait pas exagéré d'affirmer que le traité modèle de la SADC épouse la conception du développement durable développée dans la plupart des textes internationaux ; lesquels prônent, eux aussi, un processus de développement qui concilie l'économique, l'environnemental et le social. On

---

<sup>8</sup> Selon Michel CHANSOU, « le terme *sustainable development* peut être rapproché de l'expression *sustained yield* employée dans le vocabulaire de la foresterie. *Sustained yield* (littéralement rendement soutenu) désigne la quantité de bois périodiquement coupée qui permet à terme de conserver le potentiel des ressources de la forêt. Une telle méthode vise à maintenir dans la durée un équilibre entre l'exploitation d'une coupe et les possibilités de reconstitution naturelle de la forêt ». L'expression, traduite en français par « développement soutenable ». Cette traduction fut toutefois jugée trop littérale et peu élégante. Selon l'auteur, « l'emploi en français de l'expression développement soutenable soulève quelques difficultés. On remarquera qu'en anglais le sens pris par *sustained* et par *sustainable* dans le vocabulaire de l'environnement se rattache par une relation logique au sens général du verbe *to sustain* (et également au sens général du verbe soutenir en français : soutenir, dans Le Grand Robert, au sens premier, c'est « maintenir dans une position de stabilité, d'équilibre »). Mais il se trouve qu'en français l'adjectif soutenable, employé le plus souvent avec une négation et ainsi associé à insoutenable, a un sens très particulier, bien installé dans l'usage. Dans ces conditions, le transfert sémantique réalisé en anglais est difficilement transposable en français. L'expression développement soutenable n'est pas motivée et elle n'est pas transparente pour un locuteur francophone. Le terme développement durable correspond moins bien au concept et ne suggère pas l'aspect dynamique d'un développement « soutenable » qui repose sur une action volontaire des hommes. Développement durable a une valeur passive, mais le terme met en évidence un aspect essentiel du concept, l'idée de durée, de pérennité des ressources. ». In CHANSOU (M), « Développement durable, un nouveau terme clé dans les discours politiques », *Mots*, juin 1994, n°39, p. 100-101

<sup>9</sup> TBI modèle de la SADC, préambule § 4 [caractères gras ajoutés].

rappellera à cet égard que l'articulation conceptuelle du développement durable dans le domaine du droit international est un phénomène récent, même si l'introduction de la notion semble remonter aux lois forestières du XVIII<sup>ème</sup> siècle en Europe centrale<sup>10</sup>.

8. Sous sa forme actuelle, le développement durable doit ses principes environnementaux sous-jacents à la Conférence des Nations Unies sur l'environnement humain qui s'est tenue à Stockholm en 1972<sup>11</sup>. Bien que la question du développement durable n'ait pas été spécifiquement abordée, on relèvera tout de même quelques références voisines au concept, notamment dans le deuxième paragraphe du préambule de la Déclaration issue de cette Conférence : « la protection et l'amélioration de l'environnement est une question majeure qui affecte le bien-être des peuples et le développement économique dans le monde entier ; elle correspond au vœu ardent des peuples du monde entier, et constitue un devoir pour tous les gouvernements ». Les aspects environnementaux du concept ont également vu leurs manifestations expresses au début des années 80, avec le rapport de l'Union Internationale pour la Conservation de la Nature<sup>12</sup> et la Charte mondiale de la nature de 1982<sup>13</sup>.
9. Ce n'est en réalité qu'en 1987 que le concept a véritablement pris corps, avec le rapport de la Commission mondiale de l'environnement et du développement (CMED) intitulée « Notre avenir à tous »<sup>14</sup>. Également connu sous le nom de rapport Brundtland, le document définit le développement durable comme « un développement qui répond aux besoins du présent sans compromettre les capacités des générations futures à répondre à leurs propres besoins »<sup>15</sup>. Une telle définition, bien qu'admise comme étant la plus officielle<sup>16</sup>, restait tout

---

<sup>10</sup> Voir., GEHRING (M), NEWCOMBE (A), « An introduction to Sustainable Development in World Investment Law », in CORDONIER SEGGER (M-C), NEWCOMBE (A) et GEHRING (M), *Sustainable Development in World Investment Law*, Kluwer law international BV, The Netherland, 2011, p. 6

<sup>11</sup> Voir., ONU, doc. A/CONF.14/48/Rev.1, *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement humain*, Stockholm, 5-16 juin 1972.

<sup>12</sup> UICN, PNUE, WWF, *Stratégie mondiale de la conservation : La conservation des ressources vivantes au service du développement durable*, Gland (Suisse), 1980, 64 p.

<sup>13</sup> ONU, AG/RES/37/7, Charte mondiale de la nature, 28 octobre 1982 ; voir aussi « Charte mondiale de la nature », in *Revue Juridique de l'Environnement*, n°2, 1983. pp. 170-173.

<sup>14</sup> CMED, *Notre avenir à tous*, éd. du Fleuve, Montréal, 1987, 432 p.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 51

<sup>16</sup> La définition est ainsi qualifiée en raison du caractère universel du cadre au sein duquel elle fut adoptée (CMED), mais aussi à cause de son empreinte dans les relations internationales ; lorsqu'on considère notamment le recours constant et abondant qui y est fait dans les négociations et les instruments internationaux. En ce qui concerne le continent africain, on se souvient par exemple de la Conférence de l'OUA sur l'environnement et le développement durable de Bamako (Mali) du 23 au 30 janvier 1991. Cette conférence donna lieu à l'adoption de l'Engagement de Bamako sur l'environnement et le développement durable qui interdit l'importation en Afrique, ainsi que le déversement ou l'incinération de déchets dangereux dans les océans et les eaux intérieures. Le texte établit aussi le principe de précaution et prévoit une gestion rationnelle de ces déchets à l'intérieur du continent. Pour une étude plus générale sur la place du développement durable dans

de même assez évasive pour bon nombre de juristes, qui se posaient de plus en plus la question du statut juridique du développement durable.

10. D'abord considéré comme un concept économique, le développement durable est devenu par la suite un concept à géométrie variable des sciences sociales, toute chose qui rend difficile sa consécration juridique<sup>17</sup>. L'une des solutions retenues à cet égard fut d'appréhender le développement durable comme une branche du droit international, comme l'exposent les travaux de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement de Rio de Janeiro en juin 1992<sup>18</sup>. L'approche adoptée dans le cadre onusien n'a toutefois pas réussi à lever les équivoques qui entourent l'analyse du sens et des incidences juridiques du développement durable, au point où Chantal CANS estime que « la réalité juridique de la notion de développement durable ne paraît pas proportionnelle à son importance croissante dans le vocabulaire juridique et politique »<sup>19</sup>.
11. Abordant la question sous l'angle spécifique du lien unissant le développement durable au domaine du droit de l'environnement, Maurice KAMTO fera toutefois observer ceci : « le droit de l'environnement est un terrain idéal pour l'innovation juridique. Sa fertilité le prédispose à un foisonnement conceptuel d'autant plus riche que les sciences de la nature lui apportent régulièrement des données nouvelles. Seulement, ce foisonnement d'idées et de notions en vient quelque fois à dérouter le juriste, car les notions nouvelles suggérées à partir de considérations environnementales ne sont pas toujours faciles à appréhender sur le terrain juridique. C'est le cas en particulier du concept de développement durable qui est au cœur de la problématique environnement et développement aujourd'hui. La science du droit se

---

les relations internationales, voir notamment FOUGIER (E), « Relations internationales et développement durable », *Politique étrangère*, 1999, n°4, pp. 931-940 ; ANCTIL (F), DIAZ (L), *Développement durable : Enjeux et trajectoires*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2016, 160 p. ; GUILHAUDIS (J-F), *Relations internationales contemporaines*, Paris, LexisNexis, 2017, p. 905-908

<sup>17</sup> OUMBA (P), « Le "développement durable" saisi par le droit international », publié le 24 mai 2016, [en ligne], [consulté le 30 juillet 2018], p. 1.

<sup>18</sup> On en veut pour preuve le principe 27 de la Déclaration de Rio qui stipule clairement que « les États et les peuples doivent coopérer [...] au développement du droit international dans le domaine du développement durable ». La Conférence de Rio a marqué une étape significative dans l'établissement de nouvelles priorités en matière de protection de l'environnement, de promotion du développement social et économique en tant que principes fondamentaux du développement durable. Également appelée « Sommet de la terre », du fait qu'elle a réuni un très grand nombre de chefs d'État (170), la CNUED a donné lieu à l'adoption de trois textes non contraignants que sont la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, l'Action 21 (ou Agenda 21 en anglais) et une Déclaration sur les forêts. Voir., ONU, doc. A/CONF.151/26/Rev.1 (Vol. I), *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement*, Rio de Janeiro, 3-14 juin 1992.

<sup>19</sup> CANS (C), « Le développement durable en droit interne, apparence du droit et droit des apparences », *AJDA*, n° 5, 2003, p. 210



doit de construire ce concept sur le plan juridique en lui donnant un contenu technique, c'est-à-dire une signification juridique précise »<sup>20</sup>.

12. En l'absence d'une définition juridique universellement admise, le concept sera en fin de compte appréhendé à partir des principes destinés à guider sa mise en œuvre. Il s'agissait en quelque sorte « [...] d'éluder la question de la signification juridique du développement durable lui-même pour se concentrer sur la définition et l'évaluation des principes qui s'agrègent autour de cette "matrice conceptuelle" »<sup>21</sup>. En effet, après une décennie de recherches, le comité des aspects juridiques du développement durable de l'Association de droit international rédigera, en 2002, la Déclaration de New Delhi sur les principes du droit international relatifs au développement durable<sup>22</sup>. Cette Déclaration identifie précisément sept principes<sup>23</sup>, dont un retiendra particulièrement notre attention à ce stade-ci. Il s'agit en l'occurrence du principe de l'intégration, perçut comme celui qui « reflète l'interdépendance des aspects sociaux, économiques, financiers, environnementaux et touchant les droits de l'homme des principes et règles du droit international relatifs au développement durable ainsi que l'interdépendance des besoins des générations actuelles et futures »<sup>24</sup>.

13. Deux observations méritent d'être faites à cet effet. La première est que le principe souligne l'interdépendance des dimensions économique, sociale et environnementale du développement durable. Par conséquent, le développement durable intègre les différentes branches du droit international concernées que sont le droit international économique, le droit international de l'environnement et le droit social international<sup>25</sup>. L'importance de l'intégration de ces trois piliers du développement durable a d'ailleurs été réaffirmée dans la

---

<sup>20</sup> KAMTO (M.), *Droit de l'environnement en Afrique*, Paris, Edicef, 1996, p. 54. *Op. cit.*, in OUMBA (P), « Le "développement durable" saisi par le droit international », 2016, [en ligne], [consulté le 30 juillet 2018], p. 1.

<sup>21</sup> BARRAL (V), *Le développement durable en droit international : essai sur les incidences juridique d'une norme évolutive*, Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 23-24

<sup>22</sup> La Déclaration de New Delhi sur les principes de droit international relatifs au développement durable à vu le jour à l'occasion de la 70<sup>ème</sup> conférence de l'Association de Droit International (ADI) tenue à New Delhi, en Inde, du 2 au 6 avril 2002 (Résolution n° 3/2002).

<sup>23</sup> Ces principes apparaissent principalement dans des instruments dits de *soft law* tels que la DIDH (1949), la Déclaration de Stockholm (1972) ; l'Agenda 21 et la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement (1992) ; la Déclaration de Copenhague sur le développement social (1995) ; la Déclaration de New Delhi sur les principes de droit international relatifs au développement durable (2002) ; la Déclaration de Johannesburg sur le développement durable (2002).

<sup>24</sup> Principe 7. 1 de la Déclaration de New Delhi sur les principes de droit international relatifs au développement durable. Les origines du principe d'intégration remontent à la Déclaration de Stockholm (*Cf.*, principe 4 et 13).

<sup>25</sup> SEGGER, M.-C., KHALFAN, A., *Sustainable Development Law, Principles, Practices, & Prospects*, Oxford University Press, U.K., 2004, p. 103

Déclaration finale du Sommet mondial pour le développement durable de Johannesburg en ces termes : « les différents piliers du développement durable : développement économique, développement social et protection de l'environnement, sont interdépendants et se renforcent mutuellement »<sup>26</sup>.

14. La seconde observation est que le principe d'intégration souligne l'interdépendance des besoins des générations actuelles et futures. Cet énoncé, qui fait certainement écho au consensus déjà présent dans les Déclarations de Stockholm<sup>27</sup> et de Rio<sup>28</sup>, revêt un double aspect. D'abord l'aspect « intragénérationnel », consistant en une juste répartition des ressources entre les êtres humains de la génération présente, tant au niveau national qu'international. Ce faisant, « il implique à terme une adaptation des méthodes, sinon, en bien des cas, de l'idéologie sous-jacente à la gestion rationnelle d'un État moderne, respectant en particulier l'expression des préoccupations et des choix des populations concernées par les politiques économiques et environnementales de chaque État et l'utilisation équitable des ressources naturelles partagées, qui retrouve ici une signification encore élargie »<sup>29</sup>. Vient ensuite, l'aspect « intergénérationnel », qui est pour sa part lié à la notion de responsabilité envers les générations futures<sup>30</sup>. Il pose le principe selon lequel « les

---

26 Déclaration de Johannesburg, § 5, in ONU, doc., A/CONF.199/20, *Rapport du Sommet mondial pour le développement durable*, Johannesburg, 26 août - 4 septembre 2002, op. cit., p. 1. Tenue quelques mois après la Déclaration de New Delhi, la Conférence de Johannesburg visait à redynamiser l'engagement mondial en faveur du développement durable. Elle a par ailleurs donné lieu au plan d'action, qui fait passer le développement durable de la protection de l'environnement à une protection intégrée de l'environnement et de la société. Il faut également rappeler qu'avant Johannesburg, la Déclaration de Rio insistait déjà, en son principe 4, sur la nécessité d'une vision intégrée des exigences de protection environnementale et de développement économique : « Pour parvenir à un développement durable, la protection de l'environnement doit constituer une partie intégrante du processus de développement et ne peut être considérée isolément ».

27 La Déclaration de Stockholm affirmait déjà au sixième paragraphe de son préambule que la défense et l'amélioration de l'environnement pour les générations présentes et à venir devaient être un objectif primordial de l'humanité. L'énoncé est encore réaffirmé dans le principe 1 de la Déclaration en ces termes : « L'Homme a le droit fondamental à la liberté, à l'égalité et à des conditions de vie satisfaisantes, dans un environnement dont la qualité lui permette de vivre dans la dignité et le bien-être. Il a le devoir solennel de protéger et d'améliorer l'environnement pour les générations présentes et futures [...] ».

28 Selon le principe 3 de la Déclaration de Rio : « le droit au développement doit être réalisé de façon à satisfaire équitablement les besoins relatifs au développement et à l'environnement des générations présentes et futures ».

29 OUMBA (P), « Le "développement durable" saisi par le droit international », publié le 26 mai 2016, [en ligne], [consulté le 30 juillet 2018], p. 5

30 La notion de responsabilité intergénérationnelle figurait déjà aux premières lignes du préambule de la Charte des Nations Unies : « Nous, peuples des Nations Unies, résolu, à **préserver les générations futures** du fléau de la guerre qui deux fois en l'espace d'une vie humaine a infligé à l'humanité d'indicibles souffrances, à proclamer à nouveau notre foi dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine, dans l'égalité de droits des hommes et des femmes, ainsi que des nations, grandes et petites, à créer les conditions nécessaires au maintien de la justice et du respect des obligations nées des traités et autres sources du droit international, à favoriser le progrès social et instaurer de meilleures conditions de vie dans une liberté plus grande [...] ». [Caractères gras ajoutés].

générations futures ne doivent pas pâtir des efforts de développement des générations actuelles et doivent bénéficier des mêmes conditions, notamment d'un accès équivalant aux ressources naturelles, pour pouvoir se développer »<sup>31</sup>. En clair, le principe d'intégration repose ici sur l'idée que les générations présentes et celles à venir ont des droits qu'il convient de protéger. Pour toutes ces raisons, l'intégration résumerait à elle seule « toute la philosophie à la base du concept de développement durable »<sup>32</sup>; elle incarnerait l'essence même du concept de développement durable<sup>33</sup>.

15. Partant du concept, le développement durable se présente aussi comme un objectif, partagé et poursuivi par la plupart des États. Il a, sous une forme ou sous une autre, été inscrit en tant qu'objectif explicite dans plus d'une cinquantaine de traités internationaux contraignants et fait l'objet de nombreuses déclarations et normes non contraignantes<sup>34</sup>. Qui plus est, le développement durable est au cœur du mandat de nombreuses organisations internationales<sup>35</sup>, constituant de ce fait un enjeu universel majeur. L'illustration la plus éloquente est l'adoption des Objectifs de développement durable (ODD) lors de la Conférence des Nations Unies sur le développement durable (CNUDD) de juin 2012 à Rio de Janeiro (Rio+20)<sup>36</sup>. À cet effet, 17 objectifs ont été élaborés en vue de relever les défis urgents auxquels la planète est confrontée sur le plan environnemental, social et économique.

---

<sup>31</sup> FOUGIER (E), « Relations internationales et développement durable », *Politique étrangère*, 1999, n°4, p. 932

<sup>32</sup> MALJEAN (S) et MEHDI (R), « Environnement et développement. Les Nations Unies à la recherche d'un nouveau paradigme », in MALJEAN (S) et MEHDI (R) (éd.), *Les Nations Unies et la protection de l'environnement : La promotion d'un développement durable*, 7<sup>ème</sup> rencontre internationale d'Aix-en-Provence, Paris, Pedone, 2000, pp. 9-68 (spéc. p. 24). Cité in BARRAL (V), *Le développement durable en droit international : essai sur les incidences juridique d'une norme évolutive*, Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 76

<sup>33</sup> BARRAL (V), Op cit., p. 76 ; lire également GUILHAUDIS (J-F), *Relations internationales contemporaines*, Paris, LexisNexis, 2017, p. 930-932

<sup>34</sup> CORDONIER SEGGER (M-C), KHALFAN (A), *Sustainable Development Law : Principles, Practices & Prospects*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 32-36, cité par GEHRING (M), NEWCOMBE (A), « An introduction to Sustainable Development in World Investment Law », in CORDONIER SEGGER (M-C), NEWCOMBE (A) et GEHRING (M), *Sustainable Development in World Investment Law*, Kluwer law international BV, The Netherlands, 2011, p. 5

<sup>35</sup> L'objectif de développement durable a été notamment mentionné au premier paragraphe du préambule de l'Accord de Marrakech, instituant l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC), en ces termes : « Reconnaissant que leurs rapports dans le domaine commercial et économique devraient être orientés vers le relèvement des niveaux de vie, la réalisation du plein-emploi et d'un niveau élevé et toujours croissant du revenu réel et de la demande effective, et l'accroissement de la production et du commerce de marchandises et de services, tout en permettant l'utilisation optimale des ressources mondiales **conformément à l'objectif de développement durable**, en vue à la fois de protéger et préserver l'environnement et de renforcer les moyens d'y parvenir d'une manière qui soit compatible avec leurs besoins et soucis respectifs à différents niveaux de développement économique » [caractères gras ajoutés].

<sup>36</sup> ONU, doc. A/CONF.216/L.1., *L'avenir que nous voulons*, Rio de Janeiro, Rio+20, Conférence des Nations Unies sur le développement durable, Brésil, 20-22 juin 2012. Document approuvé par consensus par l'Assemblée Générale des Nations Unies dans la résolution A/RES/66/288 du 27 juillet 2012.

16. La CNUDD précisera d'ailleurs qu'il s'agit d'objectifs « intégrés et indissociables, ils concilient les trois dimensions du développement durable : économique, sociale et environnementale »<sup>37</sup>. Il faut aussi rappeler que les ODD s'inscrivent dans le prolongement des Objectifs du Millénaire pour le développement (OMD)<sup>38</sup> et visent à réaliser ce que ceux-ci n'ont pas permis de faire, tout en y intégrant de nouvelles préoccupations telles que les changements climatiques, la paix et la justice, entre autres priorités<sup>39</sup>. Néanmoins, la mise en œuvre du développement durable nécessite un apport conséquent de ressources financières, en particulier les investissements étrangers directs (IED).

---

<sup>37</sup> ONU, *Objectifs de développement durable* [en ligne], [consulté le 30 août 2018].

<sup>38</sup> Les « OMD » témoignent de la volonté des dirigeants du monde entier d'élaborer un projet ambitieux destiné à combattre la pauvreté sous toutes ses formes. Ils procèdent du Sommet des Nations Unies sur les objectifs du millénaire pour le développement, tenu du 6 au 8 septembre 2000 à New York. Ledit Sommet, considéré comme le plus grand rassemblement de chefs d'État et de gouvernement de l'histoire (189 États membres), a abouti à l'adoption de la Déclaration du Millénaire dans laquelle ont été énoncés les huit objectifs ci-après cités : 1) éliminer l'extrême pauvreté et la faim, 2) assurer l'éducation primaire pour tous, 3) promouvoir l'égalité des sexes et l'autonomisation des femmes, 4) réduire la mortalité infantile, 5) améliorer la santé maternelle, 6) combattre le VIH/SIDA, le paludisme et d'autres maladies, 7) préserver l'environnement, 8) mettre en place un partenariat mondial pour le développement. Voir., ONU, doc. A/RES/55/2, *Déclaration du millénaire*, 8 septembre 2000 ; ONU, *Éliminer la pauvreté, c'est possible : Objectifs du millénaire pour le développement et l'après 2015* [en ligne], [consulté le 31 juillet 2018] ; ONU, *Objectifs du Millénaire pour le développement*, Rapport 2015, New York, 2015, 72 p.

<sup>39</sup> Il s'agit bien là d'objectifs transversaux qui concourent à l'atteinte d'un seul objectif qui est celui du développement durable.

## B. L'IMPORTANCE DES INVESTISSEMENTS DANS LA PERSPECTIVE DU DÉVELOPPEMENT DURABLE

17. Pour bon nombre d'observateurs, « le développement durable nécessite des changements économiques structurels, et ceux-ci ne peuvent se produire que par des investissements en de nouvelles formes de production d'énergie, de transport, de fabrication et d'extraction de ressources naturelles »<sup>40</sup>. Dans le même sens, la CNUCED soutient que « le secteur public ne peut à lui seul combler ce déficit, particulièrement dans les pays à faible revenu, et il faudrait mobiliser des investissements privés, notamment des IED, pour les diriger vers les projets liés aux ODD dans des domaines tels que la production d'énergie et la fourniture d'électricité, les infrastructures, l'approvisionnement en eau et l'assainissement, ainsi que la sécurité alimentaire, l'atténuation des changements climatiques et l'adaptation aux effets de ces changements, la santé et l'éducation »<sup>41</sup>.
18. Sur cette base, on peut déduire que la promotion du développement durable reviendrait, en dernière analyse, à la promotion des investissements susceptibles de le financer<sup>42</sup>. Cet état de fait a été mis en lumière et soutenu par plusieurs textes internationaux tels que le Plan d'Action mondial (Agenda 21) de la CNUCED de Rio<sup>43</sup>. Le Consensus de Monterrey, issue de la première Conférence internationale sur le financement du développement, a également reconnu l'importance des IED dans le soutien au développement<sup>44</sup>. Celui-ci énonce expressément dans son rapport final que « les flux internationaux de capitaux privés, en particulier les investissements étrangers directs, ainsi que la capacité financière

---

<sup>40</sup> BERNASCONI-OSTERWALDER (N), COSBEY (A), JOHNSON (L) et VIS-DUNBAR (D), *Les traités d'investissement et leur importance pour le développement durable : questions et réponses*, IIDD, Winnipeg, 2012, p. 2

<sup>41</sup> CNUCED, *Promouvoir l'investissement étranger en faveur des objectifs de développement durable*, Genève, Note du secrétariat de la CNUCED, 2017, p. 2, citant CNUCED, *World Investment Report : Investing in the Sustainable Development Goals - An Action Plan*, New York et Genève, 2014, 228 p.

<sup>42</sup> D'après les estimations de la CNUCED, « le montant des investissements publics et privés engagés dans les pays en développement en faveur des ODD sont aujourd'hui de l'ordre de 1 400 milliards de dollars par an ; or, pour que ces objectifs soient atteints d'ici à 2030, il faudrait réaliser chaque année des investissements d'un montant d'environ 3 900 milliards de dollars. Le déficit annuel de financement est donc de 2 500 milliards de dollars. ». In CNUCED, *Promouvoir l'investissement étranger en faveur des objectifs de développement durable*, Genève, 2017, p. 2

<sup>43</sup> Voir, ONU, *Agenda 21: Program of Action for Sustainable Development*, Report of the UNCED, vol. U.N. GAOR, 46<sup>th</sup> Sess., Agenda Item, UN Doc /A/Conf.151/6/Rev.1 (1992), 31 I.L.M.874, § 2 et 23.

<sup>44</sup> ONU, doc A/CONF.198/11, *Rapport de la Conférence internationale sur le financement du développement, Monterrey* (Mexique), 18 - 22 mars 2002, chap. I, résolution 1, annexe, § 20.

internationale, sont des compléments essentiels aux efforts nationaux et internationaux de développement. »<sup>45</sup>.

19. Par ailleurs, le Plan de mise en œuvre de Johannesburg a fait de l'instauration d'un environnement propice à l'investissement l'un des fondements du développement durable<sup>46</sup>. Le rôle crucial des investissements a aussi été réaffirmé dans le document final de la Conférence de Doha sur le financement du développement (29 novembre-2 décembre 2008)<sup>47</sup> et dans le rapport du Comité intergouvernemental d'experts sur le financement du développement durable (ICESDF)<sup>48</sup>, en préparation de la troisième Conférence internationale sur le financement du développement, tenue à Addis-Abeba en juillet 2015<sup>49</sup>. Plus récemment, à l'occasion de la COP 21<sup>50</sup>, l'on s'interrogeait ici encore « sur la capacité de financement des pays en voie de développement qui essaient de concilier leur développement économique et social avec la protection de l'environnement et sur leur capacité à respecter les engagements internationaux sur l'environnement et le développement durable dans ses diverses acceptions [économique, sociale et écologique]. »<sup>51</sup>.

---

<sup>45</sup> *Ibid.*, § 21.

<sup>46</sup> Le Plan de mise en œuvre fut adopté à l'issue du Sommet de Johannesburg. Voir., ONU, doc., A/CONF.199/20, *Rapport du Sommet mondial pour le développement durable*, Johannesburg, 26 août - 4 septembre 2002.

<sup>47</sup> ONU, A/CONF.212/L.1/Rev.1\*\*, *Déclaration de Doha sur le financement du développement : document final de la Conférence internationale de suivi sur le financement du développement, chargée d'examiner la mise en œuvre du Consensus de Monterrey*, 14 janvier 2009.

<sup>48</sup> Voir., ONU, *Rapport du Comité intergouvernemental d'experts sur le financement du développement durable*, New York, 2015, 56 p.

<sup>49</sup> ONU, doc A/RES/69/313, *Programme d'action d'Addis-Abeba issu de la troisième Conférence internationale sur le financement du développement (Programme d'action d'Addis-Abeba)*, Résolution adoptée par l'Assemblée générale le 27 juillet 2015, 43 p.

<sup>50</sup> La « COP 21 » désigne la 21<sup>ème</sup> Conférence des parties à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques qui s'est tenue à Paris du 30 novembre au 11 décembre 2015. À cet effet, 195 États se sont réunis en vue d'aboutir à un Accord universel sur le climat, dont le principal objectif est de maintenir une hausse de la température mondiale bien en dessous de 2° Celsius et d'explorer les possibilités d'accroître le niveau d'émission en limitant la hausse de la température à 1,5° C en dessous des niveaux préindustriels. L'Accord dit « de Paris » contre le réchauffement climatique sera finalement signé le 22 avril 2016 à l'ONU par 175 pays. L'Accord reconnaît l'impact du changement climatique actuel, en particulier sur les PED (constitués en grande partie de pays africains), et vise à renforcer les capacités pour y faire face. Voir., BASTIDON (C), GBAGUIDI (O), GHOUFRANE (A) et SILEM (A) (dir.), *Commerce, investissement et développement durable en Afrique*, Paris, l'Harmattan, 2017, p. 9-10

<sup>51</sup> *Ibid.*

## § 2- DÉVELOPPEMENT DURABLE ET DROIT DES INVESTISSEMENTS : ENTRE CONTRADICTIONS ET RÉFORMES CONCILIATRICES DES ORGANISATIONS RÉGIONALES AFRICAINES

20. Il nous paraîtra utile d'explorer les réformes conventionnelles entreprises par les ORA en faveur du développement durable (B), après avoir exposé les contradictions intrinsèques aux relations « droit des investissements » et « développement durable » (A).

### A. LES CONTRADICTIONS DU COUPLE DÉVELOPPEMENT DURABLE ET DROIT DES INVESTISSEMENTS

21. L'observation attentive de la pratique (conventionnelle, puis jurisprudentielle) en matière d'investissement a fait dire à plus d'un que « l'appréhension du couple droit des investissements internationaux - développement durable se décline sous l'angle de la contradiction »<sup>52</sup>. En effet, bien qu'il existe un consensus sur l'importance des IED en tant que vecteur du développement durable, les seuls instruments internationaux normatifs qui leur sont spécifiquement dédiés [les traités d'investissement] font généralement peu cas de cet objectif<sup>53</sup>. En l'absence d'un cadre juridique universel, les investissements transnationaux continuent d'être régis par un vaste réseau fragmenté et hétérogène d'accords internationaux sur l'investissement (AII)<sup>54</sup>, conçus avec le seul objectif d'accroître les flux de capitaux extérieurs par une protection élevée des investisseurs et leurs investissements.

22. Comme l'expose Andrew NEWCOMBE, « très peu de ces accords font référence au développement durable, à la promotion d'objectifs sociaux ou à l'amélioration des [...] conditions sociales et environnementales »<sup>55</sup>. Cet état de fait amènera d'ailleurs Sabrina CUENDET à relever « une déconnexion totale entre l'objectif des investissements étrangers – ce pour quoi les États sont incités à les encourager – et les instruments mis en place pour les promouvoir »<sup>56</sup>. Se penchant sur le cas particulier des pays en développement (PED) et

---

<sup>52</sup> CUENDET (S), « Accords d'investissement et développement durable : comment concilier la protection des investissements étrangers avec la promotion du développement durable ? », *La note de ConventionS - Réguler la mondialisation*, 2014, n°14, p. 1

<sup>53</sup> L'analyse est également empruntée à Sabrina CUENDET in CUENDET (S), *op. cit.*, p. 1. Il convient de préciser que les traités d'investissement diffèrent des « conventions d'investissement ou d'établissement ». Alors que les premières lient deux ou plusieurs États, les secondes sont conclues entre les États et les investisseurs.

<sup>54</sup> Le système des AII est actuellement constitué de traités bilatéraux, régionaux, multilatéraux sur l'investissement, de conventions visant à éviter la double imposition (CDI) et d'autres accords économiques prévoyant des dispositions relatives à l'investissement, tels que les accords de libre-échange (ALE).

<sup>55</sup> NEWCOMBE (A), « Sustainable Development and Investment Treaty Law », *The Journal of World Investment & Trade*, 2007, n°8, p. 357 [traduction de l'impétrant].

<sup>56</sup> CUENDET (S), *Op. cit.*, p. 1

des pays les moins avancés (PMA), Mahnaz MALIK affirmera que si la conclusion de traités internationaux sur l'investissement (TII) était, pour ces derniers, motivée par la recherche d'un accroissement des flux d'investissements qui conduirait à leur développement durable, ce lien a rarement été explicitement exprimé dans les TII qui sont devenus le principal moyen de régir les flux mondiaux d'IED<sup>57</sup>.

23. Ce constat fut particulièrement vrai dans le contexte africain, lorsqu'on considère la première génération de traités d'investissement conclu au sein des organisations régionales africaines. Les textes régionaux les plus importants à cet égard sont notamment le Protocole sur l'énergie de la Communauté économique des États d'Afrique de l'Ouest (CEDEAO)<sup>58</sup>, le Protocole sur la finance et l'investissement de la Communauté de Développement de l'Afrique Australe (SADC)<sup>59</sup>, l'Accord relatif à la zone commune d'investissement de l'Afrique de l'Est et de l'Afrique Australe (COMESA)<sup>60</sup>, le Code type d'investissement de la Communauté de l'Afrique de l'Est (CAE)<sup>61</sup>, l'Accord d'investissement de l'Union du Maghreb Arabe (UMA)<sup>62</sup> et la Convention commune sur les investissements dans les États de l'union douanière et économique de l'Afrique centrale (CEUCA)<sup>63</sup>. Généralement orientée vers la protection des investissements étrangers entre leurs membres, la première génération de traités régionaux ne faisait que faiblement, ou aucunement, cas des questions relatives au développement durable<sup>64</sup>.

---

<sup>57</sup> MALIK (M), « The IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Development », in CORDONIER SEGGER (M-C), NEWCOMBE (A) et GEHRING (M), *Sustainable Development in World Investment Law*, Kluwer law international BV, The Netherland, 2011, p. 565 et 568

<sup>58</sup> Le 31 janvier 2003, les États membres de la CEDEAO ont adopté le Protocole A/P4/1/03 sur l'énergie de la CEDEAO, délibérément inspiré par le Traité sur la Charte de l'Énergie (TCE). Ledit Protocol n'est toutefois pas encore entré en vigueur.

<sup>59</sup> Le Protocole sur la finance et l'investissement (PFI) de la SADC fut signé en le 18 août 2006 et entra en vigueur en le 16 avril 2010 après avoir été ratifié par les deux tiers de ses États membres. C'est un document exhaustif qui regroupe tous les aspects habituellement couverts par les TBI, ainsi que les questions supplémentaires qui y sont annexées. Le PFI, plus précisément l'annexe 1 relatif à la coopération en matière d'investissement, est amendé en août 2016.

<sup>60</sup> L'Accord relatif à la zone commune d'investissement du COMESA a été adopté le 23 mai 2007 mais n'est pas encore entré en vigueur.

<sup>61</sup> Le Code modèle d'investissement de la CAE a été rédigé en 2002, puis adopté en 2006.

<sup>62</sup> L'Accord relatif à la protection et à la promotion des investissements l'Union du Maghreb Arabe (UMA) est adopté le 23 juillet 1990, sans toutefois être entré en vigueur.

<sup>63</sup> La Convention commune sur les investissements dans les États de l'union douanière et économique de l'Afrique centrale (CEUCA) a été adoptée le 14 décembre 1965 et est rentrée en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 1966.

<sup>64</sup> Les quelques rares exemples disponibles sont notamment ceux de l'Accord sur la zone commune d'investissement du COMESA et du Protocole sur l'énergie de la CEDEAO. En effet, l'Accord COMESA se réfère à la réalisation du développement durable au septième paragraphe de son préambule en ces termes : « *Bearing in mind that the measures agreed upon shall contribute towards the realisation of the Common Market and the achievement of sustainable development in the region.* » [Caractères gras ajoutés]. Mais il



24. Le quasi-silence de la plupart de ces instruments vis-à-vis des principes du développement durable est d'autant plus surprenant quand on sait que l'Afrique est l'un des continents les plus vulnérables aux crises sociales et aux conséquences du changement climatique. Pour voir un peu plus clair dans ce qui paraît être un véritable *imbroglio*, il faudrait se souvenir que les premiers traités régionaux n'étaient, en réalité, qu'une réplique des traités bilatéraux conclus par la majorité des gouvernants africains de l'ère postcoloniale. Ces traités régionaux étaient pour ainsi dire une sorte de "consécration régionale" des modèles de traités bilatéraux qui ont, eux-mêmes, émergés dans un contexte historique particulier. En effet, après l'accession à l'indépendance dans les années 1960 et la série de nationalisations qui s'en est suivie<sup>65</sup>, plusieurs pays africains s'empressaient de signer des TBI, au point où ceux-ci connurent une forte croissance sur le continent<sup>66</sup>.
25. Bien souvent conclu avec les pays du Nord exportateurs de capitaux<sup>67</sup>, les TBI étaient essentiellement destinés à protéger les intérêts des multinationales occidentales, en espérant par ce biais attirer davantage d'investissements ainsi que les bénéfices qui en découlent<sup>68</sup>. Pour la Commission économique des Nations Unies pour l'Afrique (CEA), l'objectif sous-jacent de ces TBI était de veiller à la protection et à la réglementation des investissements réalisés dans les secteurs stratégiques des anciennes colonies afin d'assurer la continuité des liens commerciaux déjà établis<sup>69</sup>.

---

ne s'agit là encore que d'une prise en compte *a minima*, différente de l'approche un peu plus poussée du Protocole sur l'énergie de la CEDEAO. Celui-ci consacre son article 19 aux questions environnementales, en ayant en ligne de mire l'objectif de développement durable, et invite les États membres à tenir compte des obligations qui leur incombent en vertu des accords internationaux relatifs à l'environnement auxquels ils sont parties. Nous y reviendrons.

<sup>65</sup> Voir à ce sujet notamment CARREAU (D.), JUILLARD (P.), *Droit international économique*, Paris, Collection Précis, Dalloz, 2013, p. 545

<sup>66</sup> Selon les données de la CNUCED, au 17 février 2017, 852 accords bilatéraux d'investissement ont été conclus entre les États africains ou entre ceux-ci et des États tiers. Toutefois, seulement 496 d'entre eux (soit 58,21%) sont actuellement en vigueur. In SEATZU (F) and VARGIU (P), « Africanizing Bilateral Investment Treaties ('BITS') : Some Case Studies and Future Prospects of a Pro-Active African Approach to International Investment », *Conn JIL*, 2015, n°30, p. 143

<sup>67</sup> Selon les données de la Commission économique des Nations Unies pour l'Afrique (CEA), le premier traité bilatéral d'investissement (TBI) entre deux pays africains fut signé en 1982 entre l'Égypte et la Somalie. Or, à cette époque, les pays africains avaient déjà signé 110 traités bilatéraux d'investissement avec des homologues non africains depuis 1960 (date de signature du premier TBI entre le Tchad et la France). Ce n'est seulement qu'à la fin des années 1990 que les TBI ont commencé à être de plus en plus répandus entre les pays africains. Voir., CEA, *Politiques d'investissement et accords bilatéraux d'investissement en Afrique : Implications pour l'intégration régionale*, Addis-Abeba (Ethiopie), 2016, p. 24-25

<sup>68</sup> *Ibid.*, p. 20

<sup>69</sup> *Ibidem.*, p. 24

26. Une telle visée en dit long sur le contenu des premiers traités régionaux et surtout sur l'intérêt qu'ils accordaient aux questions sociales et environnementales qui contribuent, à terme, aux objectifs de développement durable du pays récepteur. Étonnement, ces modèles d'accords, promu par les États occidentaux pour dissiper les inquiétudes de leurs ressortissants face aux élans souverainistes des pays du tiers monde<sup>70</sup>, avaient été mimétiquement reproduits dans les instruments intra-africains. Toutefois, après la ferveur des années 1990-2000, les traités classiques seront l'objet de vives critiques du fait qu'ils instaurent un régime « surprotecteur » des intérêts particuliers au détriment de l'intérêt général<sup>71</sup>.
27. La principale préoccupation à cet égard fut d'abord le caractère manifestement déséquilibré de ces traités. En effet, ceux-ci prévoient un ensemble de droits et de garanties au compte des investisseurs étrangers, qui sont autant d'obligations à la charge des États hôtes, tout en éludant la question des obligations des investisseurs. Comme le dirait Jason YAKEE, « les traités bilatéraux d'investissement sont connus pour être asymétriques. Ils offrent des droits aux investisseurs, mais ne leur imposent aucune obligation, tandis que les États y sont soumis, sans jouir de droits »<sup>72</sup>. Dénonçant la « perspective monofonctionnelle » des AII classiques, Sabrina CUENDET soutient à son tour que « la protection des investissements est considérée comme une fin en soi, indépendamment des avantages qu'en retire l'État hôte, ce qui favorise les tentations d'extrapoler davantage encore cette protection »<sup>73</sup>.

---

<sup>70</sup> Sur la question des revendications des pays du tiers monde, voir entre autres MAHIOU (A), « Du droit économique au nouvel ordre économique international : quelques réflexions », *Revue internationale de droit économique*, 2013/4 (t. XXVII), pp. 523-532 ; DUPUY (P-M), KERBRAT (Y), *Droit international public*, Paris, Coll. Précis, Dalloz, 2016, p. 757-772. Concernant le contexte africain en particulier, AMOUSSOU-GUENOU affirmait en outre que « les investisseurs étrangers regardent l'Afrique comme un risque relativement important. Ils appréhendent le plus fréquemment, la complexité des opérations et leur durée dans le temps, l'éloignement géographique, la situation politique et les facteurs humains qu'ils ne maîtrisent pas. L'absence de stabilité politique, la jeunesse des démocraties en place, la méconnaissance des lois en vigueur et la corruption, peuvent justifier cette défiance. Par ailleurs, les lacunes d'un environnement juridique peu sécurisé ont également été soulignées ». In AMOUSSOU-GUENOU (R), « Les investissements étrangers en Afrique et l'arbitrage international », *Doctrine*, juillet - août - septembre 1998, n° 2, p. 8

<sup>71</sup> Lire à ce sujet EL BOUDOUHI (S), « L'intérêt général et les règles substantielles de protection des investissements », *AFDI*, 2005, volume 51, pp. 542-563 ; BEN HAMIDA (W), *La prise en compte de l'intérêt général et des impératifs de développement dans le droit des investissements*, Genève, CNUCED, Réunion d'experts sur les incidences sur le développement de l'élaboration de règles régissant l'investissement international, 28-29 juin 2007, 21 p.

<sup>72</sup> YACKEE (J), « Traités d'investissement et corruption par l'investisseur : Une défense émergente pour les États d'accueil ? », *Investment treaty news - IIDD* [en ligne], octobre 2012, n°1. vol. 3, p. 3, [consulté le 26 août 2018].

<sup>73</sup> CUENDET (S), « Accords d'investissement et développement durable : comment concilier la protection des investissements étrangers avec la promotion du développement durable ? », *La note de ConventionS* -

28. Partant, l'auteure ajoutera que la déconnexion entre les AII et le développement durable « apparaît d'autant plus manifeste à l'aune du vaste contentieux arbitral né de la mise en œuvre de ces accords et qui résulte, bien souvent, de plaintes des investisseurs cherchant à remettre en cause [...] les mesures de réglementation adoptées par l'État d'accueil dans un but de protection de la santé, de l'environnement, des droits sociaux ou culturels »<sup>74</sup>. En effet, si la privatisation du contentieux relatif aux investissements internationaux a indéniablement permis d'élargir la protection des investisseurs<sup>75</sup>, elle semble avoir surtout imposé aux États des charges excessives ; puisqu'elle autorise les investisseurs à contester devant les tribunaux internationaux les mesures sociales et environnementales du pays hôte, s'ils estiment que de telles mesures menacent la rentabilité de leurs investissements<sup>76</sup>.
29. Face à ce qui s'apparente à une « marginalisation des intérêts des pays d'accueil de l'investissement »<sup>77</sup>, Graham MAYEDA déduira que « les parties qui négocient des Accords internationaux sur l'investissement (AII) et les tribunaux qui les interprètent et les appliquent n'ont pas considéré les questions de l'investissement sous l'angle du développement durable, c'est-à-dire qu'ils n'ont pas reconnu que le développement durable implique une analyse "transversale" qui met en cause des questions de droits de la personne, de droit de l'environnement et de justice distributive »<sup>78</sup>. Cet état de fait s'est même amplifié avec les

---

*Réguler la mondialisation*, n°14, 2014, p. 11. La CNUCED insistait également sur la « nécessité de renforcer la contribution au développement des accords d'investissement et de veiller à l'équilibre des droits et des obligations des États et des investisseurs et de gérer la complexité systémique du régime des AII ». In CNUCED, *Investment policy framework for sustainable development*, New York, 2012, p. 45

<sup>74</sup> CUENDET (S), « Accords d'investissement et développement durable : comment concilier la protection des investissements étrangers avec la promotion du développement durable ? », *La note de ConventionS - Réguler la mondialisation*, n°14, 2014, p. 1.

<sup>75</sup> Les traités d'investissement intègrent généralement des mécanismes de résolution des différends qui permettent aux investisseurs étrangers de passer outre les instances nationales et de poursuivre des États souverains directement devant des tribunaux d'arbitrage internationaux. Il ne serait donc pas exagéré de dire que les investisseurs bénéficient, en l'espèce, d'un droit spécial dérogeant aux règles du droit international coutumier. Nous y reviendrons plus amplement dans le cadre de l'analyse des clauses de règlement des différends (États-investisseurs) prévues par les traités régionaux africains d'investissement.

<sup>76</sup> Pour cette raison, HORCHANI affirmera qu'« au nom de la protection des droits des investisseurs étrangers prévue par l'Accord, les politiques publiques des États sont mises en cause dans des domaines sensibles tels que l'environnement, l'eau, la santé [...] » In HORCHANI (F), « Le droit international des investissements à l'heure de la mondialisation », *Journal du droit international*, n°2, 2004, pp. 367-441, spéc. p. 412

<sup>77</sup> HORCHANI (F), « Le droit international à l'heure de la mondialisation », Op. cit. in EL BOUDOUHI (S), « L'intérêt général et les règles substantielles de protection des investissements », *Annuaire français de droit international*, 2005, volume 51, p. 543. L'AITEC précise que pour financer les coûts associés aux procédures de règlement des litiges, les États peuvent être amenés à prélever ces ressources dans les budgets prévus pour les dépenses sociales, de santé et d'éducation, amoindrissant d'autant ces budgets déjà insuffisamment dotés. Voir., Association Internationale de Techniciens, Experts et Chercheurs (AITEC), « L'intérêt public et les politiques sociales et environnementales en danger : Changeons la politique d'investissement de l'UE – C'est l'heure ! », [en ligne] publié en janvier 2011, p. 1, [consulté le 30 avril 2017].

<sup>78</sup> MAYEDA (G), « Sustainable International Investment Agreements: Challenges and Solutions for Developing Countries », in CORDONIER SEGGER (M-C), NEWCOMBE (A) et GEHRING (M), *Sustainable*

incertitudes liées aux fluctuations de la « jurisprudence arbitrale »<sup>79</sup>. En effet, les décisions souvent contradictoires des arbitres internationaux rendent fréquemment difficile l'action étatique. Ne sachant pas *a priori* les mesures susceptibles d'être attaquées par les investisseurs, les pays d'accueil (surtout ceux à faibles revenus) pourraient renoncer à introduire de nouvelles réglementations environnementales ou sociales, par crainte de se voir poursuivre auprès d'un tribunal d'arbitrage et de devoir verser de lourdes compensations<sup>80</sup>. Perçus dès lors comme une véritable arme de dissuasion, les recours auprès des tribunaux arbitraux peuvent provoquer une « frilosité législative ou réglementaire »<sup>81</sup> des États. La somme de toutes ces considérations amènera la Commission des Nations Unies pour l'Afrique à estimer que « si les avantages des accords d'investissement bilatéraux peuvent sembler quelque peu insaisissables, leurs coûts - en particulier ceux liés aux risques de contentieux en cas de différends entre investisseurs et États - sont évidents et importants »<sup>82</sup>.

30. Sur ces questions précises, il importe de préciser dès à présent que les références aux sentences arbitrales extra africaines qui seront faites le long de cette étude tiennent à l'influence considérable qu'elles ont eue sur la formulation de nouveaux modèles de traités d'investissement au sein de la CEDEAO et de la SADC. Quand bien même ils ne seraient pas directement impliqués dans un litige donné, les États de ces espaces régionaux ne demeurent pas moins insensibles à l'évolution de la pratique arbitrale internationale ; et ce, pour deux raisons essentielles. La première, d'ordre national, tient au fait que ces pays ont quasiment tous adhéré aux institutions d'arbitrage international, telles que le CIRDI<sup>83</sup> et le

---

*Development in World Investment Law*, Kluwer law international BV, The Netherland, 2011, p. 542 [traduction libre].

<sup>79</sup> L'existence d'une jurisprudence arbitrale est souvent remise en cause dans la doctrine, notamment en raison de l'absence de publication systématique des sentences arbitrales, d'une autorité centrale de coordination et d'unification de la jurisprudence et de la conviction de nombreux arbitres qu'ils ne sont pas tenus par des solutions antérieures d'autres tribunaux arbitraux.

<sup>80</sup> AITEC, « L'intérêt public et les politiques sociales et environnementales en danger : Changeons la politique d'investissement de l'UE – C'est l'heure ! », [en ligne] publié en janvier 2011, p. 3, [consulté le 30 avril 2017].

<sup>81</sup> *Ibid.*

<sup>82</sup> CEA, doc. E/ECA/CRCI/9/5, *Situation relative aux accords d'investissement en Afrique*, Rapport de la 9<sup>ème</sup> session du Comité de la coopération et de l'intégration régionale, Addis Abeba, 7-9 décembre, 2015, p. 14

<sup>83</sup> Le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) est une organisation internationale faisant partie du groupe de la Banque mondiale créé par la Convention de Washington du 18 mars 1965. Conformément à son mandat, le CIRDI offre des moyens de conciliation et d'arbitrage pour régler les différends relatifs aux investissements opposant des États contractants à des ressortissants d'autres États contractants (art. 25 de ladite Convention). Pour une étude plus approfondie des relations entre les pays africains et le CIRDI, voir notamment OKILASSALI (M), « La participation des États africains à l'arbitrage du CIRDI », *Doctrines, Revue Camerounaise de l'Arbitrage*, avril - mai - juin 2001, n° 13, pp. 3-22

CNUDCI<sup>84</sup>. L'objectif pour ces derniers était alors d'accroître leur attractivité en donnant une garantie juridique supplémentaire aux investisseurs étrangers<sup>85</sup>, ressortissants des pays du Nord pour la plupart. La seconde raison, d'ordre communautaire cette fois-ci, tient à ce que la première génération des traités régionaux africains d'investissement prévoyait expressément le recours à l'arbitrage international pour le règlement des différends entre les investisseurs intra-régionaux et les États. Sur cette base, le recours aux décisions arbitrales extra africaines, loin d'être une digression, vise à mettre en évidence les enseignements que les ORA ont su tirer du droit jurisprudentiel pour parvenir à l'élaboration de nouveaux traités d'investissement plus soucieux des impératifs de développement durable. Pour plusieurs, la récente montée des litiges entre investisseurs et États a montré les lacunes (du point de vue du développement) des modèles adoptés il y a un demi-siècle et selon lesquels la majorité des AII sont encore articulés<sup>86</sup>.

31. Saïda EL BOUDOUHI dénoncera d'ailleurs la longévité du système traditionnel, en estimant que « la méfiance et l'attitude hostile de certains gouvernements vis-à-vis des investisseurs étrangers se sont estompées et elles ne justifient plus aujourd'hui un régime surprotecteur des investissements [...] »<sup>87</sup>. En outre, l'argument économique de l'attractivité tant évoqué pour justifier l'existence du régime classique est de plus en plus remis en question. À ce sujet, la CEA admettra que « la recherche empirique n'a pas réussi à démontrer, de façon cohérente et fiable, que les accords d'investissement bilatéraux permettent aux pays en développement qui en sont signataires de recevoir beaucoup plus

---

<sup>84</sup> La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) est le principal organe juridique du système des Nations Unies dans le domaine du droit commercial international. En tant qu'organe juridique spécialisé à participation universelle, la CNUDCI s'attache depuis plus de 50 ans à moderniser et à harmoniser les règles du commerce international. Voir, Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, *À propos de la CNUDCI* [en ligne], [consulté le 07 septembre 2018].

<sup>85</sup> La garantie est dite « supplémentaire » parce qu'elle vient en appoint aux mécanismes judiciaires, administratifs et même politiques prévus dans la plupart des systèmes nationaux pour encadrer et protéger les investisseurs/investissements étrangers.

<sup>86</sup> MALIK (M), « The IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Development », in CORDONIER SEGGER (M-C), NEWCOMBE (A) et GEHRING (M), *Sustainable Development in World Investment Law*, Kluwer law international BV, The Netherland, 2011, p. 565. Les données de la CNUCED de l'époque révélaient clairement que le nombre des instances arbitrales engagées sur le fondement des traités d'investissement ne cessait d'augmenter. Voir notamment CNUCED, *Investor-State disputes arising from Investment Treaties : a review*, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, New York and Geneva, 2005, 96 p.

<sup>87</sup> EL BOUDOUHI (S), « L'intérêt général et les règles substantielles de protection des investissements », *Annuaire français de droit international*, 2005, volume 51, p. 542. L'assertion de l'auteure se conçoit aisément lorsqu'on considère le fait qu'au-delà de la conclusion des AII, plusieurs autres dispositifs nationaux ont été mis en place par les États africains pour créer un climat favorable aux investissements, stimuler et accroître les apports d'IED. Ceux-ci consistaient notamment en l'adoption de textes législatifs en matière d'investissement, tels que les Codes des investissements et autres Codes miniers ou pétroliers.

d'investissements directs étrangers que les autres »<sup>88</sup>. L'organisation ne manquera pas non plus de préciser que « l'impact des accords bilatéraux d'investissement sur le développement économique et social de l'Afrique reste sujet à débat. On ne dispose pas de preuves convaincantes sur les incidences de ces accords d'investissement étranger »<sup>89</sup>. L'ensemble de ces éléments finira par convaincre les États et les Organisations régionales africaines de la nécessité d'envisager une nouvelle approche du droit conventionnel des investissements<sup>90</sup>.

## B. L'ÉMERGENCE DE RÉFORMES CONCILIATRICES AU SEIN DES ORGANISATIONS RÉGIONALES AFRICAINES

32. Les critiques formulées à l'encontre du régime classique de l'investissement ont été savamment résumées par la CNUCED en ces termes : « la plupart des pays sont parties à un ou plusieurs AII, mais peu sont satisfaits du régime actuel, en raison du malaise croissant que suscitent les effets réels de ces accords dans les domaines suivants : la promotion de l'investissement étranger direct, réduction de la marge d'action en matière de politique et de réglementation, recours accru au mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États et absence de contribution spécifique à la réalisation des objectifs de développement durable »<sup>91</sup>. Partant, plusieurs pays africains se sont engagés dans une réflexion sur les moyens de repenser le système de réglementation de l'investissement, afin que celui-ci corresponde mieux à leurs aspirations de développement durable.

---

<sup>88</sup> CEA, doc. E/ECA/CRCI/9/5, *Situation relative aux accords d'investissement en Afrique*, Rapport de la 9<sup>ème</sup> session du Comité de la coopération et de l'intégration régionale, Addis Abeba, 7-9 décembre, 2015, p. 13. Dans le même sens, la CNUCED rappelait qu'il est difficile de constater un parallélisme entre les traités sur l'investissement et l'arrivée d'investissements directs étrangers dans les pays en développement. En effet, si les flux d'investissements ont augmenté entre les pays ayant conclu de tels accords, cette augmentation n'est pas, somme toute, supérieure à celle qui a eu lieu entre les pays entre lesquels de tels accords ne sont pas en vigueur. L'organisation souligne par ailleurs que d'autres facteurs sont bien plus importants, tels que la taille du marché local, la qualité de la main d'œuvre et celle des infrastructures. Voir., CNUCED, *World Investment Report 2002*, Genève, 2003, pp. 83 et s., cité in BACHAND (R), GALLIE (M), ROUSSEAU (S). « Droit de l'investissement et droits humains dans les Amériques », *Annuaire français de droit international*, 2003, vol. 49, p. 576

<sup>89</sup> CEA, doc. E/ECA/CRCI/9/5, *Situation relative aux accords d'investissement en Afrique*, Rapport de la 9<sup>ème</sup> session du Comité de la coopération et de l'intégration régionale, Addis Abeba, 7-9 décembre, 2015, p. 2. L'institution rajoutera d'ailleurs que le continent avait reçu plus d'investissements de pays qui n'avaient pas signé ce genre d'accords (c'est le cas, par exemple, des investissements de la Chine en Afrique). Conf., p. 10.

<sup>90</sup> Voir notamment DENTERS (E), GAZZINI (T), « The Role of African Regional Organizations in the Promotion and Protection of Foreign Investment », *Journal of World Investment & Trade*, juin 2017, n°18, p. 451

<sup>91</sup> CNUCED, *Transformation du régime des accords internationaux d'investissement : les perspectives*, note du secrétariat, Genève, 25-27 février, 2015, p. 12

33. Si les récentes évolutions de la pratique conventionnelle des États africains en matière d'investissement rendent compte de réelles mutations, tant sur le plan bilatéral<sup>92</sup> que régional, le recours au régionalisme semble de plus en plus privilégié sur le continent<sup>93</sup>. L'abandon progressif du bilatéralisme au profit du régionalisme s'explique par deux raisons majeures. La première tient au fait que le faible poids économique de la plupart des États africains fragilise leur pouvoir de négociation et limite considérablement leur capacité à *changer la donne* dans le cadre des traités bilatéraux, surtout ceux conclus avec leurs partenaires traditionnels du Nord<sup>94</sup>. La seconde répond quant à elle à la nécessité d'harmoniser les cadres nationaux existant dans le contexte des programmes d'intégration régionale menés par les CERA<sup>95</sup>. Ainsi, la tendance au régionalisme s'est davantage affirmée, avec l'émergence de nouveaux types de traités sur l'investissement plus soucieux des exigences de développement durable des ORA. À cet égard, nous nous intéresserons tout particulièrement aux approches adoptées par la CEDEAO (1) et la SADC (2), principaux objets de notre étude.

---

92 Plusieurs États africains ont entrepris un examen de leurs accords bilatéraux d'investissement afin d'accroître les entrées d'IED tout en minimisant les risques autres que ceux liés au développement économique. Dans cette perspective, quelques pays, comme l'Afrique du Sud, le Maroc ou le Nigéria, ont non seulement procédé à la résiliation d'un grand nombre de TBI classiques, mais ont aussi conçu de nouveaux modèles de TBI. Voir à ce sujet, GAZZINI (T), « Le TBI 2016 Maroc-Nigéria : Une importante contribution à la réforme des traités d'investissement », *Investment treaty news – IISD* [en ligne], septembre 2017, n° 3, vol. 8., pp. 3-4, [consulté le 27 avril 2018] ; SCHLEMMER (E.C.), « An Overview of South Africa's Bilateral Investment Treaties and Investment Policy », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, February 2016, vol. 31, Issue 1, pp. 167-193.

93 Les États africains négocient et concluent des TBI à un rythme nettement plus lent que les chiffres records enregistrés dans les années 90. Dans le même temps, des études révèlent que la conclusion d'accords régionaux africains sur l'investissement est en nette hausse. Mieux, le régionalisme semble clairement perçu par les États africains comme une alternative importante au bilatéralisme et au multilatéralisme dans le cadre de la définition de nouvelles politiques en matière d'investissements. Voir, DENTERS (E), GAZZINI (T), « The Role of African Regional Organizations in the Promotion and Protection of Foreign Investment », *Journal of World Investment & Trade*, June 2017, n°18, pp. 449-492 ; SCHILL (S.W.), « The New (African) Regionalism in International Investment Law », *Journal of World Investment & Trade*, June 2017, n°18, pp. 367-369 ; ALSCHNER (W), « Regionalism and Overlap in Investment Treaty Law : Towards Consolidation or Contradiction ? », *Journal of International Economic Law*, June 2014, vol. 17, Issue 2, pp. 271–298. p. 271.

94 Peu de PED et PMA africains se sont véritablement engagés dans la réforme de leurs réseaux de TBI. De telles initiatives ont été prise par des pays économiquement plus avancés comme l'Afrique du Sud, l'Égypte, le Maroc, le Nigéria, etc. Voir notamment SEATZU (F) and VARGIU (P), « Africanizing Bilateral Investment Treaties ('BITS') : Some Case Studies and Future Prospects of a Pro-Active African Approach to International Investment », *Connecticut Journal of International Law*, 2015, vol. 30, Issue 2, pp. 143-168.

95 Voir CEA, doc. E/ECA/CRCI/9/5, *Situation relative aux accords d'investissement en Afrique*, Rapport de la 9<sup>ème</sup> session du Comité de la coopération et de l'intégration régionale, Addis Abeba, 7-9 décembre, 2015, p.

## 1- L'approche CEDEAO

34. La Communauté économique des États de l'Afrique de l'ouest (en sigle « CEDEAO »), est une organisation régionale africaine instituée par le Traité de la CEDEAO de 1975, révisé en 1993. Composée initialement de seize pays africains, l'ORA compte à ce jour quinze États membres (après le retrait de la Mauritanie) cités comme suit : Bénin, Burkina Faso, Cap-Vert, Côte d'Ivoire, Gambie, Ghana, Guinée, Guinée-Bissau, Libéria, Mali, Niger, Nigeria, Sénégal, Sierra Leone et Togo. Le principal objectif de la CEDEAO au moment de sa création était de parvenir à l'intégration économique et à un développement partagé de manière à former une zone économique unifiée en Afrique de l'Ouest. Elle a, par la suite, élargi ses domaines de compétence pour inclure les interactions sociopolitiques et d'autres sphères connexes<sup>96</sup>, comme le précise l'article 3 (1) du Traité révisé : « promouvoir la coopération et l'intégration dans la perspective d'une Union économique de l'Afrique de l'Ouest en vue d'élever le niveau de vie de ses peuples, de maintenir et d'accroître la stabilité économique, de renforcer les relations entre États membres et de contribuer au progrès et au développement du continent africain. ».
35. Après avoir noté « l'existence de disparités dans les règles de promotion et de protection des investissements au niveau de la région »<sup>97</sup>, les chefs d'État et de gouvernement de la CEDEAO ont adopté, le 19 décembre 2008 à Abuja, l'Acte additionnel relatif aux règles communautaires en matière d'investissements et à leurs modalités d'application au sein de la CEDEAO<sup>98</sup>. L'instrument, entré en vigueur le 19 janvier 2009, rompt nettement avec l'approche des traités classiques sur l'investissement en stipulant que « l'objectif des règles communautaires en matière d'investissement est de promouvoir les investissements qui soutiennent le développement durable de la région »<sup>99</sup>. En conséquence, les dispositions conventionnelles sur l'investissement devraient désormais être considérées comme le moyen de contribuer à l'atteinte d'un objectif unique, celui du développement durable de l'espace régional.

---

<sup>96</sup> Voir à ce sujet, ZOGBELEMOU (T), *Droit des organisations d'intégration économique en Afrique (CEDEAO-CEMAC-UEMOA-ZMAO)*, Paris, l'Harmattan, 2014, p. 28-31

<sup>97</sup> Ces observations sont exposées au cinquième paragraphe du préambule de l'Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO.

<sup>98</sup> 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. Le texte régional a été annexé au document ci-après cité : CEDEAO, *Vision du marché commun des investissements de la CEDEAO*, Commission de la CEDEAO, Abuja, Nigéria, 2009, 98 p. (spéc. p. 73-98). Il est également disponible en ligne, sur le site de la CNUCED (uniquement en anglais) : <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3266>

<sup>99</sup> Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO, art. 3



36. Cette nouvelle orientation est d'ailleurs loin d'être anodine, puisque l'Acte additionnel sur l'investissement a été adopté concomitamment avec la politique environnementale de la CEDEAO<sup>100</sup>. Laissant de côté les débats doctrinaux relatifs à la nature juridique d'un Acte additionnel<sup>101</sup>, nous nous en tiendrons aux dispositions prévues à l'article 42 § 1 de l'instrument régional selon lesquelles « le présent Acte additionnel est annexé au Traité de la CEDEAO dont il fait partie intégrante ». L'autorité de l'Acte additionnel sur l'investissement est d'autant plus remarquable qu'il appelle les États de la CEDEAO à renégocier tous les accords d'investissement existants qui ne lui sont pas compatibles<sup>102</sup>.

## 2- L'approche SADC

37. La « SADC », sigle de l'anglais *Southern African Development Community*, désigne la Communauté de développement d'Afrique australe (en français). Historiquement, l'organisation a débuté en tant qu'alliance d'États (Conférence de coordination), signée à Lusaka, en Zambie, le 1<sup>er</sup> avril 1980. Elle s'est ensuite transformée en une Communauté pour le développement par la Déclaration et le Traité signés à Windhoek, en Namibie, lors du Sommet des chefs d'État et de gouvernement du 17 août 1992. L'Organisation comprend à ce jour seize États membres ci-après cités : Afrique du Sud, Angola, Comores, Botswana, Lesotho, Madagascar, Malawi, Maurice, Mozambique, Namibie, République démocratique du Congo, Seychelles, Swaziland, Tanzanie, Zambie et Zimbabwe.

38. Les objectifs de la SADC, formulés à l'article 5 du Traité modifié de 2001 incluent, entre autres, la promotion d'une croissance économique durable et d'un développement socioéconomique qui permettront de réduire la pauvreté en vue de l'éliminer complètement, d'améliorer le niveau et la qualité de vie du peuple d'Afrique australe et de soutenir les plus démunis socialement par le biais de l'intégration régionale. Suite à l'adoption du Protocole sur la finance et l'investissement, la SADC a élaboré et adopté, en juillet 2012, un TBI

---

<sup>100</sup> CEDEAO, *La politique environnementale de la CEDEAO*, Commission de la CEDEAO, Abuja, Nigeria, 2008, 40 p. À cet effet, la Commission de la CEDEAO faisait remarquer que « les ressources naturelles et l'ensemble de l'environnement sont marqués par des tendances lourdes de dégradation et d'aggravation des facteurs naturels et humains qui les affectent [et] la sous-région souffre de phénomènes souvent graves de réduction et de modification des ressources de toute nature ». *Cf.*, p. 2.

<sup>101</sup> L'instrument juridique désigné par le terme « Acte additionnel » est admis comme étant une invention propre aux systèmes juridiques communautaires ouest-africains. Pour une étude plus approfondie sur le sujet, voir entre autres YOUNGBARE (R), « La nature de l'Acte additionnel dans le système juridique de l'UEMOA à la lumière de l'affaire YAI », *Revue de droit des pays africains*, vol. 118, p. 340-362 ; YOUNGBARE (R), BATCHASSI (Y), « Les actes Additionnels de l'UEMOA : Analyse juridique », *Cahiers de CEEL*, juin 1999, n°1, 33 p.

<sup>102</sup> Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO, art. 31

modèle<sup>103</sup> qui semble mieux concilier le besoin d'attirer des investissements et la nécessité de promouvoir le développement durable<sup>104</sup>. En effet, le traité modèle reconnaît, dès son préambule, l'importante contribution que l'investissement peut apporter au développement durable des États parties, en ce qui concerne notamment la réduction de la pauvreté, l'accroissement de la capacité de production, la croissance économique, le transfert de technologie et la promotion des droits de l'homme et du développement humain : « *Recognizing the important contribution investment can make to the sustainable development of the State Parties, including the reduction of poverty, increase of productive capacity, economic growth, the transfer of technology, and the furtherance of human rights and human development* »<sup>105</sup>.

39. Bien plus, le préambule lie formellement la promotion des investissements à la promotion du développement durable en insistant, contrairement à la plupart des AII existants, sur la nécessité de disposer d'une quantité et d'une qualité adéquate d'investissements susceptibles de favoriser le développement durable des États parties : « *Seeking to promote, encourage and increase investment opportunities that enhance sustainable development within the territories of the State Parties* »<sup>106</sup>. De telles mentions sont essentielles à de nombreux égards, en raison notamment de l'important rôle interprétatif que joue le préambule<sup>107</sup>. Elles contribueront ainsi à éclairer les parties quant à

---

<sup>103</sup> SADC, *SADC Model Bilateral Investment Treaty Template with Commentary*, Gaborone (Botswana), July 2012, 80 p. Le texte est disponible en ligne sur le site de l'IIDD : [www.iisd.org/itn/wp.../10/SADC-Model-BIT-Template-Final](http://www.iisd.org/itn/wp.../10/SADC-Model-BIT-Template-Final)

<sup>104</sup> Voir notamment MANN (H), « The SADC Model BIT Template : Investment for Sustainable Development », sur *Investment treaty news – IISD* [en ligne], publié le 30 octobre 2012, [consulté le 25 mai 2018] ; MANN (H) « Le modèle de TBI de la SADC : Vers une nouvelle génération de traités d'investissement », sur *Investment treaty news – IISD* [en ligne], octobre 2012, n°1, vol. 3., pp. 10-11, [consulté le 20 avril 2016] ; WOOLFREY (S), *The SADC Model Bilateral Investment Treaty Template : Towards a new standard of investor protection in southern Africa*, Stellenbosch (South Africa), tralac, 2014, 18 p.

<sup>105</sup> TBI modèle de la SADC, préambule § 2. La disposition a été quasiment reprise dans le deuxième paragraphe de l'annexe 1 révisée du Protocole sur la finance et l'investissement de la SADC en ces termes : « Reconnaissant l'importance accrue du rôle que joue l'investissement pour accroître la capacité productive et favoriser la croissance économique et le développement durable [...] ».

<sup>106</sup> Préambule du TBI Modèle de la SADC, § 3.

<sup>107</sup> Le préambule d'un traité expose les motifs et objet du texte. Il consiste en des déclarations au début de l'Accord exprimant les intentions et les objectifs généraux des Parties lors de la conclusion de celui-ci. De ce fait, il permet de mieux saisir les domaines couverts et les objectifs du texte conventionnel. La pertinence du préambule dans l'interprétation des obligations contenues dans un AII est confirmée par la Convention de Vienne sur le droit des Traités de 1969 ; laquelle fournit le cadre de base pour l'interprétation des obligations découlant des traités internationaux. Conformément à l'article 31 § 1 de la Convention de Vienne : « un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but. ». L'article ajoute ensuite, dans son deuxième paragraphe, que « font partie du contexte, outre le texte du traité lui-même, le préambule et les annexes inclus, ainsi que d'autres accords reconnus par les États parties au traité comme y ayant rapport ». [Caractères gras ajoutés].

l'interprétation de leurs obligations et permettront surtout de mieux guider les arbitres dans le cadre du règlement des différends. À cet effet, les rédacteurs du TBI modèle de la SADC ne manquent pas de préciser que ces mentions visent à « empêcher ou écarter l'interprétation extensive fortuite des dispositions substantielles en faveur des investisseurs sur la base de l'intention de protéger les investisseurs exprimés dans le préambule, comme le montrent plusieurs arbitrages »<sup>108</sup>. Les rédacteurs font aussi remarquer, comme d'autres observateurs, que les tribunaux arbitraux ont à de nombreuses occasions utilisé le préambule pour établir une présomption largement favorable à la protection des droits des investisseurs ; au détriment parfois du droit des États à réguler afin de répondre aux objectifs de la politique nationale<sup>109</sup>.

40. Si cet état de fait s'expliquait en partie par la forme rédactionnelle des préambules des premiers traités africains sur l'investissement<sup>110</sup>, la formulation retenue par le préambule du TBI type de la SADC établit clairement le principe selon lequel la protection et la promotion des investissements sont avant tout destinées à servir l'objectif du développement durable. L'orientation interprétative du préambule a par ailleurs été complétée et renforcée par la clause relative à l'objectif du traité<sup>111</sup>. En effet, selon l'article 1 du TBI modèle : « *The main*

---

<sup>108</sup> Commentaire du préambule du TBI modèle, in SADC, *SADC Model Bilateral Investment Treaty Template with Commentary*, Gaborone (Botswana), July 2012, p. 6 [traduction de l'impétrant].

<sup>109</sup> *Ibid.*, [traduction de l'impétrant]. Voir également MANN (H), VON MOLTKE (K), PETERSON (L.E.), COSBEY (A), *Accord international sur l'investissement pour le développement durable : Guide du négociateur*, Winnipeg, IIDD, 2006, p. 2. La prise en compte de cet état de fait explique certainement les stipulations du cinquième paragraphe du préambule du TBI modèle ci-après exposées : « *Reaffirming the right of the State Parties to regulate and to introduce new measures relating to investments in their territories in order to meet national policy objectives, and taking into account any asymmetries with respect to the measures in place the particular need of developing countries to exercise this right* ».

<sup>110</sup> Les préambules de la plupart des AII traditionnels ne faisaient référence qu'à la promotion et à la protection des investissements. En n'identifiant que ces deux objectifs, les formes classiques de préambule établissaient une certaine priorité (voir même une exclusivité) pour toute interprétation des accords, y compris dans le cadre de l'arbitrage investisseur-État. Les tribunaux pouvaient alors décider d'ignorer les autres considérations de politique générale, même si ces dernières s'avéraient pertinentes. Voir., VANDUZER (J. A.), SIMONS (P) et MAYEDA (G), *Integrating Sustainable Development into International Investment Agreements : A Guide for Developing Countries*, London, Commonwealth Secretariat, 2012, p. 48 ; MANN (H), VON MOLTKE (K), PETERSON (L.E.), COSBEY (A), *Accord international sur l'investissement pour le développement durable : Guide du négociateur*, Winnipeg, IIDD, 2006, p. 2

<sup>111</sup> La plupart des AII comportent un article consacré aux objectifs du texte conventionnel. Celui-ci vise à exposer la raison d'être de l'accord, à mettre en évidence de manière succincte le but principal du traité. De ce fait, l'article aide également à délimiter ou définir le contexte d'interprétation d'un traité, comme l'expose l'article 31 § 1 de la Convention de Vienne : « un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but. ». Selon certains spécialistes, l'importance du préambule dans l'interprétation d'un AII peut être affectée par d'autres dispositions de l'accord, notamment celles relatives aux objectifs. Par conséquent, il est important de s'assurer que toute disposition relative aux objectifs reflète les mêmes priorités que le préambule afin de maximiser la probabilité d'une interprétation cohérente. En clair, pour assurer une interprétation cohérente, la disposition relative aux objectifs et le préambule devraient être cohérents. Voir., VANDUZER (J. A.),

*objective of this Agreement is to encourage and increase investments [...] that support the sustainable development of each Party and in particular the Host State where an investment is to be located* ». En un mot, l'attraction des investissements aux fins du développement durable est le seul objectif du TBI type de la SADC. L'instrument régional limite ainsi son but à la promotion et la protection des investissements susceptibles de contribuer au développement durable de chacune des Parties contractantes et surtout du pays d'accueil de l'investissement. De cette manière, l'article donne un poids supplémentaire aux orientations devant gouverner l'interprétation du traité. Il devrait, tout comme le préambule, amener les juges du traité à tenir compte de ce nouveau paradigme dans leur démarche interprétative<sup>112</sup>.

41. Bien que l'instrument soit juridiquement non contraignant, il ne demeure pas moins important ; surtout lorsqu'on considère l'influence notable des modèles de traités dans les relations économiques internationales et leur contribution particulière à l'évolution du droit des investissements. En outre, le substantif « bilatéral » associé au traité modèle d'investissement (TBI modèle) n'altère en rien son caractère régional, puisqu'il est l'émanation d'une organisation régionale. Nous rappellerons à cet égard que le TBI modèle s'inscrit dans un effort supplémentaire d'harmonisation des politiques d'investissement des États de la SADC et reflète la nouvelle approche du régime des investissements au sein de cette communauté<sup>113</sup>. L'impact régional du TBI modèle fut davantage perceptible avec l'amendement, en mai 2017, de l'annexe 1 du Protocole sur la finance et l'investissement (PFI), qui sera également l'objet de notre étude<sup>114</sup>. Ce faisant, l'analyse d'un tel instrument aura sans doute l'avantage de mener une réflexion anticipée sur l'avenir du droit des investissements au sein de l'espace SADC, voire au-delà.

---

SIMONS (P) et MAYEDA (G), *Integrating Sustainable Development into International Investment Agreements : A Guide for Developing Countries*, London, Commonwealth Secretariat, 2012, p. 48 et 94.

<sup>112</sup> Outre le préambule, un énoncé explicite des objectifs est un élément essentiel du contexte d'interprétation d'un traité. En énonçant le développement durable dans un article distinct consacré à l'objectif du traité, les rédacteurs cherchaient à ce que la priorité soit clairement donnée au développement durable parmi les autres objectifs mentionnés dans le préambule.

<sup>113</sup> Les États de la SADC pourraient alors utiliser le TBI type, à titre de base, pour l'élaboration de leur propre modèle de traité d'investissement ou comme guide d'orientation pour toute négociation d'un traité d'investissement donné. Voir à ce sujet, CEA, doc. E/ECA/CRCI/9/5, *Situation relative aux accords d'investissement en Afrique*, Rapport de la 9<sup>ème</sup> session du Comité de la coopération et de l'intégration régionale, Addis Abeba, 7-9 décembre, 2015, p. 7 ; CEA, *Politiques d'investissement et accords bilatéraux d'investissement en Afrique : Implications pour l'intégration régionale*, Addis-Abeba (Ethiopie), 2016, p. 34 ; MANN (H), « The SADC Model BIT Template : Investment for Sustainable Development », sur *Investment Treaty News* [en ligne], publié le 30 octobre 2012, [consulté le 25 mai 2018].

<sup>114</sup> En effet, les nouvelles dispositions introduites le PFI révisé de la SADC ont été quasiment empruntées au TBI modèle. Voir., SADC, Accord portant amendement de l'annexe 1 (coopération en matière d'investissement) du Protocole sur la finance et l'investissement, 17 mai 2017.

### § 3 - INTÉRÊT DU SUJET, PROBLÉMATIQUE ET ANNONCE DU PLAN

42. Conformément à l'intitulé du présent paragraphe, nous verrons successivement l'intérêt que présente l'étude d'un tel sujet (A), la problématique qu'il pose ainsi que le plan selon lequel il s'articulera (B).

#### A. INTÉRÊT DU SUJET

43. De manière générale, l'étude se veut une contribution à la réflexion sur la façon dont les traités d'investissement appréhendent et intègrent le concept et l'objectif de développement durable. Tout particulièrement, l'étude permet d'analyser et de cerner, à travers une démarche analytique, les mutations de la pratique conventionnelle des ORA en faveur d'un régime juridique de l'investissement plus compatible aux exigences de développement durable. Comme le faisait si bien remarquer Stephan SCHILL, « l'accent mis sur la facilitation des investissements pour le développement durable dans plusieurs projets d'intégration économique régionale en Afrique est beaucoup plus marqué que dans d'autres régions »<sup>115</sup>. À cet égard, les instruments de la CEDEAO et SADC se présentent comme des exemples notables de modèles régionaux d'accords d'investissement résolument inscrit dans ce nouveau paradigme. Par ailleurs, la taille et l'importance des marchés au sein desquels ces instruments régionaux ont vocation à s'appliquer<sup>116</sup> pourraient grandement contribuer à une réforme plus globale du régime l'investissement sur le continent.

#### B. PROBLÉMATIQUE ET ANNONCE DU PLAN

44. La problématique de notre étude s'articule autour d'une seule et unique interrogation, à savoir : comment le développement durable est-il pris en compte dans les traités régionaux africains sur l'investissement ? Il s'agira donc de voir, au-delà des références faites dans les préambules et objectifs, comment l'engagement en faveur du développement durable est concrètement maintenu tout au long des textes régionaux ainsi que ses éventuelles implications. La question est importante, surtout lorsqu'on sait que le concept de développement durable est non seulement multidimensionnel mais aussi dynamique<sup>117</sup>.

---

<sup>115</sup> SCHILL (S.W.), « The New (African) Regionalism in International Investment Law », *Journal of World Investment & Trade*, juin 2017, n°18, p. 368 (traduction de l'impétrant).

<sup>116</sup> À ce jour, les deux ensembles régionaux (CEDEAO et SADC) comptent à eux seuls trente et un États africains, soit plus de 57 % des pays du continent.

<sup>117</sup> STRANGE (T) et BAYLEY (A), *Le développement durable : À la croisée de l'économie, de la société et de l'environnement* [en ligne], Les essentiels de l'OCDE, 2008, p. 116 [consulté le 01 juin 2018].

45. À cet effet, il ressort de l'analyse des instruments de la CEDEAO et de la SADC une prise en compte du développement durable à un double niveau. D'abord, l'adaptation, par l'aménagement des clauses traditionnelles des traités d'investissement (PARTIE I). Ensuite, l'innovation, par l'introduction de dispositions jusqu'alors inexistantes dans la pratique conventionnelle des États africains (PARTIE II).



---

---

**PARTIE I.  
DES TRAITÉS ADAPTÉS AU DÉVELOPPEMENT  
DURABLE**

---

---





- 
46. Les développements proposés dans cette première partie consisteront à voir comment les instruments de la CEDEAO et de la SADC ont adapté les dispositions communes à la plupart des traités d'investissement avec les exigences du développement durable. À cet égard, il ne serait certainement pas inopportun d'analyser, de prime abord, la manière dont ces instruments ont appréhendé la notion capitale de l'« investissement »<sup>118</sup>, en vue d'accroître la capacité des Parties à ne protéger que les investissements jugés favorables au développement durable. Si la notion d'« investisseur » ne semble pas, *a priori*, poser de difficultés dans le contexte régional<sup>119</sup>, les CERA ont toutefois reconnu la nécessité de redéfinir la notion de l'« investissement », telle qu'elle se présentait dans les traités régionaux de première génération.
47. À l'époque, ces CERA avaient développé leur politique d'attraction et de protection des investissements en s'appuyant sur une conception très large de l'investissement qui se traduisait, dans les traités d'investissement, par l'énumération d'avoirs fondés sur une liste ouverte d'actifs ou *an open-list asset-based approach* en anglais<sup>120</sup>. Cette approche libérale n'est toutefois pas sans incidences négatives. Pour plusieurs, une définition « élastique » de l'investissement a pour conséquence de brouiller la distinction entre les opérations d'investissement et les autres types de transactions commerciales<sup>121</sup>. D'autres encore

---

<sup>118</sup> L'appréhension de la notion d'« investissement » est fondamentale dans la mesure où elle forme la base des engagements que souscrivent les Parties contractantes et qui déterminera quels flux de capitaux étrangers feront l'objet de la protection conventionnelle.

<sup>119</sup> Au sens des traités d'investissement de la CEDEAO et de la SADC, l'« investisseur » désigne une personne, physique ou morale, constituée selon les lois d'un État membre et développant leurs activités dans un autre État de l'espace régional dont ils ne sont pas ressortissants. L'approche définitionnelle demeure relativement la même, aussi bien dans les Traités régionaux de première génération que dans ceux de la deuxième génération. Voir., Protocole sur l'énergie de la CEDEAO, art. 1 § 14 ; Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO, art. 1 (d) ; Annexe 1 du PFI de la SADC, art. 1 § 2 ; TBI modèle de la SADC, art. 2 ; Annexe 1 révisée du PFI de la SADC, art. 1 § 2.

<sup>120</sup> L'approche adoptée dans ces traités se rapproche des définitions que l'on retrouve dans la plupart des TBI classiques. Par exemple, l'article 1 § 13 du Protocole sur l'énergie de la CEDEAO, définit l'investissement comme étant « [...] tout type d'avoir détenu ou contrôlé directement ou indirectement par un investisseur et comprenant : a) les biens matériels et immatériels ; mobiliers et immobiliers, et tous droits de propriété tels que locations, hypothèques, créances privilégiées et gages ; b) une société ou entreprise commerciale ou les actions, capitaux ou toute autre forme de participation au capital dans une société ou entreprise commerciale, ainsi que les obligations, titres ou autres dettes d'une société ou d'une entreprise commerciale ; c) les créances liquides ou les droits à prestations au titre d'un contrat à valeur économique et associé à un investissement ; d) la propriété intellectuelle ; e) les rendements ; f) tout droit conféré par la loi ou par contrat ou découlant de licences ou d'autorisations délivrées conformément à la loi pour l'exercice d'une activité économique dans le secteur de l'énergie [...] ». L'article 1 § 2 de l'Annexe 1 du PFI de la SADC prévoit une définition presque identique.

<sup>121</sup> CNUCED, *Portée des définitions*, Collection de la CNUCED consacrée aux problèmes relatifs aux accords internationaux d'investissement II, New York et Genève, 2011, p. 68

estiment que cette définition manque son but, puisqu'elle ne parvient pas à isoler les critères qui permettent de distinguer entre biens étrangers et investissement international<sup>122</sup>. De ce fait, la protection conventionnelle pourrait s'étendre à des opérations non envisagées par les Parties ou à des investissements dont la contribution aux objectifs de développement des pays prête à questionnement<sup>123</sup>. En clair, l'élargissement de la notion d'investisseur expose les États à des engagements inattendus, multiplie les risques d'interprétations extensives du concept d'investissement<sup>124</sup>, accroît la possibilité de litiges et, ainsi, obstrue les efforts employés par les pays récepteurs pour identifier les investissements qui contribuent à leur développement.

48. Cet état de fait a conduit à l'adoption de définitions plus restrictives dans les nouveaux traités d'investissement de la CEDEAO et de la SADC ; bien que ceux-ci aient opté pour des approches distinctes. Dans le cadre de la CEDEAO, l'approche choisie a consisté à définir l'investissement sur la base d'une liste fermée d'actifs ou *closed-list asset-based*<sup>125</sup>. À cet effet, l'instrument régional soumet la protection conventionnelle à certaines conditions telles qu'une présence physique significative<sup>126</sup>, la conformité de l'investissement au droit interne de l'État hôte<sup>127</sup>. Il est également exigé que l'investissement soit constitué de tout ou partie,

---

<sup>122</sup> CARREAU (D.), JUILLARD (P.), *Droit international économique*, Paris, Collection Précis, Dalloz, 2013, p. 477

<sup>123</sup> À cet égard, il importe de préciser que le PFI de la SADC admet la possibilité, pour les Parties, d'exclure les investissements de portefeuille à court terme de nature spéculative ou n'importe quel secteur sensible à son développement ou qui aurait un effet négatif sur leurs économies. Les États qui souhaiteraient invoquer cette option devraient cependant le notifier au secrétariat de la SADC (V. art. 1 § 2 (2) de l'annexe 1 du PFI).

<sup>124</sup> SADC, *SADC Model Bilateral Investment Treaty Template with Commentary*, juin 2012, p. 12 ; BERNASCONI-OSTERWALDER (N), COSBEY (A), JOHNSON (L) et VIS-DUNBAR (D), *Les traités d'investissement et leur importance pour le développement durable : questions et réponses*, Winnipéd, IIDD, 2012, p. 13

<sup>125</sup> Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO, art. 1 (c). En l'espèce, la protection est accordée à des avoirs limitativement énumérés. L'instrument inclut les sociétés parmi les actifs protégés et détermine comme investissement les actions ou autres formes d'instruments de possession d'actifs dans une société ou d'autres droits importants liés à l'exploitation de l'entreprise dans le pays hôte. La clause s'inspire vraisemblablement de l'article 2 (c) du modèle d'Accord de l'IIDD.

<sup>126</sup> Acte additionnel de la CEDEAO, art. 1 (c) (iv). Le but ici est de s'assurer que seuls les investissements qui sont présent et opérationnel dans l'État d'accueil bénéficient de la couverture conventionnelle.

<sup>127</sup> Acte additionnel de la CEDEAO, art. 1 (c) (iv). On estime que la référence au droit interne dans la définition de l'investissement permet de réduire l'imprévisibilité en permettant à l'État de connaître les demandeurs potentiels qui peuvent recourir à l'arbitrage. L'exigence semble aussi garantir la conformité de l'investissement protégé aux objectifs de développement et aux priorités économiques et sociales du pays d'accueil. Voir., BEN HAMIDA (W), « La prise en compte de l'intérêt général et des impératifs de développement dans le droit des investissements » [en ligne], UNCTAD Expert Meeting on Development Implications of International Investment Rule Making, 28-29 juin 2007 [consulté le 20 mai 2016], p. 4

d'une entreprise ou d'une exploitation commerciale<sup>128</sup> et qu'il soit effectué par un investisseur tel qu'il est défini dans l'Acte additionnel<sup>129</sup>. À ces conditions s'ajoutent aussi des cas d'exclusions, notamment les placements en portefeuille<sup>130</sup>.

49. Bien qu'elle ne soit pas totalement à l'abri d'une interprétation extensive, la définition retenue par l'Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO semble plus circonspecte que celle de la majeure partie des AII, qui accordent habituellement une protection généralisée de tout actif détenu ou contrôlé par l'investisseur. Le Traité modèle de la SADC préconise pour sa part une définition de l'investissement bien plus étroite, basée sur l'entreprise ou *enterprise based definition*<sup>131</sup>. En l'espèce, ne sont définis dans le cadre de l'investissement que les investissements directs ou les investissements effectués par une entreprise établie dans le pays d'accueil. Cette approche permet de conférer la protection aux entités créées ou acquises ainsi qu'aux actifs spécifiquement énumérés qu'une entreprise peut posséder<sup>132</sup>. Le TBI modèle exclu également de son champ certains actifs tels que les investissements de portefeuille ou autres investissements minimums aux fins, par exemple, de générer dans l'État hôte, des ventes de produits et services provenant d'un État étranger. Selon les rédacteurs du TBI modèle, l'objectif ici est de limiter la définition des investissements à ceux qui soutiennent réellement le développement durable et apportent des prestations sociales et économiques constructives<sup>133</sup>. Dans cette même dynamique, il a été procédé à la réorientation des règles de protection des investissements (TITRE I) auquel s'ajoute le renforcement des marges de manœuvre des États (TITRE II).

---

<sup>128</sup> Acte additionnel de la CEDEAO, art. 1 (c) (iv). La disposition vise à écarter certains biens du champ de protection conventionnelle, tels que des propriétés de vacances ou autres actifs achetés à des fins personnelles et non à titre d'investissements commerciaux. Voir., commentaire de l'article 2 du modèle d'Accord de l'IIDD in MANN (H), VON MOLTKE (K), PETERSON (L.E.), COSBEY (A), *Accord international sur l'investissement pour le développement durable : Guide du négociateur*, Winnipeg, IIDD, 2006, p. 8-9

<sup>129</sup> Acte additionnel de la CEDEAO, art. 1 (c) (v).

<sup>130</sup> Acte additionnel de la CEDEAO, art. 1 (c) (iv). Selon certains analystes, l'exclusion des investissements de portefeuille et des transactions purement commerciales permettrait aux pays hôtes d'accroître la possibilité de protéger des investissements qui contribuent à leur développement. Dans le même sens le modèle d'Accord sur l'investissement de l'IIDD, par exemple, exclut les investissements de portefeuille en se basant sur l'idée de l'absence d'un rôle et d'intérêt de gestion direct de l'investisseur. V., commentaire de l'article 2 du modèle d'Accord de l'IIDD, p. 8-9

<sup>131</sup> TBI modèle de la SADC, art. 2 (option 1). V., *SADC Model Bilateral Investment Treaty Template with Commentary*, Gaborone (Botswana), 2012, p. 12-13

<sup>132</sup> Les rédacteurs du TBI modèle précisent toutefois que la liste des actifs exposés n'est pas exhaustive mais illustre les types d'actifs qu'un investissement couvert en vertu du traité peut posséder. V., *SADC Model Bilateral Investment Treaty Template with Commentary*, Gaborone (Botswana), 2012, p. 12

<sup>133</sup> *Ibid.*



---

---

**TITRE I.**  
**LA RÉORIENTATION DES RÈGLES DE PROTECTION**  
**DES INVESTISSEMENTS**

---

---



- 
50. L'idée de « réorientation », à laquelle nous nous référons ici, s'entend dans son assertion la plus littérale, à savoir celle d'orienter à nouveau, de donner une nouvelle direction, et donc un sens nouveau, aux principales règles conventionnelles de protection des investissements. Ces règles avaient initialement été formulées de façon si générale qu'elles ont été parfois interprétées pour limiter la capacité des gouvernements à adopter de nouvelles lois et réglementations visant à protéger l'environnement ou certains droits sociaux. À ce sujet, Mahnaz MALIK affirme que « [le] silence dans les traités d'investissement sur les dimensions qualitatives du développement a conduit certains tribunaux à interpréter expressément les dispositions d'une manière favorable aux investisseurs »<sup>134</sup>.
51. De même, la Commission économique des Nations Unies pour l'Afrique (CEA) soutient que « les dispositions des accords d'investissement sont bien souvent formulées de manière générale, de sorte que la responsabilité éventuelle de l'État s'en voit accrue, permettant aux investisseurs de déposer plainte pour des différends relatifs aux investissements en invoquant quasiment n'importe quel motif »<sup>135</sup>. La prise en compte de cet état de fait avait conduit les rédacteurs des traités d'investissement de la CEDEAO et de la SADC à élaborer des *development-friendly versions*<sup>136</sup> des règles de protection que l'on retrouve habituellement dans les AII ; l'objectif ici étant de limiter la responsabilité des États parties lorsque ceux-ci adoptent des mesures relevant de leurs politiques de développement durable. Cette nouvelle orientation concerne aussi bien les règles de protection par renvoi (Chapitre I) que celles qui sont définies dans l'absolu (Chapitre II).

---

134 MALIK (M), « The IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Development », in CORDONIER SEGGER (M-C), NEWCOMBE (A) et GEHRING (M), *Sustainable Development in World Investment Law*, Kluwer law international BV, The Netherland, 2011, p. 568 [traduction de l'impétrant].

135 Partant de là, l'organisation estimera même que « la formulation même des TBI [...] suggère que les pays d'Afrique doivent se montrer particulièrement prudents lors de la signature et de la reconduction de ces accords ». Voir CEA, *Politiques d'investissement et accords bilatéraux d'investissement en Afrique : Implications pour l'intégration régionale*, Addis-Abeba (Ethiopie), mars 2016, p. 30.

136 L'expression est évoquée par Graham MAYEDA pour désigner l'émergence de nouvelles versions des dispositions des Accords internationaux d'investissement qui soient favorables au développement. In MAYEDA (G), « Sustainable International Investment Agreement », in CORDONIER SEGGER (M-C), NEWCOMBE (A) et GEHRING (M), *Sustainable Development in World Investment Law*, Kluwer law international BV, The Netherland, 2011, p. 544





---

---

**CHAPITRE I.**  
**LA RÉORIENTATION DES RÈGLES DE PROTECTION**  
**PAR RENVOI**

---

---



- 
52. Les règles de protection par renvoi sont des normes « relatives », c'est-à-dire celles dont le contenu se définit par référence au traitement accordé à d'autres investisseurs ou investissements. Elles n'ont pour ainsi dire pas d'existence autonome et ne tirent leur valeur juridique que du seul support conventionnel dans lequel elles ont été intégrées<sup>137</sup>. Également qualifiées de clauses de non-discrimination, ces normes « exigent généralement que le pays d'accueil traite les investisseurs ou les investissements étrangers d'une manière tout aussi favorable que les investissements réalisés par ses propres ressortissants (traitement national) ou par des ressortissants d'autres États (traitement de la nation la plus favorisée) »<sup>138</sup>.
53. Ces règles soulèvent en cela une problématique commune sous l'angle du développement durable, qui tient au fait que les États peuvent être amenés à traiter les investisseurs différemment pour atteindre leurs objectifs sociaux et environnementaux<sup>139</sup>. Face à cet état de fait, les traités régionaux d'investissement ont apporté des aménagements qui prennent toutefois en compte les spécificités de chaque règle conventionnelle. Ainsi, les aménagements ont respectivement consisté à clarifier la règle du traitement national (Section 1) et à mieux encadrer la règle de la nation la plus favorisée (Section 2).

---

137 CARREAU (D.), JUILLARD (P.), *Droit international économique*, Dalloz, 2013, p. 510

138 COTULA (L), « Traités d'investissement et développement durable : protection des investissements », sur *IIED* [en ligne], publié en mai 2014, p. 2, [consulté le 18 novembre 2015].

139 Les États peuvent avoir diverses raisons légitimes de traiter des investisseurs différemment. Ceux-ci pourraient, par exemple, vouloir imposer des normes environnementales différentes à des investisseurs impliqués dans des industries polluantes, au regard du degré d'impact écologique de l'activité considérée. Une telle initiative, bien que prise indépendamment des considérations de nationalité, pourrait constituer un manquement aux clauses conventionnelles de non-discrimination, s'il en résulte une différence de traitement entre investisseurs nationaux et étrangers (traitement national) ou entre investisseurs étrangers (nation la plus favorisée). L'État hôte verrait alors ses mesures environnementales être contestées par les opérateurs étrangers devant les tribunaux arbitraux pour traitement discriminatoire. Voir, en ce sens, MAYEDA (G), « Sustainable International Investment Agreement : Challenges and Solutions for Developing Countries », In CORDONIER SEGGER (M-C), NEWCOMBE (A) et GEHRING (M), *Sustainable Development in World Investment Law*, Wolters Kluwer Law & business, 2011, p. 546



## SECTION I.

### LA CLARIFICATION DE LA RÈGLE DU TRAITEMENT NATIONAL

54. La règle du traitement national est une obligation prévue dans la plupart des traités régionaux africains d'investissement<sup>140</sup>, dont le principe est d'« égaliser les conditions dans lesquelles opèrent l'investisseur étranger et l'investisseur national »<sup>141</sup>. L'obligation conventionnelle vise ainsi à protéger les investisseurs étrangers contre toute discrimination de l'État hôte en faveur des entreprises domestiques. Afin de s'assurer que l'obligation ne restreint pas de façon inappropriée la capacité des États à poursuivre leur objectifs de développement durable, les traités régionaux ont cherché à clarifier la norme en intégrant le concept des circonstances analogues (§ 1) et en limitant son champ d'application (§ 2).

#### § 1. L'INTÉGRATION DU CONCEPT DES « CIRCONSTANCES ANALOGUES »

55. Il importe avant tout de préciser que la formulation retenue au titre de la norme relative de traitement national est fondamentale, dans la mesure où les droits qui y sont attachés sont ceux énoncés dans les traités d'investissement<sup>142</sup>. Au regard des préoccupations que suscite l'application de l'obligation, du point de vue du développement durable, il a paru nécessaire aux rédacteurs des traités régionaux d'énoncer expressément le concept des circonstances analogues (A), tout en prenant soin d'en préciser le sens (B).

#### A. L'ÉNONCÉ DU CONCEPT

56. La référence aux « circonstances analogues » ne fut pas de tout temps prévue par les traités régionaux africains d'investissement. Le Protocole sur l'énergie de la CEDEAO, par exemple, se contentait de garantir à l'investisseur étranger un traitement *non moins favorable* que celui qui est réservé aux investissements des ressortissants de l'État hôte : « [...] on entend par 'traitement' le traitement qui est accordé par une Partie Contractante et qui n'est

---

<sup>140</sup> Il est à noter que le PFI de la SADC ne fait aucune référence à la règle du traitement national. Néanmoins, l'instrument prévoit en son article 6 § 1 un traitement juste et équitable, dont on pourrait considérer qu'il implique par le jeu d'une obligation générale de non-discrimination.

<sup>141</sup> CARREAU (D.), JUILLARD (P.), *Droit international économique*, Dalloz, 2013, p. 509

<sup>142</sup> L'opinion selon laquelle les exigences découlant de la règle de traitement national ne ressortent pas du droit coutumier, et doivent nécessairement être posées par le traité ; transparait notamment dans l'Affaire *Methanex v. United States of America*, sent. *Ad hoc* (NAFTA – Rég. CNUDCI), 3 août 2005, Partie IV, chapitre C, § 25.

---

pas moins favorable que celui qu'il accorde à ses propres investissements [...] »<sup>143</sup>. La simplicité apparente de la formulation est toutefois trompeuse et peut être assez difficile à appliquer dans la pratique ; surtout lorsque l'État hôte cherche à introduire de nouvelles réglementations d'appui au développement durable<sup>144</sup>. En effet, une telle formulation, incontestablement très « ouverte », laisse entendre que le traitement national s'applique dans toute sa généralité. Si l'approche semble clairement favorable à l'opérateur étranger en ce qu'elle permet d'établir plus facilement une violation de la règle<sup>145</sup>, elle est cependant une réelle source d'incertitude juridique pour l'État hôte, puisqu'il n'est justement pas nécessaire de faire la preuve d'une similarité des situations<sup>146</sup>.

57. Fort de ce constat, les récents instruments de la CEDEAO et de la SADC ont pris soin de préciser que l'obligation de traitement national s'applique uniquement aux investisseurs et investissements qui se retrouvent « dans des circonstances analogues ». Autrement dit, la discrimination n'est interdite qu'entre entreprise étrangère et entreprise nationale opérant dans des situations identiques. Le principe est nettement exprimé à l'article 4 § 1 du traité modèle de la SADC en ces termes : « [...] *each State Party shall accord to Investors and their Investments treatment no less favorable than the treatment it accords, **in like circumstances**, to its own investors and their investments with respect to the management, operation and disposition of Investments in its territory* ». De la sorte, le TBI modèle fait de la similarité des situations une condition nécessaire à la constatation d'un manquement à l'obligation de traitement national.
58. Le Protocole révisé de la SADC sur la finance et l'investissement (PFI) dispose à son tour qu'« un État partie accorde aux investisseurs et à leurs investissements un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde, **dans des circonstances analogues**, à ses propres investisseurs et à leurs investissements en ce qui concerne la gestion, l'exploitation et l'aliénation des investissements sur son territoire. »<sup>147</sup>. Dans le même sens, l'article 5 de

---

<sup>143</sup> Protocole sur l'énergie de la CEDEAO, art. 10 § 3.

<sup>144</sup> L'application stricte de l'obligation conventionnelle pourrait par exemple restreindre l'aptitude de l'État hôte à effectuer une distinction entre des projets d'investissement d'opérateurs nationaux écologiquement plus rentables que ceux d'investisseurs étrangers. Sur ce point, voir notamment VON MOLTKE (K), *An International Investment Regime ? Issues of Sustainability*, Winnipeg, IISD, 2000, p. 50 et s.

<sup>145</sup> De plus, en assurant à l'investisseur étranger un traitement non moins favorable que celui accordé aux investissements de ressortissants de l'État hôte, la formulation laisse supposer que ce dernier pourrait sans doute bénéficier d'un traitement plus favorable que celui des opérateurs nationaux.

<sup>146</sup> DE NANTEUIL (A), *Droit international des investissements*, Pedone, 2014, p. 292

<sup>147</sup> PFI de la SADC, annexe 1 révisée, art. 6 § 1 [caractères gras ajoutés].

---

l'Acte additionnel de la CEDEAO prévoit une exigence de similarité des circonstances dans deux paragraphes distincts, respectivement consacrés au traitement de l'investisseur étranger et au traitement de l'investissement lui-même<sup>148</sup>.

59. En intégrant le concept des « circonstances analogues », les traités régionaux d'investissement permettent aux États hôtes de maintenir une certaine flexibilité dans la mise en œuvre de leurs politiques de développement durable. Ils optent surtout pour un choix rédactionnel plus rigoureux, précisant par le principe d'analogie que « le traitement dont bénéficient les opérateurs nationaux n'a pas vocation à être étendu directement et sans condition à l'ensemble des investisseurs étrangers : seuls ceux qui se trouvent dans une situation identique sont en droit de prétendre à une telle protection »<sup>149</sup>. Cette approche est d'ailleurs celle préconisée par la Banque mondiale, dont les lignes directrices sur le traitement de l'investissement étranger prévoient l'application du traitement national aux investisseurs nationaux et étrangers exerçant dans des « circonstances similaires »<sup>150</sup>.
60. De la sorte, les tribunaux statuant sur le fondement de ces instruments seraient amenés à préalablement établir la similarité des situations, avant d'examiner une différence éventuelle de traitement entre opérateurs étrangers et nationaux. Certains analystes ont néanmoins estimé que le principe d'analogie pouvait être entrevu dans un traité même si le terme « circonstances similaires » n'y apparaît pas. Pour ces derniers, « [...] l'absence de cette précision n'altère pas la consistance de l'obligation, car la doctrine considère qu'en pareil cas, "la condition d'analogie est implicite" »<sup>151</sup>. La mention textuelle du principe serait alors superficielle, tant elle est évidente. Il convient cependant de garder à l'esprit qu'une norme exprimée vaguement pourrait donner aux arbitres la possibilité d'appliquer une

---

<sup>148</sup> Selon l'article 5 de l'Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO : « (1) Chaque État Membre accorde **aux investisseurs** d'un autre État Membre un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde, dans des **circonstances analogues**, à tout investisseur opérant sur son territoire, en ce qui concerne la gestion, la direction, l'exploitation, l'expansion et la vente ou autre aliénation d'investissements. (2) Chaque État Membre accorde **aux investissements** effectués par les investisseurs d'un autre État Membre, un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde, dans des **circonstances analogues**, aux investissements effectués par ses propres investisseurs, en ce qui concerne la gestion, la direction, l'exploitation, l'expansion et la vente ou autre aliénation d'investissements ». [Caractères gras ajoutés].

<sup>149</sup> DE NANTEUIL (A), *Droit international des investissements*, Pedone, 2014, p. 290

<sup>150</sup> CNUCED, *Compendium*, vol 1, p. 247, *op.*, cité par NANTEUIL in DE NANTEUIL (A), *Droit international des investissements*, Pedone, 2014, p. 291

<sup>151</sup> BEN HAMIDA (W) in *L'arbitrage transnational unilatéral*, thèse dactylographiée, Paris II, 2003, cité par BONOMO dans BONOMO (S), *Traités bilatéraux relatifs aux investissements : entre protection des investissements étrangers et sauvegarde de la souveraineté des États*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille (P.U.A.M.), 2012, p. 185



---

interprétation expansive du concept qui, entre autres conséquences, aboutirait à qualifier des mesures sociales ou environnementales d'infractions à l'obligation de traitement nationale.

61. Si la question semblait ne pas poser de difficultés au regard des premières décisions interprétant cette condition<sup>152</sup>, la jurisprudence s'est illustrée dans certaines affaires en faisant prévaloir une interprétation extensive de la description des circonstances similaires ; au point de regrouper dans la même catégorie des investisseurs engagés dans des secteurs économiques et des activités tout à fait différents<sup>153</sup>. Le débat est donc loin d'être épuisé, et « la question se pose [encore aujourd'hui] de savoir si les deux investisseurs doivent exercer exactement la même activité, ou si le constat qu'ils interviennent dans des secteurs d'activités proches est suffisant »<sup>154</sup>. De ce fait, la mention textuelle de l'exigence d'analogie des situations semble plus circonspecte, pour qui veut éviter l'usage imprévisible des critères d'appréciation de l'obligation de traitement national. Mieux, les traités régionaux ont prévu des dispositions qui visent à préciser le sens du concept, et ainsi aider les juges à déterminer les situations auxquelles le substantif « analogue » pourrait s'appliquer.

---

<sup>152</sup> Les premières décisions rendues sur la question relèvent du contentieux de l'ALENA, qui seront plus tard complétées par des décisions rendues sur le fondement d'autres accords internationaux sur l'investissement. Ainsi, par exemple, dans l'*Affaire Marvin Roy Feldman Karpa c. Mexique*, les arbitres ont jugé que les sociétés engagées dans la distribution de cigarettes appartiennent au même « univers », tandis que les entreprises œuvrant dans la production de cigarettes, ne peuvent être considérées comme étant dans une situation similaire à celle de sociétés distributrices (voir *Marvin Roy Feldman Karpa c. Mexique*, sentence du 16 décembre 2002, § 171.). De même, dans l'*Affaire ADF Goup Inc. c. États-Unis d'Amérique*, les juges ont refusé de considérer qu'une filiale américaine exportant le métal à sa société mère au Canada, se trouvait dans une situation identique à celle d'un investisseur américain dont l'activité était consacrée à transformer le métal (v. *ADF Goup Inc. c. États-Unis d'Amérique*, sentence du 9 janvier 2003. Enfin, dans l'*Affaire Methanex c. États-Unis d'Amérique*, le tribunal a considéré qu'un producteur d'éthanol n'était pas dans une situation analogue à un producteur de méthanol, les deux produits n'étant pas directement en compétition (v. *Methanex Corporation c. États-Unis d'Amérique*, sentence finale, 3 août 2005, Partie IV, chapitre B, § 28).

<sup>153</sup> C'est le cas notamment de l'*Affaire Occidental Exploration and Production Co. c. Équateur* où le tribunal est parvenu à mettre sur un même pied d'égalité un exportateur national de fleur et un investisseur étranger exportant des hydrocarbures. En l'espèce, l'investisseur américain qui transportait des hydrocarbures n'avait pas reçu de remboursement de taxes de la part des autorités fiscales équatoriennes, alors que des entreprises locales exportant des fleurs avaient quant à elles bénéficiées de ces remboursements. Une des problématiques était de déterminer si un investisseur étranger exportant des hydrocarbures se trouvait dans une situation analogue à celle d'entreprises équatoriennes opérant dans le domaine de l'exportation des fleurs. À cette question, les juges ont privilégié une approche extensive du terme "*in like situations*", soutenant que ce dernier ne peut être interprété « *in the narrow sens advanced by Ecuador [...] and this cannot be done by addressing exclusively the sectors in which that particular activity is undertaken* » (*Occidental Exploration and Production Co. c. Équateur*, sentence finale du 1er juillet 2004, § 167-179, spéc., § 173).

<sup>154</sup> AUDIT (M), BOLLEE (S), CALLE (P), *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, LGDJ-Lextenso éd., 2014, p. 241

---

## B. LA PRÉCISION DU CONCEPT

62. L'obligation de traitement national implique, certes, une égalité de traitement entre opérateurs nationaux et étrangers, mais cette égalité n'a pas vocation à être automatique. Il est donc important de prendre soin d'établir clairement les conditions d'analogie. À ce sujet, les traités régionaux proposent une rédaction intéressante sous l'angle du développement durable. En effet, ceux-ci commencent d'abord par préciser que « le concept de "dans des circonstances analogues" exige un examen global, au cas par cas, de toutes les circonstances dans lesquelles un investissement est effectué [...] »<sup>155</sup>. Ce préalable étant établi, les instruments régionaux poursuivent en exposant expressément les critères nécessaires à l'identification des circonstances analogues. Ces critères ont trait aux aspects socio-environnementaux (1) ainsi que d'autres facteurs pertinents à l'examen des circonstances analogues (2).

### 1. L'inclusion de critères sociaux et environnementaux

63. Traditionnellement, les critères retenus par les tribunaux pour déterminer la similitude des circonstances étaient limités aux considérations purement commerciales. Une telle approche n'est pas sans conséquence sur la capacité des États à réglementer en faveur du développement durable, puisque l'ensemble des raisons motivant la mesure en cause n'est pas pleinement considéré. Pour y remédier, la nouvelle génération des traités régionaux a introduit des critères socio-environnementaux, tels que les « incidences sur les tiers et la collectivité locale »<sup>156</sup>. En outre, le PFI révisé de la SADC stipule en son article 6 § 2 (b) que doivent également être considérées les « [...] incidences sur l'environnement local, régional ou national, y compris les effets cumulés de la totalité des investissements réalisés dans une juridiction sur l'environnement ». Le Protocole révisé reprend ici en réalité les termes de l'article 4 § 2 (b) du TBI modèle, qui prévoit la prise en compte des « [...] effects

---

<sup>155</sup> Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO, art. 5 § 4. Dans le même sens, l'article 4 § 2 du TBI modèle de la SADC dispose ainsi : « *For greater certainty, references to "like circumstances" [...] require an overall examination on a case-by-case basis of all the circumstances of an Investment [...]. The examination referred to in this paragraph shall not be limited to or be biased toward any one factor* ». La phrase introductive du deuxième paragraphe de l'article 6 du PFI révisé de la SADC prévoit aussi une formulation pareille en ces termes : « Pour plus de certitude, les références à l'expression « dans des circonstances analogues » exigent un examen global, au cas par cas, de toutes les circonstances dans lesquelles un investissement est réalisé [...] ».

<sup>156</sup> Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO, art. 5 § 4 (a) ; TBI modèle de la SADC, art. 4 § 2 (a) ; PFI de la SADC, annexe 1 révisée, art. 6 § 2 (a).

---

*on the local, regional or national environment, including the cumulative effects of all investments within a jurisdiction on the environment ».*

64. L'article 5 § 4 (b) de l'Acte additionnel de la CEDEAO rajoutera, au-delà des incidences sur l'environnement local, régional ou national, l'examen des incidences sur « [...] la santé des populations, ou sur le patrimoine mondial de l'humanité ». La disposition intègre ainsi dans l'analyse de l'obligation conventionnelle certains aspects du développement durable qui n'étaient jusqu'alors abordés que dans des types particuliers d'instruments internationaux, tels que la Convention relative à la protection du patrimoine mondial culturel et naturel<sup>157</sup>. Adoptée le 16 novembre 1972, à la 17<sup>ème</sup> session de la Conférence générale de l'UNESCO à Paris, la Convention affirme en effet que « [...] certains biens du patrimoine culturel et naturel présentent un intérêt exceptionnel qui nécessite leur préservation en tant qu'élément du patrimoine mondial de l'humanité tout entière »<sup>158</sup>.
65. L'introduction de tels critères vient sans doute en réponse à certaines décisions arbitrales pour qui seule compte la question de savoir si les actions ou omissions de l'État d'accueil ont eu un impact économique négatif sur les investisseurs étrangers<sup>159</sup>. L'assertion mériterait toutefois d'être nuancée au regard des évolutions de la jurisprudence arbitrale qui, dans certains cas, a considéré l'héritage culturel et les impacts sur l'environnement comme facteurs déterminants à l'évaluation des circonstances analogues<sup>160</sup>. Il s'agit d'une avancée fort prometteuse qui, si elle est suivie dans les contentieux à venir, pourrait contrecarrer les potentiels obstacles de l'obligation conventionnelle concernant les mesures qui visent à limiter les risques socio-environnementaux de certains investissements.

---

<sup>157</sup> La notion de patrimoine mondial désigne un ensemble de biens culturels et naturels présentant un intérêt particulier pour l'héritage commun de l'humanité, actualisé chaque année depuis 1978 par le comité du patrimoine mondial de l'organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO), une institution spécialisée de l'ONU.

<sup>158</sup> UNESCO, Convention relative à la protection du patrimoine mondial culturel et naturel, préambule, § 6.

<sup>159</sup> BERNASCONI-OSTERWALDER (N), COSBEY (A), JOHNSON (L) et VIS-DUNBAR (D), *Les traités d'investissement et leur importance pour le développement durable : questions et réponses*, Winniped, IIDD, 2012, p. 25

<sup>160</sup> Affaire *Pakerings-Companiet AS c. République de Lituanie*, sentence du 11 septembre 2007, § 392.

## 2. L'inclusion d'autres facteurs pertinents à l'examen des circonstances analogues

66. Au-delà des critères socio-environnementaux, d'autres facteurs, tout aussi pertinents, sont prévus par les traités régionaux pour une évaluation appropriée des conditions d'analogie entre investisseurs nationaux et étrangers. Le premier facteur considéré à cet égard est « le secteur dans lequel l'investissement est actif »<sup>161</sup>. Cette disposition fait appel à une double observation. D'abord, elle instaure fermement le principe selon lequel l'investisseur étranger et l'investisseur national doivent, au préalable, se trouver en concurrence dans le même secteur économique pour que l'exigence de la similarité des situations soit établie<sup>162</sup>. Ensuite, la disposition conventionnelle pourrait aussi laisser supposer que le fait d'intervenir dans le même secteur économique n'est pas systématiquement une garantie de situation analogue.
67. En effet, quand bien même opérateurs étrangers et nationaux se trouveraient en situation concurrentielle, la singularité de certaines positions pourrait justifier des traitements différentiels, sans que ceux-ci ne soient réputés discriminatoires<sup>163</sup>. Les seconds facteurs considérés par les traités régionaux ont pour leur part trait au but et au processus de réglementation de la mesure en cause. Classiquement, la seule différence de traitement pouvait suffire à établir un manquement au traitement national ; que celle-ci résulte des normes applicables à l'investisseur étranger (discrimination *de jure*) ou de l'analyse des conséquences matérielles concrètes faisant ressortir un traitement moins favorable (discrimination *de facto*).
68. Concernant le cas particulier de la discrimination de facto, les arbitres ont eu tendance à se concentrer sur l'effet de la mesure sur l'investisseur étranger, plutôt que sur le motif de la mesure en question. Certains tribunaux ont ainsi déclaré que l'intention d'exercer une discrimination ne constitue pas un élément indispensable pour conclure à une violation de

---

<sup>161</sup> Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO, art. 5 § 4 (c) ; TBI modèle de la SADC, art. 4 § 2 (c) ; PFI révisé de la SADC, art. 6 § 2 (c).

<sup>162</sup> L'Acte additionnel adopte ainsi une position claire sur une question encore débattue dans la doctrine et dans la jurisprudence concernant le fait de savoir si les opérateurs nationaux et étrangers doivent exercer exactement la même activité, ou si le seul constat qu'ils interviennent dans des secteurs d'activités proches suffisait. De cette manière, un investisseur sénégalais exerçant dans l'industrie extractive au Mali ne pourra pas prétendre qu'il est traité moins favorablement que les investisseurs maliens opérant dans le secteur des services.

<sup>163</sup> Sur cette base, un investisseur étranger fabriquant les mêmes produits qu'un investisseur national, mais en utilisant un procédé plus polluant et qui se voit être affecté par une réglementation à visée écologique (réduction de gaz à effet de serre, par ex.), serait peu enclin à poursuivre l'État hôte sur le fondement de la violation de l'obligation de traitement national.

---

l'obligation de traitement national<sup>164</sup>, tandis que d'autres adoptaient une solution plus ambiguë, voire contradictoire<sup>165</sup>. À l'évidence, les tâtonnements de la jurisprudence et surtout la confusion entretenue entre un traitement différentiel et un traitement discriminatoire sont de nature amplifier les contraintes générées par la clause du traitement national. Si ces approches pouvaient jusqu'alors se justifier<sup>166</sup>, le fait, pour les juges, de se focaliser sur l'impact des mesures au détriment de l'intention peut se révéler particulièrement paralysant pour les États qui cherchent à adopter de nouvelles politiques et réglementation pour soutenir le développement durable<sup>167</sup>.

69. En exigeant que soit désormais considéré le but de la mesure en cause<sup>168</sup>, les traités régionaux d'investissement prennent surtout le contre-pied de l'approche classique ; car, ici, ce qui importe n'est pas tant la différence de traitement que la justification de celle-ci. Le fait de préciser expressément que les buts d'une mesure sont examinés, de pair avec les autres facteurs énumérés, empêchera ainsi tout autre effort visant à éliminer le but d'une mesure du champ de l'examen des conditions d'analogie. Bien plus, cette disposition

---

<sup>164</sup> Voir, par exemple, les affaires *S.D. Myers c. Canada*, sentence intérimaire du 13 novembre 2000, § 254 ; *Occidental Exploration and Production Co c. Equateur*, sentence finale, 1er juillet 2004, § 177 ; *Siemens A.G. c. Argentine*, décision du 6 février 2007, § 321.

<sup>165</sup> Dans l'*Affaire Methanex c. États-Unis d'Amérique*, par exemple, le tribunal a déclaré que pour établir le manquement à l'obligation de traitement national, il n'était pas nécessaire de démontrer l'existence d'une intention maligne de la part de l'État récepteur. Toutefois, il a aussi affirmé que pour fonder la violation de cette obligation conventionnelle, l'investisseur (Methanex) se devait de : « [...] demonstrate, cumulatively, that California intended to favour domestic investors by discriminating against foreign investors and that Methanex and the domestic investor supposedly being favored by California are in like circumstances » . Voir, *Methanex v. United States of America*, sent. *Ad hoc* (NAFTA – Rég. CNUDCI), 3 août 2005, Partie IV, chapitre B, § 12.

<sup>166</sup> À ce sujet, Stéphane BONOMO faisait remarquer que les accords internationaux sur l'investissement ne prévoyaient généralement pas qu'une intention de discrimination soit établie pour l'engagement de la responsabilité de l'État. Il fallait donc s'en tenir au texte conventionnel et considérer qu'il y a violation de la règle de traitement national, dès lors que l'investisseur étranger souffre d'un désavantage comparatif par rapport à des entreprises se trouvant dans une « situation analogue ». In BONOMO (S), *Traités bilatéraux relatifs aux investissements : entre protection des investissements étrangers et sauvegarde de la souveraineté des États*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille (P.U.A.M.), 2012, p. 188

<sup>167</sup> Une belle illustration nous est donnée par l'IIDD en ces termes : « Supposons, par exemple, qu'un pays autorise des investissements étrangers dans ses services de santé, mais exige que les prestataires de services soient certifiés en conformité avec des normes professionnelles nationales. Si la procédure de certification, bien qu'établie en vue de réglementer et garantir la qualité des services de santé, donne lieu à un fardeau que le prestataire de services étranger aurait plus de peine à supporter que des prestataires nationaux, cette exigence de certification pourrait en principe être considérée comme violant l'obligation de traitement national ». In BERNASCONI-OSTERWALDER (N), COSBEY (A), JOHNSON (L) et VIS-DUNBAR (D), *Les traités d'investissement et leur importance pour le développement durable : questions et réponses*, Winnipéd, IIDD, 2012, p. 25-26

<sup>168</sup> Additionnel sur l'investissement de la CEDEAO, art. 5 § 4 (d) ; TBI modèle de la SADC, art. 4 § 2 (d). PFI révisé de la SADC, art. 6 § 2 (d).

---

pourrait aider les juges des traités à limiter le champ d'application de la clause du traitement national à un ensemble plus raisonnable de situations<sup>169</sup>.

70. Dans cette même visée, les instruments régionaux prévoient aussi que soit examiné « le processus réglementaire généralement appliqué concernant la mesure en question »<sup>170</sup> ; ce qui permet de voir si la mesure contestée cachait réellement une intention maligne de la part de l'État récepteur. Une telle disposition s'avère par ailleurs rassurante pour les investisseurs, puisqu'une norme d'apparence neutre peut dissimuler une différence factuelle de traitement non justifiée<sup>171</sup>.

---

<sup>169</sup> BERNASCONI-OSTERWALDER (N), COSBEY (A), JOHNSON (L) et VIS-DUNBAR (D), *Les traités d'investissement et leur importance pour le développement durable : questions et réponses*, Winniped, IIDD, 2012, p. 25

<sup>170</sup> Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO, art. 5 § 4 (e). TBI modèle de la SADC art. 4 § 2 (e) ; Annexe 1 révisée du PFI révisée de la SADC, art. 6 § 2 (e).

<sup>171</sup> DE NANTEUIL (A), *Droit international des investissements*, Pedone, 2014, p. 296

---

## § 2. LA LIMITATION DU CHAMP D'APPLICATION

71. Les traités régionaux africains d'investissement prévoient également des limites explicites à l'application de l'obligation de traitement national. Nous nous pencherons tout d'abord sur les limites posées au domaine d'application matériel (A), pour ensuite analyser les limites des domaines d'application spatiale (B) et temporelle (C).

### A. LA LIMITATION DU CHAMP D'APPLICATION MATÉRIEL

72. Dans le cadre des stratégies nationales de développement durable, les États peuvent vouloir soutenir les opérateurs locaux<sup>172</sup> ou conserver le contrôle exclusif de certaines industries en raison de leurs caractéristiques particulières<sup>173</sup>, sans pour autant violer l'obligation de traitement national. Pour y parvenir, les instruments de la SADC proposent une double approche. La première consiste à exclure de la couverture conventionnelle certaines industries et mesures étatiques, existantes et futures. À cet effet, l'article 4 § 3 (a) de TBI modèle stipule que l'obligation de non-discrimination « [...] *shall not apply to the measures, present or future, or sectors and activities set out in the Schedules to this Agreement* ». Les États disposeraient alors de la possibilité de notifier à leurs homologues les secteurs et activités qu'ils entendent soustraire au champ d'application de la disposition.

73. Aussi, pourront-ils établir une liste de mesures dites « non conformes » qui, dans les faits, se traduirait par une discrimination intentionnelle ou prévisible à l'encontre des investisseurs étrangers<sup>174</sup>. La démarche répond à des exigences pratiques de gouvernance et vise à préserver le droit des États à accorder un traitement plus favorable aux investisseurs nationaux si ce traitement est nécessaire au développement de l'économie locale. Certains spécialistes ne manqueront pas de souligner l'importance de l'inclusion d'une telle clause pour ne pas gêner la politique industrielle de l'État hôte : « Les accords d'investissement doivent expressément définir des dérogations au traitement national et convenir d'une liste de dérogations pour les activités et secteurs où le TN n'aura pas vocation à s'appliquer, par

---

<sup>172</sup> Ce soutien peut revêtir plusieurs formes, notamment s'agir de subventions ou un traitement fiscal préférentiel, l'adoption de programmes de développement et de valorisation des compétences.

<sup>173</sup> Il s'agit généralement, mais non exclusivement, des secteurs de la technologie, la défense, l'aviation, les services financiers, la pêche, etc.

<sup>174</sup> BERNASCONI-OSTERWALDER (N), COSBEY (A), JOHNSON (L) et VIS-DUNBAR (D), *Les traités d'investissement et leur importance pour le développement durable : questions et réponses*, Winnipéd, IIDD, 2012, p. 30

---

exemple pour les petites exploitations agricoles et les micro-entreprises »<sup>175</sup>. L'approche est réaffirmée par l'annexe 1 révisée du PFI en ces termes : « Nonobstant les dispositions du paragraphe 1 [relatives à l'obligation de traitement national], les États parties peuvent, conformément à leurs législations internes respectives, accorder un traitement préférentiel aux investissements et aux investisseurs nationaux afin de réaliser les objectifs nationaux de développement »<sup>176</sup>.

74. La seconde approche consiste quant à elle à inclure une clause qui exempterait ou réduirait le besoin pour les États d'inscrire toutes les mesures non conformes existant à tous les paliers de gouvernement<sup>177</sup> ainsi que les amendements futurs, tant que ceux-ci ne sont pas moins favorables que le traitement accordé à l'époque de l'investissement initial. Elle est proposée à l'article 4 § 3 (b) du TBI modèle en ces termes : « *Unless otherwise set out in the Schedules, Paragraph 4.1 shall not apply to nonconforming measures, if any, existing at the date of entry into force of this Agreement maintained by each State Party under its laws and regulations or any amendment or modification to such measures, provided that the amendment or modification does not decrease the conformity of the measure as it existed immediately before the amendment or modification. Subject to paragraph 4.3(a), treatment granted to investment once admitted shall in no case be less favourable than that granted at the time when the original investment was made* ». De la sorte, l'option d'une liste d'exclusion exposée dans la première approche permettrait de se focaliser sur les industries et mesures étatiques les plus significatives.

---

<sup>175</sup> LUTHER (M. M) et COLLINSON (H), « Accords d'investissement internationaux : Guide de sensibilisation pour la société civile », sur *SEATINI et TRAI DCRAFT* [en ligne], publié en 2015, p. 11, [consulté le 20 avril 2016].

<sup>176</sup> PFI de la SADC, annexe 1 révisée du, art. 6 § 3. [Encadré ajouté].

<sup>177</sup> Il s'agit notamment du niveau central et des autres subdivisions politiques et administratives.



---

## B. LA LIMITATION DU CHAMP D'APPLICATION SPATIAL

75. L'application de la règle du traitement national aux entités fédérées est une question complexe qui n'a pas toujours été abordée par la pratique conventionnelle. Il peut même paraître curieux de voir l'Acte additionnel de la CEDEAO aborder cette hypothèse ; surtout quand on sait que les actes des subdivisions administratives ou politiques sont imputables à l'État du point de vue du droit international<sup>178</sup>. Toutefois, la pratique montre que dans la plupart des systèmes fédéraux, les entités locales disposent de la possibilité d'octroyer à leurs opérateurs économiques un traitement plus favorable que celui qu'elles accordent aux investisseurs organisés en vertu des lois d'autres subdivisions<sup>179</sup>. Se pose alors la question de l'articulation d'une telle possibilité avec l'exigence de traitement national.
76. Il s'agit plus précisément de savoir si l'investisseur étranger ayant affaire à un État fédéré peut bénéficier du même niveau de protection que cet État accorde à ses propres opérateurs ou seulement du traitement que l'État fédéré garanti aux opérateurs des autres entités fédérées du même État. Autrement dit, le domaine d'application *ratione loci* de l'obligation permet-il à l'investisseur étranger de se voir étendre les avantages conférés aux investisseurs locaux ou doivent-ils se contenter du traitement réservé aux entités extérieures à la subdivision ? À cette interrogation, l'article 5 § 3 de l'Acte additionnel de la CEDEAO tranche en faveur de l'octroi du traitement reconnu aux investisseurs issus des autres entités fédérées : « le traitement accordé par un État Membre [...] signifie, en ce qui concerne un niveau local autre que national, un traitement qui n'est pas moins favorable que celui que le gouvernement accorde, dans des circonstances analogues, aux investisseurs au sein de la Communauté ».
77. En clair, les entités fédérées auront uniquement l'obligation de fournir le traitement qui n'est pas moins favorable que celui qu'ils accordent aux investisseurs des autres parties du pays. L'analyse de l'article permet, par ailleurs, de dégager un critère supplémentaire d'évaluation de l'exigence de similarité, à savoir, que l'appréciation des circonstances

---

<sup>178</sup> Voir notamment sur ce point le rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa trente-deuxième session (1980), dans l'Annuaire de la CDI, 1980, vol. II, deuxième partie, pp. 29 ss. On y reproduit la résolution du 25 juillet adoptée par la Commission, qui accompagne l'ensemble des articles de la première partie du projet, concernant l'origine de la responsabilité internationale des États pour faits internationalement illicites. L'article 7 § 1 du projet d'articles de la C.D.I. sur la responsabilité des États stipulait en effet qu' : « est aussi considéré comme un fait de l'État d'après le droit international, le comportement d'un organe d'une collectivité publique territoriale de cet État, pour autant que, en l'occurrence, il ait agi en cette qualité ».

<sup>179</sup> Voir, en ce sens, ADEFULU (A) et ODUJINRIN (A), « Nigeria : National Treatment & Nigeria's New Local Content Legislation », sur *Mondaq* [en ligne], publié le 9 juin 2010, [consulté le 30 avril 2017].

---

analogues doit aussi tenir compte des différents paliers de gouvernement. Ainsi, en cas de litige, il faudrait aller au-delà d'une simple comparaison entre les investisseurs étrangers et nationaux pour examiner l'attitude adoptée par l'État fédéré à d'autres agissements et mesures émanant de ce même État ; et non pas examiner la façon dont d'autres gouvernements à ce palier pourraient agir<sup>180</sup>. Une telle approche semble évidente, mais elle mérite tout de même d'être précisée vu qu'elle a déjà été remise en question par la jurisprudence arbitrale<sup>181</sup>. L'Acte additionnel pallie de la sorte une lacune du droit conventionnel et permet d'opérer une distinction en faveur des entreprises locales, tant que les traitements offerts aux opérateurs extérieurs touchent de manière impartiale, à la fois les investisseurs nationaux et étrangers<sup>182</sup>.

### C. LA LIMITATION DU CHAMP D'APPLICATION TEMPOREL

78. La détermination de l'étendue des intérêts protégés par la règle de traitement national s'opère également au travers d'une distinction temporelle. À cet effet, l'obligation prévue dans les traités d'investissement de la CEDEAO et de la SADC s'applique aux investissements déjà implantés ou exploités sur le territoire du pays d'accueil. En d'autres termes, la portée de la protection des investisseurs et des investissements est limitée à la phase post établissement, puisqu'elle concerne uniquement « la gestion, la direction, l'exploitation, l'expansion et la vente ou autre aliénation d'investissements »<sup>183</sup>. L'article 4 § 1 du TBI modèle de la SADC limite également la clause à la phase postérieure à la constitution de l'investissement, en stipulant que : « [...] *each State Party shall accord to Investors and their Investments treatment no less favorable than the treatment it accords, in like circumstances, to its own investors and their investments with respect to the management, operation and disposition of Investments in its territory* ».

---

<sup>180</sup> L'analyse est empruntée au commentaire de l'article 5 de l'Accord modèle de l'IIDD, in MANN (H), VON MOLTKE (K), PETERSON (L.E.), COSBEY (A), *Accord international sur l'investissement pour le développement durable*, Guide du négociateur, Winnipeg, IIDD, 2006, p. 17

<sup>181</sup> Voir, par exemple, *Affaire Pope & Talbot*, Sentence intérimaire du 10 avril 2001, § 41.

<sup>182</sup> La clairvoyance des rédacteurs de l'Acte additionnel peut être soutenue par les propos de Arnaud DE NANTEUIL, qui faisait remarquer que la question de la prise en compte des différents paliers de gouvernement « [...] est plus que jamais susceptible de se poser, les agissements poursuivis étant très fréquemment ceux des entités locales dans la pratique du contentieux transnational, simplement parce que les investisseurs étrangers se trouvent, en règle générale, en contact principalement avec l'autorité dans un système fédéral ». In DE NANTEUIL (A), *Droit international des investissements*, Pedone, 2014, p. 298

<sup>183</sup> Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO, art. 5 § 1 et 2. En des termes presque identiques, l'article 6 § 1 du PFI révisé de la SADC limite la protection conventionnelle à « la gestion, l'exploitation et l'aliénation des investissements [...] » au sein du territoire hôte.

79. Ces articles reflètent par ailleurs l'attachement des Parties à la souveraineté nationale et leur volonté à ne pas remettre en cause le principe du droit coutumier selon lequel un État demeure libre de définir les conditions auxquelles un étranger peut être autorisé à rentrer et séjourner sur son territoire<sup>184</sup>. En effet, par de telles dispositions, les conditions d'admission des investissements étrangers échappent à l'application des traités régionaux et demeurent entièrement sous le contrôle des États, qui peuvent soumettre ces derniers à une procédure de déclaration ou d'autorisation préalable. Dans ce sens, l'article 11 § 2 de l'Acte additionnel de la CEDEAO précisera que « les investisseurs et les investissements doivent se conformer aux mesures de l'État d'accueil qui prescrivent les formalités concernant l'établissement d'un investissement et accepter la compétence de l'État d'accueil concernant l'investissement ». En se réservant la faculté d'exercer un contrôle et, éventuellement, de refuser l'admission d'investissements en territoire national, les traités CEDEAO et SADC adoptent une posture manifestement moins *ouverte* que d'autres instruments régionaux africains plus intégrateur, tel que l'Accord sur l'investissement du COMESA<sup>185</sup>.

80. Ce choix se justifie toutefois par une exigence de prévisibilité, vue que l'inclusion de droits pré-établissements dans un traité pourrait légalement restreindre la capacité des États à opérer des changements postérieurs du droit interne ; et ce, même si les besoins socio-économiques ou environnementaux l'exigent. Le contrôle des droits d'établissement permettrait ainsi aux États d'examiner les investissements étrangers potentiels et de garantir à ceux qui sont admis qu'ils seront, en principe, traités non moins favorablement que les nationaux. À cet égard, le TBI modèle de la SADC prend soin de préciser que « *The State Parties shall promote and admit Investments in accordance with their applicable law, and shall apply such laws in good faith.* »<sup>186</sup>. Dans tous les cas, l'exclusion de droits pré-établissement n'empêche aucunement un État membre de prendre des mesures d'ouverture,

---

<sup>184</sup> Selon les Professeurs DUPUY et KERBRAT, l'exclusivité et la généralité de la souveraineté territoriale permettent à l'État « d'assumer la pleine maîtrise des utilisations de son territoire, y compris le droit d'en interdire l'accès ». in DUPUY (P-M) et KERBRAT (Y), *Droit international public*, Dalloz, 2014, 921 p. 90. Voir également DECAUX (E), DE FROUVILLE (O), *Droit international public*, Dalloz, 2016, p. 190 ;

<sup>185</sup> Contrairement aux instruments étudiés, l'Accord relatif à la zone commune d'investissement du COMESA érige en principe la liberté de circulation en son article 17 : « [...] *each Member State shall accord to COMESA investors and their investments treatment no less favourable than the treatment it accords, in like circumstance, to its own investors and to their investments with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, operation and disposition of investments in its territory* ». L'obligation de traitement national crée ainsi des *droits pré-établissement* ou *droits d'établissement* qui habilite l'investisseur étranger à s'installer et exercer dans des conditions non moins favorables qu'un investisseur national. L'obligation peut toutefois être assortie de réserves.

<sup>186</sup> TBI modèle de la SADC, art. 3 [caractères gras ajoutés].

---

totale ou partielle, de son marché aux investissements régionaux. La libéralisation des investissements relèvera dès lors du droit national et non de l'instrument régional.



## SECTION II.

### L'ENCADREMENT DE LA RÈGLE DE LA NATION LA PLUS FAVORISÉE

81. L'obligation conventionnelle de la nation la plus favorisée (NPF) implique que chaque État partie s'engage à traiter les investisseurs et/ou investissements de l'autre partie de manière *non moins favorables* que ceux de tout autre pays<sup>187</sup>. Le but principal de la disposition est donc d'« égaliser les conditions dans lesquelles opèrent les investisseurs étrangers »<sup>188</sup>. Toutefois, la règle NPF présente des préoccupations sous l'angle du développement durable dans la mesure où elle pourrait obstruer la mise en œuvre de politiques publiques écologiques ou sociales, s'il en résulte une différence de traitement entre investisseurs étrangers. De façon indirecte cette fois-ci, mais non sans conséquences importantes, la NPF constitue un obstacle aux politiques de développement durable du fait des incertitudes juridiques qu'elle suscite concernant la détermination de sa portée exacte. Si le TBI modèle de la SADC omet la clause pour de telles raisons<sup>189</sup>, l'Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO l'intègre tout en l'encadrant par des restrictions au domaine d'application (§ 1) et des exclusions (§ 2).

#### § 1. LES RESTRICTIONS AUX DOMAINES D'APPLICATION

82. La question de la portée du traitement à accorder en vertu d'une clause NPF est devenue aujourd'hui l'une des plus controversées dans les accords d'investissements internationaux. L'obligation en est venue à soulever de réelles interrogations sur la possibilité qu'elle présente de fausser les traités d'investissement, en étendant les engagements des États parties bien au-delà de ce qu'ils avaient envisagé en les signant<sup>190</sup>. Afin d'apporter des orientations

---

<sup>187</sup> L'article 10 § 3 du Protocole sur l'énergie de la CEDEAO définit la règle NPF comme : « [...] le traitement qui est accordé par une Partie Contractante et qui n'est pas moins favorable que celui qu'il accorde [...] aux investisseurs de toute autre Partie Contractante ou de tout État tiers ».

<sup>188</sup> CARREAU (D.), JUILLARD (P.), *Droit international économique*, Dalloz, 2013, p. 509

<sup>189</sup> Contrairement à la CEDEAO, la SADC affichait une certaine méfiance vis-à-vis de la règle NPF dès l'adoption de son premier instrument régional sur l'investissement. En effet, la clause NPF prévue à l'article 6 du Protocole sur la finance et l'investissement se rapporte uniquement à l'obligation de traitement juste et équitable : « Les investissements et les investisseurs jouissent d'un traitement juste et équitable sur le territoire de tous États parties [...]. Le traitement visé au paragraphe 1 ne sera pas moins favorable que celui accordé aux investisseurs d'un État tiers. ».

<sup>190</sup> À cet effet, le Rapport final du groupe d'étude de l'ONU sur la clause NPF relève qu'« il est arrivé que des clauses NPF figurant dans un traité de base soient invoquées pour étendre le champ d'application des

---

précises quant à la manière dont la clause est censée être appliquée, l'Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO prévoit des restrictions tant au niveau du domaine d'application matériel (A) que temporel (B).

## A. LES RESTRICTIONS AU DOMAINE D'APPLICATION MATÉRIEL

83. On doit avant tout préciser que de la règle de la NPF inscrite dans l'instrument régional de la CEDEAO couvre un éventail considérable de mesures puisqu'elle « s'applique à toutes les mesures prises par un État Membre couvertes par le présent Acte additionnel »<sup>191</sup>. En outre, l'article est rédigé de manière à prendre en compte aussi bien les investisseurs et que les investissements<sup>192</sup>. L'utilisation de la clause est toutefois soumise au principe d'analogie des circonstances (1) et limitée aux dispositions de fond (2).

### 1. Une clause soumise au principe d'analogie des circonstances

84. Comme nous l'avons évoqué au début de la présente section, la clause NPF vise à assurer des conditions de concurrence égales entre les opérateurs étrangers qui veulent réaliser un investissement dans un pays d'accueil ou exploiter un tel investissement<sup>193</sup>. De la sorte, les investisseurs bénéficiaires de la clause ont la garantie de se voir accorder ou étendre le meilleur des traitements offerts à d'autres investisseurs étrangers. Si la clause est, de ce point de vue, adaptée au contexte régional en ce qu'elle joue en faveur de l'uniformisation des avantages octroyés aux investisseurs étrangers, elle n'est pas sans conséquence dans l'optique du développement durable. Par exemple, l'imposition de normes environnementales dans des industries particulièrement polluantes, telles que le secteur minier, pourra être contestée par un investisseur étranger, si celui-ci estime qu'une telle mesure constitue un traitement moins favorable par rapport au traitement qui est accordé à d'autres investisseurs étrangers.

---

dispositions dudit traité, et ce de plusieurs manières. Il s'agit en l'occurrence : a) d'invoquer une procédure de règlement des différends non prévue dans le traité de base ; b) d'élargir la portée juridictionnelle du traité lorsque celui-ci circonscrit l'applicabilité de la clause de règlement des différends à une catégorie déterminée de différends, ceux relatifs à l'indemnisation en cas d'expropriation, par exemple ; c) d'écarter l'applicabilité d'une disposition portant obligation de soumettre un différend à une juridiction interne pendant une « période d'attente » de dix-huit mois avant de le soumettre à l'arbitrage international ». *In* ONU, « Rapport final du groupe d'étude sur la clause de la nation la plus favorisée », *ACDI*, vol. II, 2<sup>ème</sup> partie, 2015, p. 16

<sup>191</sup> Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO, art. 6 § 1 (a)

<sup>192</sup> Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO, art. 6 § 2 et 3.

<sup>193</sup> CNUCED, *Traitement de la nation la plus favorisée*, Collection consacrée aux problèmes relatifs aux accords internationaux d'investissement, New York et Genève, 2010, p. 13

85. Cette réclamation resterait valable et pleinement fondée, même si les opérateurs étrangers censés être traités plus favorablement exercent dans des domaines tout à fait différents de ce dernier (secteurs financiers, télécommunication, par ex.). L'amalgame évident qui est observé entre un *traitement différencié* et un *traitement discriminatoire* a conduit les rédacteurs de l'Acte additionnel à intégrer, ici également, la formule des « circonstances analogues », applicable tant à l'égard des investisseurs que de leurs investissements. Il est ainsi prévu que : « [...] Chaque État Membre accorde **aux investisseurs** d'un autre État Membre un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde, **dans des circonstances analogues**, à des investisseurs de tout autre État Membre de la Communauté [...]. [Et que] Chaque État Membre accorde **aux investissements** effectués par les investisseurs d'un autre État Membre un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde, **dans des circonstances analogues**, aux investissements effectués par les investisseurs de tout autre État Membre ou d'un État tiers [...]. »<sup>194</sup>.
86. Cette approche se conçoit aisément lorsqu'on sait que la règle NPF, en tant que norme relative, suppose une évaluation comparative, exige une base légitime de comparaison et une constatation objective de traitement moins favorable. Ainsi, pour évaluer la violation de l'obligation NPF, le traitement qu'un État d'accueil accorde à des investisseurs étrangers devra faire l'objet d'une comparaison appropriée pour voir si ces investisseurs se trouvent dans des situations analogues<sup>195</sup>. De ce fait, l'exigence de la similitude des circonstances introduit une certaine limitation dans la définition des investisseurs ou investissements qui peuvent réclamer le bénéfice d'une clause NPF<sup>196</sup>. Si l'article révèle clairement l'intention des rédacteurs de recourir au critère de similitude des circonstances comme base de comparaison, il ne propose toutefois pas un contenu concret au concept, contrairement à l'approche méticuleuse observée dans le cadre de la règle du traitement national<sup>197</sup>.

---

<sup>194</sup> Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO, art. 6 § 2 et 3 [caractères gras ajoutés].

<sup>195</sup> CNUCED, *Traitement de la nation la plus favorisée*, Collection consacrée aux problèmes relatifs aux accords internationaux d'investissement, New York et Genève, 2010, p. 26

<sup>196</sup> ONU, « Rapport final du groupe d'étude sur la clause de la nation la plus favorisée », *ACDI*, vol. II, 2<sup>ème</sup> partie, 2015, p. 15

<sup>197</sup> Pour rappel, l'article 5 § 4 de l'Acte additionnel de la CEDEAO sur l'investissement précisait que : « Le concept de « dans des circonstances analogues » exige un examen global, au cas par cas, de toutes les circonstances dans lesquelles un investissement est effectué, y compris, notamment : a) Ses incidences sur les tiers et la collectivité locale ; b) Ses incidences sur l'environnement local, régional ou national, la santé des populations, ou sur le patrimoine mondial de l'humanité ; c) Le secteur dans lequel l'investissement est actif ; d) Le but de la mesure en question ; e) Le processus réglementaire généralement appliqué concernant la mesure en question ; et f) D'autres facteurs directement liés à l'investissement ou à l'investisseur à l'égard de la mesure en question ».



87. L'on pourrait alors se demander si l'expression « dans des circonstances analogues » telle que définit dans le contexte du traitement national s'applique automatiquement à la clause NPF ou, à tout le moins, fournit des orientations pour l'interprétation du terme identique employé dans le contexte de la clause NPF. Une telle interrogation ne serait pas dépourvue de sens, surtout lorsqu'on sait que la règle NPF opère dans les mêmes conditions que l'obligation de traitement national et qu'elle s'inscrit dans la continuité directe de celle-ci<sup>198</sup>. En tout état de cause, l'exigence de l'analogie des circonstances constitue une garantie supplémentaire, qui s'ajoute par ailleurs au principe *ejusdem generis*. Certains auteurs ne manquaient pas en effet de rappeler que « la matière est dominée par la règle *ejusdem generis*, aux termes de laquelle la clause de la NPF ne peut produire son effet d'attraction que si les droits concédés par l'État tiers ont le même objet que ceux que vise cette clause »<sup>199</sup>. Ce principe peut donc apporter des indications utiles, vu qu'il circonscrit l'application de la clause NPF aux questions régies par l'accord de base<sup>200</sup>. Il reviendra aux juges du traité de déterminer les contours de la notion des « circonstances analogues » appliqué à la clause NPF, ainsi que son articulation avec le principe *ejusdem generis*.

## 2. Une clause limitée aux dispositions de fond

88. Selon l'article 6 § 1 (b) de l'Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO, seules les règles de fond seront régies par la règle de la nation la plus favorisée. Cette précision fait suite aux incertitudes croissantes des États d'accueil en ce qui concerne l'application de l'obligation NPF au règlement des différends. Bien plus, la disposition apporte une réponse claire et ferme à la question de « savoir si le mécanisme de règlement des litiges investisseurs-États est soumis à la force d'attraction de la clause NPF »<sup>201</sup>. En effet, si la clause NPF visait initialement à rendre égales les règles du jeu imposées aux investisseurs des différents États, elle a été par la suite utilisée, dans certaines affaires, pour permettre à des investisseurs d'importer des obligations procédurales supposément plus favorables.

---

<sup>198</sup> Rappelons à cet égard que les obligations conventionnelles de traitement national et de la NPF ont en commun le fait d'interdire toute discrimination fondée sur la nationalité. Là où le traitement national interdit la discrimination entre opérateurs nationaux et étrangers, la NPF prohibe la discrimination entre opérateurs étrangers.

<sup>199</sup> CARREAU (D.), JUILLARD (P.), *Droit international économique*, Dalloz, 2013, p. 520

<sup>200</sup> Voir sur ce principe, CNUCED, *Traitement de la nation la plus favorisée*, Collection consacrée aux problèmes relatifs aux accords internationaux d'investissement, New York et Genève, 2010, p. 24 ; ONU, « Rapport final du groupe d'étude sur la clause de la nation la plus favorisée », *ACDI*, vol. II, 2ème partie, 2015, p. 16.

<sup>201</sup> CARREAU (D.), JUILLARD (P.), *Droit international économique*, Dalloz, 2013, p. 522

---

L'origine de cet usage remonte à la solution très critiquée rendue par le tribunal arbitral dans l'Affaire *Maffezini c. Espagne*<sup>202</sup>. En effet, la décision *Maffezini* est la première d'une série de décisions arbitrales portant sur l'application de la règle NPF pour incorporer par renvoi des clauses de règlement des litiges provenant d'accords conclus avec des tiers que les requérants jugent plus favorables. L'élément-clé de la décision du tribunal résidait dans la conclusion selon laquelle les questions de procédure, et plus précisément les dispositions en matière de règlement des différends, relèvent par leur nature de la protection de fond accordée aux investisseurs et aux investissements en vertu TBI<sup>203</sup>.

89. Cette approche a été toutefois remise en cause par certains spécialistes dans le cadre d'autres affaires. L'analyse proposée par ce courant divergent est que les droits substantiels et les droits procéduraux sont différents en droit international et que, contrairement à ce qu'il en est en droit interne, un droit substantiel n'est pas automatiquement porteur d'un droit procédural ayant force exécutoire<sup>204</sup>. Ainsi, « le fait qu'un État a assumé une obligation substantielle ne signifie pas qu'il puisse être contraint de soumettre cette obligation à un tribunal. Le droit de le forcer à le faire nécessite de surcroît l'acceptation de la compétence du tribunal appelé à statuer sur ce point »<sup>205</sup>.

90. Somme tout, la question, combien essentielle, de l'applicabilité de la règle NPF aux clauses de règlement des litiges investisseur-État n'a toujours pas connu son dénouement et suscite encore de vives controverses ; ce, d'autant plus que les tribunaux se sont montrés plutôt inconstants dans leur raisonnement et leurs conclusions. De ce fait, on peut reconnaître au traité d'investissement de la CEDEAO le mérite de la clarté, puisqu'il stipule clairement

---

<sup>202</sup> *Maffezini c. Espagne*, n°ARB/97/7, sentence sur la compétence du 25 janvier 2000, ICSID Reports vol. 5, p. 396, spéc. § 38 et s.

<sup>203</sup> Le raisonnement de l'affaire *Maffezini* a guidé plusieurs décisions ultérieures de tribunaux arbitraux. Dans l'affaire *Siemens*, par exemple, le tribunal a déclaré que le règlement des différends « fait partie de la protection conférée par le traité. Il fait partie du traitement des investisseurs et investissements étrangers et des avantages qui leur sont ouverts grâce à la clause NPF » (v., *Siemens c. République d'Argentine*, n°ARB/02/8, décision du 3 août 2004, CIRDI, § 102.). Dans l'affaire *AWG*, le tribunal a déclaré qu'il ne voyait « aucune raison de distinguer les questions de règlement des différends de toute autre question couverte par un traité bilatéral d'investissement » (v., *AWG Group Ltd. c. La République d'Argentine*, décision sur la compétence, 3 août 2006, CNUDCI, § 59). Il faut également préciser que les requêtes soumises aux tribunaux avaient des objets différents. Certaines visaient à élargir le champ d'application des clauses tandis que d'autres, comme ce fut le cas dans l'affaire *Maffezini*, étaient centrées sur l'élimination d'une exigence préliminaire à l'arbitrage.

<sup>204</sup> Voir notamment, *Impregilo S.p.A. c. République d'Argentine*, CIRDI, affaire n°ARB/07/17, opinion concordante et dissidente du Professeur Brigitte STERN, 21 juin 2011, § 45

<sup>205</sup> *Ibid.*

---

que la clause ne pourra pas être invoquée pour importer des dispositions plus favorables touchant à certains droits et obligations découlant des dispositions de règlement de litiges.

## B. LES RESTRICTIONS DU DOMAINE D'APPLICATION TEMPOREL

91. Dans le cadre du domaine d'application temporel, l'Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO limite l'application de l'obligation de la NPF à la phase post-établissement (1) et aux accords futurs (2).

### 1. Une clause limitée à la phase post-établissement

92. Les dispositions relatives à la règle NPF s'inscrivent à différentes phases de l'investissement et présentent, selon les cas, de réels enjeux pour la libéralisation et la protection de l'investissement étranger. Certains accords prévoient que la clause NPF soit accordée en ce qui concerne « l'établissement » de l'investissement, de sorte à assurer une protection à la fois pour la période qui précède l'investissement et pour celle qui le suit. Autrement dit, la protection conventionnelle s'applique aux conditions d'entrée de l'investissement et confère des droits à l'investisseur tant au moment où l'investissement se matérialise dans les faits qu'avant cette étape, c'est-à-dire pendant qu'il est en gestation.

93. Par conséquent, l'État hôte devra accorder à l'investisseur étranger protégé un traitement qui n'est pas moins favorable que celui qu'il accorde à tout investisseur tiers de nationalités différentes pour ce qui est des conditions d'entrée (par exemple, l'accès à certains secteurs de l'économie ou la limitation de la participation étrangère au capital dans des activités particulières)<sup>206</sup>. Le traitement NPF à la phase pré-établissement vise ainsi à éviter un accès préférentiel ou une libéralisation sélective qui profiterait à certains investisseurs étrangers et pas aux autres<sup>207</sup>.

94. À l'opposé, le traitement NPF post-établissement s'appliquerait uniquement après la mise en place de l'investissement. L'Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO opte plutôt pour cette dernière, en stipulant expressément que le traitement NPF accordé aux

---

<sup>206</sup> CNUCED, *Traitement de la nation la plus favorisée*, Collection consacrée aux problèmes relatifs aux accords internationaux d'investissement, New York et Genève, 2010, p. 19

<sup>207</sup> *Ibid.* L'Accord sur la zone d'investissement du COMESA s'inscrit dans cette logique en son article 19 § 1, même si la disposition demeure soumise à des conditions particulières : « [...] *each Member State shall accord to COMESA investors and their investments treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to investors and their investments from any third country with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, operation and disposition of investments in its territory.* [...] » [caractères gras ajoutés].

---

investisseurs et à leurs investissements concerne « la gestion, la direction, l'exploitation, l'expansion, et la vente ou autre aliénation d'investissements »<sup>208</sup>. Ainsi, la protection conventionnelle prévue couvre le cycle de vie de l'investissement après l'entrée qui, quant à elle, est régie par le droit interne. Cette approche reflète la tendance générale des régimes d'investissement internationaux et nationaux ; ceux-ci ayant évolué vers une certitude et une prévisibilité accrue des conditions qui régissent l'entrée et l'activité des investisseurs étrangers sur le territoire des États d'accueil.

## 2. Une clause limitée aux accords futurs

95. Comme nous l'avons évoqué plus haut, certains arbitrages ont permis aux investisseurs de « picorer » dans l'ensemble des règles internationales sur l'investissement et des lois nationales à la disposition de tout investisseur étranger, celles qui leur conviennent le mieux<sup>209</sup>. L'une des questions soulevées était alors de savoir si, et dans quelle mesure, la clause NPF pouvait être invoquée pour importer des dispositions plus favorables à partir d'autres traités conclus antérieurement par l'État d'accueil<sup>210</sup>. À cela, le traité d'investissement de la CEDEAO se prononce sans ambiguïté sur une utilisation de la clause NPF aux seuls accords futurs. L'instrument régional stipule en effet que l'application de la clause NPF concerne les dispositions d'autres accords internationaux d'investissement « qui sont postérieures à l'entrée en vigueur du présent Acte additionnel »<sup>211</sup>.
96. La clause NPF ne pourra donc pas être invoquée pour importer des protections à partir de traités conclus avant l'entrée en vigueur de l'Acte additionnel<sup>212</sup>. L'approche permet ainsi d'empêcher l'augmentation non désirée des exigences de traités tiers car toute utilisation à rebours de la clause NPF, non seulement, entretiendrait les possibilités de picotage mais permettrait surtout à des AII précédents de prévaloir sur le présent traité. De telles

---

<sup>208</sup> Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO, art. 6 § 2 et 3.

<sup>209</sup> Commentaire de l'article 6 du modèle d'accord modèle de l'IIDD, in MANN (H), VON MOLTKE (K), PETERSON (L.E.), COSBEY (A), *Accord international sur l'investissement pour le développement durable, Guide du négociateur*, Winnipeg, IIDD, 2006, p. 19

<sup>210</sup> BERNASCONI-OSTERWALDER (N), COSBEY (A), JOHNSON (L) et VIS-DUNBAR (D), *Les traités d'investissement et leur importance pour le développement durable : questions et réponses*, Winnipeg, IIDD, 2012, p. 32

<sup>211</sup> Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO, art. 6 § 1 (a)

<sup>212</sup> Autrement dit, les investisseurs antérieurs à l'adoption de l'Acte additionnel ne pourront pas se prévaloir de la clause NPF (puisque'il ne serait pas couvert par le traité au départ) et n'aurait pas la possibilité de se réclamer de l'application de l'une de ses dispositions.

---

éventualités iraient dans un sens complètement contraire aux prescriptions prévues au chapitre VII de l'Acte additionnel relatif aux relations avec d'autres Accords<sup>213</sup>.

## § 2. LES EXCLUSIONS À L'OBLIGATION

97. L'Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO prévoit que la clause NPF ne puisse être invoquée pour importer des droits relevant d'accords spécifiques. Il s'agit d'exclusions communes à la plupart des accords d'investissement qui neutralisent l'application de la clause en permettant aux États d'accorder des avantages à certains investisseurs étrangers sans devoir l'étendre à l'ensemble des bénéficiaires du traité de base. Sont ainsi exclus du jeu de l'obligation les accords d'intégration économique (A) et les matières liées à la fiscalité (B).

### A. L'EXCLUSION DES ACCORDS D'INTÉGRATION ÉCONOMIQUE

98. Les instruments sur l'investissement de la CEDEAO excluent habituellement du champ de l'obligation NPF les avantages concédés aux opérateurs des États membres dans le cadre d'une intégration économique. Le Protocole sur l'énergie prévoyait en effet une exclusion en ces termes : « Les dispositions du présent Protocole ne doivent pas être interprétées comme obligeant une Partie Contractante qui est partie à un Accord d'Intégration Économique (AIE) à étendre, sous le couvert du traitement de la nation la plus favorisée, à une autre Partie Contractante qui n'est pas partie à cet AIE, un traitement préférentiel applicable entre les parties à cet AIE en raison du fait qu'elles sont parties à cet AIE »<sup>214</sup>. À défaut d'une telle exclusion, la clause NPF contraindrait logiquement les membres d'une organisation d'intégration à accorder aux investisseurs de pays non membres tous les privilèges découlant de l'appartenance à cette organisation<sup>215</sup>.

---

<sup>213</sup> En effet, l'instrument régional stipule en son article 31 § 1, relatif à la relation avec les autres accords et obligations en matière d'investissement, que « tous accords d'investissement conclus par les États membres avant l'entrée en vigueur du présent Acte additionnel doivent, dès lors que les dispositions de ces accords sont incompatibles avec le présent Acte additionnel, être renégociés dans un délai de 24 mois pour être en conformité avec ledit Acte additionnel sur les investissements ». Au titre de la relation avec d'autres types d'accords internationaux, il est également prévu à l'article 32 § 1 que : « les États membres veillent à ce que les dispositions d'autres accords commerciaux internationaux qu'ils ont signés soient compatibles avec les dispositions du présent Acte additionnel. Les États membres collaborent en vue de l'application effective des dispositions du présent Acte additionnel dans le cadre des accords commerciaux internationaux ».

<sup>214</sup> Protocole sur l'énergie de la CEDEAO, art. 25 § 1

<sup>215</sup> En ce sens, LABIDI (H) précise que l'insertion d'une telle exclusion « [...] est utile dans la mesure où son caractère coutumier n'est pas certain ». Bien plus, l'auteure affirme qu'« [...] une limitation expresse dans le corps même de l'article relatif à la CNPF constitue l'unique recours contre le risque d'une extension de la clause aux bénéfices concédés par ce genre d'organisation ». *In* LABIDI (H), « Où va la clause de la nation

99. L'Acte additionnel sur l'investissement adopte la même logique, en précisant que la clause NPF ne contraint pas un État de la CEDEAO à accorder des privilèges résultant d'une union douanière, d'une zone de libre-échange, d'un marché commun autre forme d'arrangement économique régional. Il est ainsi prévu que : « Les paragraphes (2) à (4) [relatifs à l'octroi de la NPF] n'obligent pas les États de la Communauté à étendre aux investisseurs d'un autre État Membre l'avantage de quelque traitement, préférence ou privilège contenu dans les documents suivants : i) Tout accord douanier, de zone de libre-échange, de marché commun ou tout accord international relatif à l'environnement actuel ou futur auquel l'État d'origine de l'investisseur n'est pas partie [...] »<sup>216</sup>.
100. Ici également, les États ouest-africains, membres d'autres regroupements économiques, se voient exonérés d'étendre les avantages de la NPF à des non-membres. L'approche pourrait paraître contradictoire compte tenu du fait que nous nous situons déjà dans un contexte régional qui, de surcroît, se veut intégrateur<sup>217</sup>. Ceci serait toutefois à nier l'évidence de la coexistence de sous-ensembles régionaux à l'intégration plus avancée telle que l'Union Économique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA)<sup>218</sup>. Créée le 10 janvier 1994 à Dakar, l'UEMOA<sup>219</sup> vise, entre autres objectifs, à « créer entre les États membres un marché commun basé sur la libre circulation des personnes, des biens, des services, des capitaux et le droit d'établissement des personnes exerçant une activité indépendante ou salariée, ainsi que sur un tarif extérieur commun et une politique commerciale

---

la plus favorisée en droit international des investissements ? », dans HORCHANI (F) (dir.), *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre*, 2006, p. 37

<sup>216</sup> Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO, art. 6 § 5.

<sup>217</sup> L'inclusion d'une exception à la clause NPF crée, en effet, une dualité de normes entre États membres et États non-membres de l'union au sein du même espace CEDEAO.

<sup>218</sup> À cet égard, M. KOKOROKO affirmait que « le régionalisme ouest-africain est ainsi hanté par des organisations dont les objets s'apparentent pouvant générer des conflits de compétences et de normes ». Voir KOKOROKO (D), « La coexistence entre organisations sous régionales : limites et perspectives », *In* FAU-NOUGARET (M) (dir.), *La concurrence des organisations régionales en Afrique*, l'Harmattan, 2012, p. 198-199

<sup>219</sup> L'UEMOA est composée de huit États côtiers et sahéliens que sont le Bénin, le Burkina, la Côte d'Ivoire, la Guinée-Bissau, le Mali, le Niger, le Sénégal et le Togo. Les États de la zone UEMOA sont liés par une monnaie commune, connue sous le sigle franc « CFA ». Le sigle signifiait le franc des « Colonies Française d'Afrique », plus tard rebaptisé « Communauté financière d'Afrique ». Dans une perspective historique, M. ZOGBELEMOU rappellera que « si la création de l'Union Européenne, dans le traité de Maastricht, a été largement déterminée par des défis extérieurs, la constitution des Communautés économiques, UEMOA et CEMAC, a été "suggérée" par l'arrimage du franc CFA au franc français, à l'époque, puis à l'euro, lien particulièrement manifesté par un taux de change fixe (1 euro = 655, 957 francs CFA) et qui date de la période coloniale. ». *In* ZOGBELEMOU (T), *Droit des organisations d'intégration économique en Afrique (CEDEAO-CEMAC-UEMOA-ZMAO)*, l'Harmattan, 2014, p. 32

---

commune »<sup>220</sup>. L'exclusion à l'application de la clause NPF serait donc guidée par un certain réalisme et chercherait à sauvegarder de tels arrangements préférentiels sous-régionaux. Il s'agit pour ainsi dire d'éviter que les dispositions relatives à la NPF puissent engendrer le phénomène des « bénéficiaires sans contrepartie » qui survient lorsque les avantages conférés par une union douanière, un accord de libre-échange ou une organisation d'intégration économique sont étendus à des non-membres<sup>221</sup>. En diluant ainsi ses avantages relatifs, elle supprimerait l'objet même de cette union.

## B. L'EXCLUSION DES MESURES FISCALES

**101.** L'Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO exclu également de la portée de la clause NPF les mesures portant, pour le tout ou pour partie, sur les questions de fiscalité. En conséquence, les avantages concédés par les États membres dans le domaine fiscal ne pourront pas être systématiquement étendus aux investisseurs d'un autre État membre en vertu de l'Acte additionnel. Comme le prévoit l'article 6 § 5 de l'instrument régional : « les paragraphes (2) à (4) [relatifs à l'octroi de la NPF] n'obligent pas les États de la Communauté à étendre aux investisseurs d'un autre État Membre l'avantage de quelque traitement, préférence ou privilège contenu dans les documents suivants : [...] Tout accord international ou toute entente internationale liée entièrement ou en majorité à l'imposition ou à toute législation nationale liée entièrement ou en majorité à l'imposition. »<sup>222</sup>. Non que les mesures fiscales échappent par nature ou par principe au jeu de la clause<sup>223</sup> mais parce qu'elles font bien souvent l'objet d'instruments plus spécifiques et plus techniques, portant sur la double imposition<sup>224</sup>.

---

<sup>220</sup> Traité modifié de l'UEMOA du 29 janvier 2003, art. 4 (c).

<sup>221</sup> CNUCED, *Traitement de la nation la plus favorisée*, Collection consacrée aux problèmes relatifs aux accords internationaux d'investissement, New York et Genève, 2010, p. 20

<sup>222</sup> Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO, art. 6 § 5.

<sup>223</sup> Le droit des investissements et le droit fiscal entretiennent en effet des liens très étroits. Comme nous l'expose BEN HAMIDA : « plusieurs États utilisent l'instrument fiscal pour réguler et attirer les investissements étrangers. Traditionnellement, l'objectif de l'impôt est la couverture des charges publiques mais il peut être utilisé pour encourager et attirer les investisseurs. Ainsi, les codes nationaux d'investissement prévoient des avantages fiscaux aux investisseurs, comme les exonérations et les réductions d'impôts ». *Conf.* BEN HAMIDA (W), « Droit fiscal et droit international des investissements », in ROBERT-CUENDET (S) (dir.), *Droit des investissements internationaux, perspectives croisées*, Bruyant, 2017, p. 121

<sup>224</sup> On pense, par exemple, au 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.

102. Concurrentes directes des TBI en termes de nombre (sur le continent africain)<sup>225</sup>, les conventions de double imposition (CDI) ont en effet pour objectif d'articuler les diverses obligations fiscales des investisseurs étrangers et d'établir un régime de rapatriement des capitaux conçu de manière à éviter la double imposition<sup>226</sup>. Pour éviter toutes contradictions, il semblait donc préférable d'exclure purement et simplement la fiscalité du champ de la clause NPF. BEN HAMIDA précise à cet égard qu'« [...] en excluant la discrimination du champ d'application du traité d'investissement, les États visent deux objectifs. D'une part, éviter la contradiction dans l'interprétation de la discrimination prévue dans les deux traités. D'autre part, concentrer le contentieux de la discrimination fiscale devant les mécanismes de règlement des différends prévu dans traité fiscal, à l'exclusion donc de l'arbitrage État-investisseur offert par les traités d'investissement »<sup>227</sup>.
103. L'exclusion des matières fiscales reflète, par ailleurs, la réticence des États de la CEDEAO à abandonner la liberté qui est la leur. À cet effet, l'article 6 § 5 de l'Acte additionnel sur l'investissement stipule que l'exclusion de la NPF concerne tant les accords internationaux que les législations fiscales nationales. Contrairement à l'organisation ouest-africaine sœur (l'UEMOA)<sup>228</sup>, la fiscalité dans le cadre de la CEDEAO demeure une matière sensible dans laquelle les États entendent préserver leur faculté à utiliser discrétionnairement les incitations fiscales. Présentée comme le symbole par excellence des pouvoirs régaliens

---

<sup>225</sup> Les conventions de double imposition (CDI) signées par les États africains connaissent une hausse depuis ces dernières décennies. Selon la Commission économique pour l'Afrique, un nombre de plus en plus grand de CDI est signé entre pays africains parallèlement aux TBI. Initialement conclu avec des pays tiers, les pays africains se sont plus récemment engagés à signer des TBI et des CDI avec d'autres pays du continent afin de bénéficier d'un marché économique plus vaste. Ainsi, le continent a signé à lui seul 854 TBI (157 avec d'autres pays africains et 696 avec des pays du reste du monde) et plus de 400 CDI. A ce niveau, la SADC semble être la région la plus prolifique avec 18 TBI et 24 CDI signés entre pays membres. *In CEA, Politiques d'investissement et accords bilatéraux d'investissement en Afrique : Implications pour l'intégration régionale*, Addis-Abeba (Ethiopie), 2016, p. 19 et 25

<sup>226</sup> Les CDI permettent ainsi aux entreprises de choisir, comme domicile fiscal, entre le pays d'origine et le pays d'accueil. En clair, ils « [...] répartissent les compétences d'imposition entre les États parties et prévoient des techniques appropriés pour éviter la double imposition ». *Conf.* BEN HAMIDA (W), « Droit fiscal et droit international des investissements », *in* ROBERT-CUENDET (S) (dir.), *Droit des investissements internationaux, perspectives croisées*, Bruyant, 2017, p. 120

<sup>227</sup> BEN HAMIDA (W), « Droit fiscal et droit international des investissements », *in* ROBERT-CUENDET (S) (dir.), *Droit des investissements internationaux, perspectives croisées*, Bruyant, 2017, p. 122

<sup>228</sup> Pour une étude plus approfondie sur la coordination et l'harmonisation fiscale au sein de l'espace UEMOA, voir notamment OUEDRAOGO (S.M), « Réflexion sur l'unification des règles visant l'élimination des doubles impositions dans l'espace UEMOA », *Afrilex* [en ligne], juin 2012, 2<sup>ème</sup> numéro spécial Finances publiques, 32 p., [consulté le 13 mars 2018] ; MANSOUR (M) et ROTA-GRAZIOSI (G), « Coordination fiscale dans l'Union Économique et Monétaire Ouest Africaine » *Tax Coordination in the West African Economic and Monetary Union, Revue d'économie du développement* [en ligne], vol. 26, 2012/3, pp. 9-34, [consulté le 13 mars 2018].



---

de l'État, la fiscalité, et surtout l'usage discrétionnaire des incitations fiscales qui en découle, se serait sans doute heurté au principe de non-discrimination que sous-tend l'obligation conventionnelle de la NPF.

---

---

**CHAPITRE II.**  
**LA RÉORIENTATION DES RÈGLES DE PROTECTION**  
**DÉFINIES DANS L'ABSOLU**

---

---



---

104. Les traités régionaux contiennent des règles de protection définies dans l'absolu, ou standards absolus, qui définissent elles-mêmes le contenu du traitement offert aux investissements par l'État d'accueil. À la différence des normes de protection par renvoi, ces règles existent indépendamment du support conventionnel dans lequel ils s'insèrent et fournissent un étalon de comportement aux États<sup>229</sup>. Néanmoins, les standards de caractère absolu soulèvent, à bien des égards, des incertitudes juridiques liées à la définition et au contenu qui leur est assigné. Comme disait M. NANTEUIL, « [...] ce n'est pas dire cependant que ces dispositions bénéficieraient d'un contenu fixe ou qu'elles ne soient pas de nature à soulever d'importantes difficultés quant à leur signification exacte, très loin s'en faut. »<sup>230</sup>. Afin de contrecarrer les conséquences éventuelles de telles ambiguïtés sur la capacité des États à poursuivre leur objectif de développement durable, les traités régionaux ont entrepris un certain nombre d'aménagements. Ceux-ci consistent, d'une part, à affiner les standards de traitement des investissements (Section 1) et, d'autre part, à recadrer les règles relatives à l'expropriation (Section 2).

---

<sup>229</sup> JUIILLARD (P), « Le nouveau modèle américain de traité bilatéral sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements », sur *A.F.D.I.*, [en ligne], 2004, p. 672, [consulté le 13 septembre 2017].

<sup>230</sup> DE NANTEUIL (A), *Droit international des investissements*, Pedone, 2014, p. 313



## SECTION I.

### L’AFFINEMENT DES STANDARDS DE TRAITEMENT

105. Il semble avant tout judicieux de préciser que la notion de « traitement de l’investissement » désigne de façon générale « [...] l’ensemble des règles, de droit interne ou de droit international, qui définissent le régime juridique de l’investissement international, dès avant sa constitution, et jusqu’à sa liquidation »<sup>231</sup>. Dans le cadre de l’affinement des standards de traitement<sup>232</sup>, les traités régionaux sur l’investissement de la CEDEAO et de la SADC se sont non seulement attelés à apporter des réformes à la règle du traitement juste et équitable (§ 1), mais ont aussi prévu d’autres obligations qui visent également à garantir aux investisseurs étrangers un traitement équitable (§ 2).

#### § 1. LA RÉFORME DE LA RÈGLE DU TRAITEMENT JUSTE ET ÉQUITABLE

106. L’obligation d’accorder un traitement juste et équitable est une disposition concurremment énoncée dans les traités d’investissement, qui permet de déterminer dans quelle mesure le comportement de l’État d’accueil envers les investisseurs et investissements étrangers couverts est satisfaisant<sup>233</sup>. L’obligation présente toutefois une menace pour la promotion du développement durable au regard des incertitudes qui entourent son sens et, partant de là, sa grande capacité à restreindre la liberté réglementaire des États dans les domaines économiques et socio-environnementaux<sup>234</sup> (A). Fort de ce constat, il a paru

---

<sup>231</sup> CARREAU (D.), JUILLARD (P.), BISMUTH (R) et HAMANN (A), *Droit international économique*, Dalloz, 2017, p. 603

<sup>232</sup> L’expression doit être comprise ici comme l’ensemble des règles de traitement dont l’interprétation ne nécessite pas le recours à des éléments de comparaison qui leur est extérieur.

<sup>233</sup> Selon COTULA, « les clauses de « traitement juste et équitable » exigent du pays d’accueil qu’il traite l’investissement étranger conformément à une norme minimale d’équité, indépendamment des règles qu’il applique aux investissements nationaux dans le cadre de sa loi ». In COTULA (L), « Traités d’investissement et développement durable : protection des investissements », sur *IIED* [en ligne], publié en mai 2014, p. 2, [consulté le 18 novembre 2015].

<sup>234</sup> Ce point de vue est notamment soutenu par Roland KLÄGER, pour qui, « *the most obvious threat to the promotion of sustainable development posed by fair and equitable treatment is represented by the standard’s power to limit the regulatory freedom of host States* ». Voir., KLÄGER (R), « ‘Fair and Equitable Treatment’ and Sustainable Development », in CORDONIER SEGGER (M-C), NEWCOMBE (A) et GEHRING (M), *Sustainable Development in World Investment Law*, Kluwer law international BV, 2011, p. 251 ; Voir également MAYEDA (G), « Sustainable International Investment Agreement », in CORDONIER SEGGER

---

nécessaire de préciser le sens de l'obligation dans les nouveaux instruments régionaux sur l'investissement (B).

#### A. POSITION DU PROBLÈME : UNE NORME AU SENS AMBIGUË

107. L'obligation de traitement juste et équitable suscite de réelles controverses dans la pratique du fait qu'elle n'est pas clairement définie. En effet, les AII classiques, ne fournissent généralement aucune orientation précise sur ce que l'on doit entendre ou comprendre par traitement « juste » et « équitable ». Les libellés se présentent sous des formes variables, de sorte qu'il est difficile de prévoir lesquelles des actions étatiques seront en infraction à l'obligation<sup>235</sup>. C'est le cas notamment du Protocole sur la finance et l'investissement de la SADC qui stipule, sans aucune autre précision, que : « les investissements et les investisseurs jouissent d'un traitement juste et équitable sur le territoire de tous États parties »<sup>236</sup>. De même, le Protocole sur l'énergie de la CEDEAO se contente d'énoncer la garantie d'un « traitement loyal et équitable »<sup>237</sup>.
108. À l'évidence, l'imprécision de la norme fournit une assurance maximale aux investisseurs étrangers puisqu'il y a, potentiellement, un nombre illimité de situations dans lesquelles ces derniers peuvent prétendre avoir reçu un traitement injuste et inéquitable de la part de l'État hôte<sup>238</sup>. Devenue une clause *attrape-tout*, celle-ci était quasi-systématiquement invoquée après l'échec des actions en expropriation, en discrimination injustifiée et autres prétentions<sup>239</sup>. Cet état de fait a engendré de vifs débats dans la doctrine et dans la jurisprudence internationale concernant la portée de la norme et le véritable standard de comportement exigé à l'État récepteur de l'investissement étranger. Il s'agissait principalement de savoir si la règle du TJE doit être mesurée au regard de la norme minimale

---

(M-C), NEWCOMBE (A) et GEHRING (M), *Sustainable Development in World Investment Law*, Kluwer law international BV, 2011, p. 547-548

<sup>235</sup> Cf. DOLZER (R) et SCHREUER (C), *Principles of International Law*, Oxford University Press, 2008, p. 121 et s.

<sup>236</sup> Protocole sur la finance et l'investissement de la SADC, annexe 1, art. 6 § 1

<sup>237</sup> Protocole sur l'énergie de la CEDEAO, art. 10 § 1. La formulation retenue ici traduit plus fidèlement la notion anglaise de « *fair and equitable treatment* ».

<sup>238</sup> BERNASCONI-OSTERWALDER (N), COSBEY (A), JOHNSON (L) et VIS-DUNBAR (D), *Les traités d'investissement et leur importance pour le développement durable : questions et réponses*, Winniped, IIDD, 2012, p. 15

<sup>239</sup> *Ibid.*

---

du droit international coutumier<sup>240</sup>, ou d'une norme élargie du droit international<sup>241</sup>, ou encore, s'il constituait un standard autonome<sup>242</sup>. L'intérêt de tels questionnements a d'ailleurs été fort bien exposé par Arnaud DE NANTEUIL, qui souligne que « l'indétermination de la notion de juste et équitable appelle nécessairement une référence à des règles bien établies [...] faute de cela les arbitres disposeraient d'un pouvoir extraordinaire de statuer en fonction de leur propre sentiment de la justice, ce qui n'est évidemment pas souhaitable puisqu'il s'agirait, en pratique, de statuer en équité »<sup>243</sup>.

109. Dans une analyse critique, Roland KLÄGER faisait surtout remarquer que l'idée de *justice équitable* qui sous-tend le standard n'est pas, en soi, un concept unidirectionnel allant uniquement dans le sens de rendre justice à l'investisseur étranger<sup>244</sup>. Elle suggérerait plutôt une approche équilibrée du standard, prenant en compte aussi bien les intérêts des investisseurs que d'autres intérêts (sociaux et environnementaux), à l'image de la décision rendue dans l'affaire *Biwater Gauff v. Tanzanie*<sup>245</sup>. En effet, les arbitres avaient interprété la

---

<sup>240</sup> La norme minimale de traitement requise par le droit international coutumier régit la condition des ressortissants étrangers ainsi que leurs biens, en énonçant un ensemble de principes que les États doivent respecter indépendamment du traitement qu'ils réservent à leurs propres citoyens. Généralement réuni sous la bannière de « standard minimum », cette norme minimale internationale fixera un certain nombre de droits fondamentaux à accorder aux étrangers et dont la violation engagerait la responsabilité internationale par l'État concerné (voir en ce sens, ROTH (A.H.), *The Minimum Standard of International Law Applied to Aliens*, Leiden, Sijthoff, 1949, spéc. p.127).

<sup>241</sup> Certains spécialistes estiment que la norme de traitement juste et équitable ne se limite pas à la norme minimale comprise dans le droit international coutumier mais devrait prendre en compte l'éventail complet de sources de droit international, y compris les principes généraux, les traités contemporains et les autres obligations conventionnelles. In OCDE, « La norme du traitement juste et équitable dans le droit international des investissements », sur *éditions OCDE* [en ligne], septembre 2004, n°2004/2, p. 22, [consulté le 16 août 2016].

<sup>242</sup> En tant que « standard autonome », c'est-à-dire propre au droit des investissements, la clause de TJE résulterait de l'agrégation des coutumes internationales et des principes généraux du droit international qui aboutirait à la formation d'un standard original, qui se précise au fur et à mesure des développements de la jurisprudence. Il pourrait s'agir, entre autres exemples, de la violation du principe de bonne foi, du manquement aux obligations de transparence, de respecter les attentes légitimes de l'investisseur, de maintenir la sécurité de l'environnement juridique ; ou encore, la coercition, le déni de justice, etc. Voir, CARREAU (D.), JUILLARD (P.), BISMUTH (R) et HAMANN (A), *Droit international économique*, Dalloz, 2017, p. 609-611.

<sup>243</sup> DE NANTEUIL (A), *Droit international des investissements*, Pedone, 2014, p. 319

<sup>244</sup> KLÄGER (R), « 'Fair and Equitable Treatment' and Sustainable Development », in CORDONIER SEGGAR (M-C), NEWCOMBE (A) et GEHRING (M), *Sustainable Development in World Investment Law*, Kluwer law international BV, 2011, p. 254

<sup>245</sup> *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case n°ARB/05/22



---

clause du traitement juste et équitable prévue dans le TBI Tanzanie - Royaume-Uni<sup>246</sup> à la lumière de l'obligation de la Tanzanie de protéger le droit à l'eau de ses citoyens<sup>247</sup>.

110. De telles situations ne sont toutefois pas légions dans l'arbitrage international et elles n'échappent pas pour autant aux suspicions liées à ce que le standard exige concrètement. En effet, les arbitres du cas d'espèce sus évoqué ont déclaré que le gouvernement tanzanien avait bel et bien violé les clauses de son TBI avec le Royaume-Uni, mais ont refusé d'accorder des dommages-intérêts à l'investisseur<sup>248</sup>. Il résulte de tout ce qui précède que l'ambiguïté de la règle du traitement juste et équitable soulève des incertitudes qui méritent d'être dissipées, au risque de voir les politiques sociales et environnementales des pays d'accueil être de plus en plus remises en cause par des intérêts privés<sup>249</sup>.

---

<sup>246</sup> Dans cette affaire, l'État tanzanien avait résilié un contrat de concession d'eau avec *Biwater Gauff* sans suivre la procédure de résiliation indiquée dans le contrat (mai 2005). La Tanzanie a fait valoir que la concession n'a pas fourni de l'eau adéquate ou suffisamment assainie. En août 2005, *Biwater Gauff Ltd.* (BGT), a porté l'affaire devant le CIRDI, indiquant que la Tanzanie avait, entre autres violations, failli à son obligation d'accorder un traitement juste et équitable en vertu du TBI Tanzanie - Royaume-Uni (1994). Celui-ci prévoit, en effet, en son article 2 § 2 que : « *investments of nationals or companies of each Contracting Party shall at all times be accorded fair and equitable treatment ...* ». Se référant à plusieurs exemples de l'application de la clause dans la jurisprudence arbitrale, BGT suggère que le principe de traitement juste et équitable implique une obligation de vigilance et de protection de la part de l'État, l'engagement d'une procédure régulière et de la transparence, et la promesse de s'abstenir de toute conduite arbitraire ou qui constitue un déni de justice.

<sup>247</sup> *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case n°ARB/05/22, § 601.

<sup>248</sup> *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case n°ARB/05/22, décision finale publiée le 24 juillet 2008.

<sup>249</sup> Le contexte et l'intérêt de la précision du standard de traitement juste et équitable est fort bien exposé par l'OCDE en ces termes : « [...] un certain nombre d'États semblent préoccupés par le fait que moins les arbitres reçoivent des précisions, plus grande est leur marge de manœuvre et plus la procédure aboutit à des décisions *ex aequo et bono*, c'est-à-dire fondées sur ce qui paraît aux yeux des arbitres « juste » et « équitable » ». Voir, OCDE, « La norme du traitement juste et équitable dans le droit international des investissements », *éditions OCDE* [en ligne], septembre 2004, n°2004/2, p. 2, [consulté le 16 août 2016].

---

## B. LES SOLUTIONS APPORTÉES : ENTRE PRÉCISION ET SUBSTITUTION DE LA NORME

111. Face aux difficultés que pose l'obligation de traitement juste et équitable, la CEDEAO a apporté des aménagements susceptibles d'orienter les tribunaux sur la façon appropriée de l'interpréter. Ainsi, dans un article intitulé « normes régionales minimales », l'Acte additionnel sur l'investissement assimile l'obligation conventionnelle au traitement dû aux ressortissants étrangers en vertu de la coutume internationale. Il est ainsi prévu que « Chaque État Membre accorde aux investisseurs d'un État membre ou à leurs investissements, un traitement conforme au droit international coutumier, y compris un traitement juste et équitable ainsi qu'une protection et une sécurité en vertu de la législation nationale. Cette obligation est comprise comme correspondant à l'obligation des États Membre de la CEDEAO »<sup>250</sup>.
112. L'article soutient par la suite que « le paragraphe (1) [susmentionné] prévoit la norme minimale internationale du droit international coutumier en matière de traitement des étrangers comme la norme minimale de traitement à accorder aux investissements. Les concepts de « traitement juste et équitable » et de « protection et sécurité intégrale » font partie intégrante de cette norme et ne créent aucun droit supplémentaire »<sup>251</sup>. La disposition, sans doute empruntée au modèle ALENA<sup>252</sup>, est importante à bien des égards. D'abord, elle associe nettement l'obligation de traitement juste et équitable à la norme minimale de traitement en droit international coutumier ; normes qui ne sont pas synonymiques en elles-mêmes<sup>253</sup>. En d'autres termes, l'obligation doit être considérée comme une autre

---

<sup>250</sup> Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO, art.7 § 1.

<sup>251</sup> Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO, art. 7 § 2 [encadré ajouté].

<sup>252</sup> Pour préciser quelle était la bonne interprétation à donner à l'article 1105 (1), la Commission du libre-échange de l'ALENA a publié, le 21 juillet 2001, une interprétation obligatoire selon laquelle : « L'article 1105 (1) prescrit la norme minimale de traitement conforme au droit international coutumier à l'égard des étrangers comme norme minimale de traitement à accorder aux investissements effectués par les investisseurs d'une autre Partie. Les concepts de « traitement juste et équitable » et de « protection et sécurité intégrales » ne prévoient pas de traitement supplémentaire ou supérieur à celui exigé par la norme minimale de traitement conforme au droit international coutumier à l'égard des étrangers. La constatation qu'il y a eu violation d'une autre disposition de l'ALENA ou d'un accord international distinct ne démontre pas qu'il y ait eu violation de l'article 1105 (1) ». Cette interprétation a été faite conformément à l'article 2001 (2) c de l'ALENA, qui habilite la Commission du libre-échange de l'ALENA à statuer sur les éventuels différends relatifs à l'interprétation ou à l'application de l'accord. L'article 1131 (2) stipule par ailleurs qu'une interprétation par la Commission d'une disposition de l'accord sera obligatoire pour un tribunal institué en vertu de la section B du Chapitre XI.

<sup>253</sup> Selon la CNUCED, la « norme du traitement juste et équitable » et la « norme minimale internationale » peuvent coïncider largement sur des questions comme le traitement arbitraire, la discrimination et le comportement déraisonnable. Toutefois, une disposition assurant le traitement juste et équitable dans un instrument relatif à un investissement n'intègre pas automatiquement la norme minimale internationale pour les investisseurs étrangers. Lorsque la norme du traitement juste et équitable est invoquée, la question

---

dénomination du standard minimum ; et ne devrait, par conséquent, pas être interprétée comme conférant à la norme un champ d'application plus large que celui de la norme minimale définie par le droit international coutumier. Le rôle de l'obligation de traitement juste et équitable, tout comme celui de la « protection et sécurité intégrale »<sup>254</sup>, consisterait alors à déterminer un seuil minimal de conduite qui choquerait tout observateur impartial et à corriger, le cas échéant (au regard du droit international), la règle nationale du pays hôte<sup>255</sup>. De cette manière, les investisseurs ne pourront ni s'attendre ni prétendre à un traitement autre que celui accordé aux étrangers en vertu du droit international.

113. Ensuite, en rapprochant la clause du traitement juste et équitable et les principes coutumiers de protection des étrangers, les rédacteurs de l'Acte additionnel affichent clairement leur volonté de s'assurer que la norme ne présente aucun caractère d'autonomie. Ceux-ci chercheraient alors à restreindre la capacité des tribunaux arbitraux à imposer des contraintes inopportunes au pouvoir normatif de l'État récepteur. Le procédé, bien que judiciaire, semble ne pas pour autant suffire à limiter la créativité des arbitres. En effet, la référence au droit international coutumier signifie, selon certains, que la norme évolue également au fil du temps<sup>256</sup>. En témoigne, la très controversée protection des « attentes légitimes » des

---

centrale reste simplement de savoir si les actes en cause sont ou non, dans toutes les circonstances, justes et équitables. Voir UNCTAD, *Fair and equitable treatment*, series on issues in international investment agreements, 1999, étude citée In OCDE, « La norme du traitement juste et équitable dans le droit international des investissements », éditions OCDE [en ligne], septembre 2004, n°2004/2, p. 27, [consulté le 16 août 2016].

<sup>254</sup> Dans la pratique conventionnelle, la norme de « protection et sécurité intégrale » est tantôt associée à la règle du traitement juste et équitable (ce qui est le cas en l'espèce), tantôt considérée comme un standard autonome. Cette obligation est généralement comprise comme exigeant de l'État hôte de prendre des mesures actives pour protéger l'investisseur et/ou l'investissement étranger des atteintes ou violences physiques résultant de troubles civils ou même d'actes qui lui soit imputables (destruction d'usine par l'armée, par ex.). Nous n'aborderons toutefois pas cette norme dans le cadre de la présente étude, puisqu'elle n'a fait l'objet d'aucun aménagement dans les nouveaux instruments sur l'investissement de la CEDEAO et de la SADC.

<sup>255</sup> BONOMO citant CARREAU (D.), JUILLARD (P.), *Droit international économique*, in BONOMO (S), *Traités bilatéraux relatifs aux investissements : entre protection des investissements étrangers et sauvegarde de la souveraineté des États*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille (P.U.A.M.), 2012, p.166

<sup>256</sup> L'appréciation de la teneur de la norme minimale de traitement puise ses origines dans la célèbre *Affaire Neer*, au cours de laquelle la Commission de réclamations États-Unis – Mexique a considéré que le traitement d'un étranger ne doit pas correspondre à un outrage, à de la mauvaise foi, à une négligence intentionnelle des obligations, ni à une négligence des autorités publiques (*L.F.H Neer and Pauline E. Neer c. Mexico*, 15 octobre 1926, *Recueil des sentences arbitrales des Nations Unies*, 1926, IV, p. 60 et s.). Toutefois, plusieurs observateurs se sont demandé si la norme minimale se limite à l'interprétation qui lui a été donnée et si leur contenu n'excède pas celui qu'ont défini, en leur temps, les sentences *Neer*, ou s'il renvoie au droit coutumier évolutif, en fonction de la pratique générale et cohérente des États. Pour le Canada et les États-Unis, par exemple, que la norme minimale de traitement évolue. Dans l'*affaire ADF*, le Canada a indiqué n'avoir jamais estimé que le droit international coutumier, en ce qui concerne le traitement des étrangers, était resté figé depuis la décision *Neer*, et qu'il est certain que ce qui paraît choquant ou flagrant en 2002 peut différer de ce qui était considéré comme choquant ou flagrant en 1926. (Voir, Deuxième soumission du Canada en vertu de l'ALENA, article 1128, 19 juillet 2002, paragraphe 33.). De même, les États-Unis ont fait observer, à l'occasion de l'*affaire ADF Group Inc. contre les États-Unis d'Amérique*, que le droit international

---

investisseurs, régulièrement mentionnée dans la jurisprudence parmi les composantes du standard de traitement juste et équitable<sup>257</sup>. Sur cette base, il ne serait pas exagéré d'affirmer que de réelles inquiétudes demeurent en ce qui concerne les potentielles entraves de la règle du traitement juste et équitable à la promotion de l'investissement durable.

114. En effet, « même lorsque la formulation du standard est accompagnée de précisions permettant de mieux en cerner les cas potentiels d'application, il n'en reste pas moins qu'il ne permet pas d'identifier, *a priori* et avec grande certitude, le comportement que l'État d'accueil doit adopter vis-à-vis de l'investisseur. »<sup>258</sup>. Le grand degré d'imprévisibilité du standard a finalement poussé les gouvernements de la SADC à formuler une norme différente, substituant la clause du traitement juste et équitable à un « traitement administratif juste ». Cette formulation alternative serait alors une façon plus prudente d'aborder les principales difficultés que suscite l'obligation de traitement juste et équitable. Bien plus étroite dans sa portée, la norme recommandée par le traité modèle de la SADC serait, selon certains spécialistes, « conçu[e] pour sauvegarder les investissements étrangers sans pour autant exposer les États à des obligations qui sont difficiles à prévoir »<sup>259</sup>. La règle du traitement administratif juste de l'instrument de la SADC rejoint néanmoins, sur le fond, les dispositions de l'article 19 de l'Acte additionnel de la CEDEAO relatives à l'exigence d'équité procédurale que nous aborderons dans le prochain paragraphe. Il ne sera donc pas nécessaire de la développer ici.

---

coutumier auquel il est fait référence à l'article 1105 (1) de l'ALENA n'est pas figé dans le temps et que la norme minimale de traitement évolue. Ainsi, pour les États-Unis, l'interprétation de la Commission du libre-échange fait référence au droit international coutumier tel qu'il existe aujourd'hui. (Voir, *ADF Group Inc. contre les États-Unis d'Amérique*, CIRDI, affaire ARB(AF)/00/1, sentence du 9 janvier 2003, § 179, p. 86 renvoyant à la transcription de la procédure orale, vol. II, 16 avril 2002, p. 492-493. Transmission par les États-Unis après l'audience, 27 juin 2002, p. 20).

257 Voir sur ce point, POTESTA (M), « Legitimate expectations in investment treaty law : understanding the roots and the limits of a controversial concept », *ICSID Rev. – FILJ*, 2013, vol. 28, n°1, pp. 88-122 ; SNODGRASS (E), « Protecting Investors' "Legitimate Expectations" – Recognizing and Delimiting a General Principles », *ICSID Rev.*, 2006, p. 1-58 ; BONNITCHA (J), « Le problème des risques moraux et ses conséquences sur la protection des « attentes légitimes » dans le cadre de la norme du traitement juste et équitable » *In* HOWSE (R), « Le gel de la politique gouvernementale : les clauses de stabilisation dans les contrats d'investissement », sur *IISD* [en ligne], avril 2011, n°3, vol. 1, pp. 3-5, [consulté le 18 mars 2018].

258 AUDIT (M), BOLLEE (S), CALLE (P), *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, LGDJ-Lextenso éd., 2014, p. 237

259 COTULA (L), « Traités d'investissement et développement durable : protection des investissements », sur *IIED* [en ligne], publié en mai 2014, p. 4, [consulté le 18 novembre 2015].

---

## § 2. L'INCLUSION D'AUTRES OBLIGATIONS VISANT UN TRAITEMENT ÉQUITABLE

115. Les traités régionaux d'investissement identifient, prohibent ou exigent un certain nombre d'actions étatiques qui peuvent être réunies sous le couvert de « traitement équitable ». Le choix de tels substantifs répond surtout à une question d'ordre pratique, vu que les exigences qu'elles renferment sont envisagées sous diverses assertions dans les textes de la CEDEAO<sup>260</sup> et de la SADC<sup>261</sup>. Il importe alors de voir comment certaines exigences classiques ont été rationalisées (A) et comment d'autres, plus récentes, ont été tempérées (B) pour tenir compte des réalités endogènes des États parties.

### A. DES EXIGENCES CLASSIQUES RATIONNALISÉES

116. Les obligations prévues ici sont couramment évoquées dans les AII classiques et cherchent à ce que les procédures judiciaires et administratives du pays hôte fournissent aux investisseurs étrangers la possibilité de défendre efficacement leurs droits et intérêts<sup>262</sup>. Dans cette même dynamique, les nouveaux instruments de la CEDEAO et de la SADC prohibent les mesures étatiques arbitraires ou celles qui refusent toute équité administrative et procédurale. L'article 19 § 1 de l'Acte additionnel de la CEDEAO stipule à cet égard que : « les États d'accueil veillent à ce que leurs procédures administratives, législatives et judiciaires ne fonctionnent pas de façon arbitraire ou qu'elles ne privent pas les investissements et les investisseurs de toute équité administrative et procédurale ».

117. Bien qu'elles ne soient pas définies dans l'article, les notions d'arbitraire et de discrimination évoquées renverraient sans doute au caractère non objectivement justifié de mesures étatiques portant atteinte aux droits des investisseurs. Le TBI modèle de la SADC exige également que les pays hôtes n'agissent pas de façon arbitraire. Il prévoit que « *the State Parties shall ensure that their administrative, legislative, and judicial processes do not operate in a manner that is arbitrary [...] to investors of the other State Party or their*

---

<sup>260</sup> L'Acte additionnel de la CEDEAO appréhende les obligations visées au sens d'une exigence d'équité procédurale et considère celle-ci comme une extension des normes minimales régionales. En effet, l'article 19 de l'instrument régional stipule que les obligations prévues dans le cadre de l'exigence d'équité procédurale sont prises « conformément aux prescriptions de l'article 7 », en référence aux normes minimales régionales.

<sup>261</sup> Les obligations de traitement prévues par le TBI modèle de la SADC sont rassemblées sous le standard du « traitement administratif juste ». Contrairement à l'approche adoptée par la CEDEAO, ce standard est envisagé de manière autonome.

<sup>262</sup> Les traités traditionnels (bilatéraux ou régionaux) signés par la plupart des États africains appréhendaient généralement les obligations visées ici au titre du traitement juste équitable ou comme des sous-ensembles de celui-ci.

---

*investments* »<sup>263</sup>. Les traités régionaux interdisent ensuite le déni de justice<sup>264</sup>, comme l'expose l'article 19 § 2 de l'Acte additionnel en ces termes : « les États d'accueil agissent de façon à ne créer aucun déni de justice dans le cadre des instances judiciaires et administratives »<sup>265</sup>. Le TBI modèle propose une disposition similaire dans un libellé rédigé comme suit : « *The State Parties shall ensure that their administrative, legislative, and judicial processes do not operate in a manner that [...] denies administrative and procedural [justice][due process] to investors of the other State Party or their investments [...]* »<sup>266</sup>. Selon les rédacteurs du TBI type, l'insertion de la disposition relèverait significativement le seuil de ce que l'on peut considérer comme une conduite qui s'apparente à un déni de justice<sup>267</sup>. Il convient toutefois de préciser que le fait qu'un investisseur ou un investissement n'atteigne pas les résultats souhaités ne constitue pas un déni de justice<sup>268</sup>.

118. Enfin, les traités régionaux exigent l'inclusion d'un droit d'appel administratif dans les procédures administratives de prise des décisions. À ce niveau, il est surtout intéressant de voir comment les instruments régionaux rationalisent l'exigence en introduisant une mention liée à la prise en compte du niveau de développement du pays hôte. En effet, l'Acte additionnel de la CEDEAO dispose que « les procédures administratives de prise de décision incluent le droit d'appel administratif des décisions, **proportionnellement au niveau de développement de l'État d'accueil** [...] »<sup>269</sup>. Dans un langage analogue, mais plus marqué,

---

<sup>263</sup> TBI modèle de la SADC, art.5 § 1.

<sup>264</sup> GUINCHARD et MONTAGNIER proposent plusieurs définitions de la notion de déni de justice. Dans un sens restrictif, elle consisterait dans « le refus de la part d'un tribunal d'examiner une affaire qui lui est soumise et de prononcer un jugement [...] ». En effet, soutiennent-ils, « le juge n'a pas le droit de se soustraire à sa mission qui consiste à dire le droit. [...] ». Les auteurs proposent par ailleurs une approche plus moderne et extensive de la notion selon laquelle « le déni de justice s'entend du manquement de l'État à son devoir de protection juridictionnelle [...]. Se dit aussi de la situation résultant d'une double déclaration d'incompétence de la part des tribunaux de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif successivement saisis ». Voir, GUINCHARD (S), MONTAGNIER (G), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 2007, p. 227-228. Sur la dimension coutumière de l'interdiction du déni de justice, voir, entre autres, ANZILOTTI (D), « La responsabilité de l'État à raison des dommages soufferts par les étrangers », *R.G.D.I.P.* vol. 13, 1906, p. 20 ; PAULSSON (J), *Denial of justice in international law*, Cambridge University Press, 2005, p. 1).

<sup>265</sup> Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO, art.19 § 2.

<sup>266</sup> TBI modèle de la SADC, art. 5 § 1. La disposition du TBI modèle tire sans doute sa source de l'article 27 du PFI, qui affirmait déjà que : « les États parties s'assurent que les investisseurs disposent, en vertu des lois de l'État hôte, du droit de saisir les cours, tribunaux judiciaires et administratifs et toutes autres instances compétences, s'ils s'estiment lésés dans une affaire touchant à un investissement quelconque [...] ».

<sup>267</sup> TBI modèle de la SADC, commentaire de l'article 5 § 1 *in SADC Model Bilateral Investment Treaty Template with Commentary*, Gaborone (Botswana), july 2012, p. 23-24

<sup>268</sup> MANN (H), VON MOLTKE (K), PETERSON (L.E.), COSBEY (A), *Accord international sur l'investissement pour le développement durable, Guide du négociateur*, Winnipeg, IIDD, 2006, p. 40

<sup>269</sup> Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO, art. 19 § 3 [caractères gras ajoutés].

---

le TBI modèle de la SADC précise que les processus de prise de décisions administratives incluront le droit d'examen ou d'appel administratif des décisions, proportionnées au niveau de développement et aux ressources disponibles au sein des États parties : « *Administrative decision-making processes shall include the right of [administrative review] [appeal] of decisions, commensurate with the level of development and available resources at the disposal of State Parties* »<sup>270</sup>.

119. Il est indéniable que de telles dispositions assurent une certaine flexibilité à l'obligation. Elles sont surtout importantes dans le contexte des économies africaines, vu que « les pays à faibles revenus peuvent s'exposer à des procédures par les investisseurs parce que leur gouvernement ou leurs organes judiciaires ne sont pas dotés des capacités requises pour assurer les normes de protection prescrites »<sup>271</sup>. L'Accord sur l'investissement du COMESA avait déjà adopté pareil raisonnement en ce qui concerne la clarification de la norme du traitement juste et équitable. L'instrument précisait en effet que les États parties, à différents niveaux de développement, ne peuvent atteindre les mêmes normes dans le même temps ; et qu'ainsi, la norme ne peut établir un standard international unique mais doit plutôt être interprétée en tenant compte de ce contexte<sup>272</sup>.

120. Selon plusieurs spécialistes, l'introduction de telles clauses « porte sur une tendance, relevée dans certaines sentences arbitrales, à ne pas tenir compte du niveau de développement d'un État d'accueil comme facteur utilisé pour évaluer la norme d'équité procédurale à laquelle devrait s'attendre l'investisseur »<sup>273</sup>. Elles ont, en outre, le mérite d'exposer les droits des investisseurs à des normes minimales de traitement, tout en veillant à ce que les États ne se voient pas imposer des obligations trop lourdes qui excéderaient tout bonnement leur capacité de s'y conformer<sup>274</sup>. Reste alors à savoir comment les tribunaux appliqueront à l'avenir ce type de dispositions conventionnelles.

---

<sup>270</sup> TBI modèle de la SADC, art. 5 § 3 [caractères gras ajoutés].

<sup>271</sup> COTULA (L), « Traités d'investissement et développement durable : protection des investissements », sur *IIED* [en ligne], publié en mai 2014, p. 3, [consulté le 18 novembre 2015].

<sup>272</sup> Accord relatif à la zone d'investissement du COMESA, art. 14 § 3.

<sup>273</sup> Commentaire de l'article 19 (D) de l'Accord modèle de l'IIDD. Les commentateurs reconnaissent toutefois que certains arbitrages ont soutenu expressément que le niveau de développement et l'histoire politique d'un État sont des facteurs pertinents pour l'évaluation du niveau ou de la qualité d'un processus qui devraient être compris comme existant dans un État d'accueil et auquel, par conséquent, il devrait avoir droit. Voir, MANN (H), VON MOLTKE (K), PETERSON (L.E.), COSBEY (A), *Accord international sur l'investissement pour le développement durable, Guide du négociateur*, Winnipeg, IIDD, 2006, p. 41

<sup>274</sup> *Ibid.*

---

## B. DES EXIGENCES ÉMERGENTES TEMPÉRÉES

- 121.** Les exigences visées ici sont essentiellement liées à la notion de transparence (et les sous-éléments afférents), sans laquelle il ne peut exister de climat favorable aux investissements. Apparue progressivement dans le droit des investissements, la transparence est aujourd'hui considérée comme une valeur universelle fondamentale et un facteur déterminant dans le contexte du développement durable et de la bonne gouvernance<sup>275</sup>. Passant de la notion au principe conventionnel, l'obligation de transparence implique l'ouverture et la clarté des procédures du pays récepteur de l'investissement en vue d'assurer la prévisibilité de l'action étatique. L'article 8 du PFI de la SADC dispose à cet effet qu'« en matière d'investissements, les États parties promeuvent et assurent la prévisibilité, la confiance, la foi et l'intégrité en adoptant des politiques, pratiques, règlements et procédures ouverts et transparents et en veillant à leur application »<sup>276</sup>.
- 122.** Les traités régionaux sur l'investissement exigent également un accès approprié à l'information concernant les mesures administratives et judiciaires du pays récepteur. Conformément à l'article 19 § 1 de l'Acte additionnel de la CEDEAO, « [...] les investisseurs ou les investissements sont informés en temps opportun des instances administratives ou judiciaires qui leur sont directement liés à moins qu'un tel avis ne soit exceptionnellement contraire au droit national ». La disposition garantit de la sorte à l'investisseur une connaissance des lois et pratiques nationales, ainsi que l'ensemble des éléments nécessaires au développement de son activité économique. L'instrument oblige également les États à mettre à la disposition du public toutes informations liées aux procédures de contrôle judiciaire et administratif ainsi que les décisions qui en découlent, sous réserve de conformité au droit national (art. 19 § 5).

---

<sup>275</sup> Voir, entre autres textes internationaux, la Déclaration de New Delhi sur les principes de droit international relatifs au développement durable (ONU, Résolution 3/2002), dont le principe 5 exige la participation du public et l'accès à l'information et à la justice ; la Convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement (signée le 25 juin 1998 et en vigueur depuis le 30 octobre 2001), 2161 UNTS 447 ; le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP), observation générale n°34 du Comité des droits de l'Homme des Nations Unies CCPR/C/GC/34 du 12 septembre 2011 (concernant l'article 19 du PIDCP portant sur la liberté d'expression, y compris la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations).

<sup>276</sup> PFI de la SADC, annexe 1, art. 8. L'annexe 1 révisée du PFI contient une disposition similaire en son article 7 § 2 selon laquelle : « Les États parties encouragent et assurent la prévisibilité, la confiance et l'intégrité en assurant l'ouverture et la transparence des politiques, des pratiques, des règlements et des procédures touchant à l'investissement et veillant à leur application ».



123. Dans une démarche presque identique, le traité type de la SADC stipule que l'investisseur ou l'investissement doivent avoir accès, en temps opportun, aux renseignements détenus par le gouvernement<sup>277</sup>, et que ceux-ci notifieront, dans les meilleurs délais, les procédures administratives ou judiciaires qui affectent directement l'investissement<sup>278</sup>. Le TBI modèle prévoit toutefois une première atténuation à la fermeté de l'obligation en l'inscrivant dans le cadre d'un processus, dans une dynamique continue. En effet, le texte dispose que « les États parties s'efforceront **progressivement** d'améliorer la transparence, l'efficacité, l'indépendance et la responsabilité de leurs dispositions législatives, réglementaires, administratives et de procédures judiciaires, conformément à leurs lois et règlements nationaux »<sup>279</sup>. Il s'agit ici de trouver un équilibre entre l'objectif ou le principe de transparence et la charge administrative qu'implique sa mise en œuvre.

124. L'IIDD relevait à cet égard les difficultés pratiques que rencontrent les États, même développés, particulièrement lorsque plusieurs organismes ou niveaux administratifs sont impliqués : « Assurer la coordination entre des ministères et différents échelons du gouvernement est déjà difficile pour les pays développés, de sorte que l'imposition d'une norme dépourvue de toute ambiguïté et totalement transparente paraît peu réaliste pour un pays, quel qu'il soit »<sup>280</sup>. En tout état de cause, l'établissement de points focaux d'informations, telles que les agences nationales de promotion des investissements, devraient éventuellement faciliter le respect des exigences qui découlent de l'obligation de transparence. S'il est vrai que les États doivent faire preuve de transparence, en motivant leurs actions et communiquant sur le fonctionnement de leurs procédures administratives et judiciaires, l'obligation ne peut être pour autant observée dans l'absolu<sup>281</sup>.

---

<sup>277</sup> L'article 5 § 4 du TBI modèle de la SADC dispose ainsi : « *The Investor or Investment shall have access to government-held information in a timely fashion and in accordance with domestic law [...]* ».

<sup>278</sup> L'article 5 § 2 du TBI modèle de la SADC prévoit pour sa part que : « *Investors or their Investments, as required by the circumstances, shall be notified in a timely manner of administrative or judicial proceedings directly affecting the Investment(s) unless, due to exceptional circumstances, such notice is contrary to domestic law* ».

<sup>279</sup> TBI modèle de la SADC, art. 5 § 5 (traduction libre, caractère gras ajouté). L'article 19 § 4 de l'Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO propose une disposition similaire en ces termes : « Nonobstant les différences de système administratif, législatif et judiciaire, les États Membres d'accueil **s'efforcent d'améliorer** la transparence, l'efficacité, l'indépendance et la responsabilité de leurs procédures législatives, réglementaires, administratives et judiciaires, et offrent des procédures d'examen ou d'appel pour garantir qu'ils fonctionnent conformément aux lois et règlements nationaux en vigueur. » [caractères gras ajoutés].

<sup>280</sup> BERNASCONI-OSTERWALDER (N), COSBEY (A), JOHNSON (L) et VIS-DUNBAR (D), *Les traités d'investissement et leur importance pour le développement durable : questions et réponses*, Winnipéd, IIDD, 2012, p. 17

<sup>281</sup> *Op. cit.*, DE NANTEUIL (A), *Droit international des investissements*, Pedone, 2014, p. 331

---

125. Celle-ci se trouve en effet tempérée par deux types de limites essentielles. La première concerne l'application de certaines dispositions du droit interne qui requiert qu'aucun avis ne soit donné à quiconque. Il s'agit surtout de réglementations applicables au contexte d'enquêtes criminelles ou aux questions liées, de façon plus générale, à la sécurité nationale et à l'ordre public. Sur ce point, l'article 5 § 4 du TBI modèle de la SADC précise que le devoir de transparence est « *subject to the limitations on access to information under the applicable domestic law* »<sup>282</sup>. La seconde limite à trait au cas particulier des lois protégeant la confidentialité des informations commerciales. À cet effet, le traité d'investissement de la CEDEAO stipule que « les États d'accueil doivent mettre à la disposition du public tout contrat ou toute entente d'investissement conclu avec l'investisseur qui participe au processus d'autorisation de l'investissement, **sous réserve de l'élimination de tout renseignement commercial confidentiel** »<sup>283</sup>. De cette manière, la violation de l'obligation de transparence ne pourrait tenir à un défaut de transmission d'informations confidentielles<sup>284</sup>.

---

<sup>282</sup> L'Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO contient également des dispositions similaires aux paragraphes 1, 4 et 5 de son article 19.

<sup>283</sup> Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO, art. 22 [caractères gras ajoutés].

<sup>284</sup> DE NANTEUIL (A), *Droit international des investissements*, Pedone, 2014, p. 331



## SECTION II.

### LE RECADRAGE DES RÈGLES RELATIVES À L'EXPROPRIATION

126. Les traités d'investissement de la CEDEAO et de la SADC prévoient des dispositions relatives à l'expropriation<sup>285</sup> qui visent à, non pas interdire, mais plutôt encadrer le droit des États à exproprier afin d'en éviter l'abus. Comme la plupart des AII, les instruments régionaux permettent ainsi aux États parties d'exproprier les investissements couverts, à condition que la mesure expropriatrice respecte les conditions de licéité établies à cet effet<sup>286</sup>. Ces instruments - ceux de la SADC en particulier - ont néanmoins apporté des aménagements non négligeables à certaines dispositions susceptibles d'obstruer la capacité des États à régler en faveur du développement durable. Ce recadrage consiste aussi bien dans la révision des conditions de compensation financière (§ 1) que dans l'exclusion de certaines mesures étatiques, eu égard aux incertitudes créées par l'imprévisibilité de la notion d'expropriation indirecte (§ 2).

---

<sup>285</sup> Les instruments régionaux mentionnent conjointement l'expropriation et la nationalisation ; l'une et l'autre étant assujettis au même régime juridique qui est celui de l'expropriation. Si les notions de nationalisation et d'expropriation renvoient à des actes distincts du point de vue du droit interne, elles sont toutes les deux imputables à l'État au regard du droit international ou régional. Les deux notions sont ainsi considérées comme synonymiques pour les besoins du droit régional des investissements comme l'expose l'article 8 § 1 de l'Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO. En effet, l'article intitulé « expropriation », couvre bien les deux notions en prévoyant qu'« aucun État Membre ne peut, directement ou indirectement, **nationaliser** ou **exproprier** un investissement effectué sur son territoire ("**expropriation**") [...] » [caractères gras ajoutés]. L'expropriation est généralement décrite comme relevant de deux catégories : les expropriations directes et les expropriations indirectes. Nous y reviendrons.

<sup>286</sup> Les conditions de licéité en question puisent leur origine dans le droit international coutumier. Il s'agit en substance de la cause d'utilité publique de la mesure expropriatrice, de la base non discriminatoire, de la conformité de la mesure avec l'application régulière de la loi et du versement d'une compensation. Dans ce sens, l'article 8 § 1 de l'Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO stipule qu'« aucun État Membre ne peut, directement ou indirectement, nationaliser ou exproprier un investissement effectué sur son territoire ("**expropriation**")", sauf : a) pour une cause d'utilité publique ; b) Sur une base non discriminatoire ; c) En conformité avec l'application régulière de la loi ; et d) Moyennant le versement d'une indemnité [...] ». De même, l'annexe 1 révisée du PFI de la SADC dispose en son article 5 § 1 que « sur le territoire d'un État partie, les investissements ne font l'objet d'aucune mesure de nationalisation ou d'expropriation, si ce n'est pour cause d'intérêt public, et à condition que ces mesures soient conformes à la procédure légale requise, ne soient pas discriminatoires, et donnent lieu à une indemnité juste et appropriée ». En cas de violation des conditions de licéité requises, l'État expropriant commettrait un acte internationalement illicite et engagerait, par conséquent, sa responsabilité en vertu des traités régionaux.

---

## § 1. LA RÉVISION DES CONDITIONS DE COMPENSATION FINANCIÈRE

127. Les dispositions conventionnelles relatives à l'expropriation cherchent à protéger les opérateurs étrangers des atteintes étatiques à leurs biens, sans le versement d'une compensation financière. À cet effet, les traités d'investissement s'étaient longtemps appropriés, sous des formulations diverses, la célèbre « formule Hull », qui exige que l'expropriation soit accompagnée d'une indemnisation « prompte, adéquate et effective »<sup>287</sup>. Si la formule HULL continue encore aujourd'hui d'être acceptée à titre de *lex specialis* en droit conventionnel, elle a toutefois fait l'objet d'une révision dans le cadre des traités régionaux pour éviter de voir l'obligation de faire peser des charges excessives sur les États<sup>288</sup>. Cette révision concerne aussi bien les modalités d'estimation de la compensation due (A) et celles afférentes au versement de ladite compensation (B).

### A. LA RÉVISION DES MODALITÉS D'ESTIMATION DE LA COMPENSATION DUE

128. Aux fins de compensation, le TBI modèle de la SADC propose une méthode particulière d'évaluation de la valeur du bien exproprié. Contrairement à la pratique traditionnelle fondée sur la « juste valeur marchande »<sup>289</sup>, l'instrument prévoit une obligation de compensation « juste et adéquate »<sup>290</sup>, ce qui revient à prendre en compte d'autres facteurs et circonstances pertinentes afin d'atteindre un résultat équilibré entre les intérêts publics et les intérêts privés affectés<sup>291</sup>. De la sorte, le critère généralement admis de la valeur commerciale des

---

<sup>287</sup> La formule ainsi nommée fait référence au Secrétaire d'État américain Cordell HULL qui, suite de la nationalisation par le Mexique des compagnies pétrolières américaines en 1936, avait soutenu dans une note adressée à l'ambassadeur mexicain que le droit international imposait à une expropriation, pour qu'elle soit licite, d'être assortie d'une compensation « prompte, adéquate et effective » : « *under international law, the United States has right to prompt, adequate and effective compensation from the expropriating countries.* ». (Le texte de cette note est reproduit dans le *Restatement on Foreign Relation Law of the United States*, Second (1965), p. 556).

<sup>288</sup> La première génération des traités d'investissement de la CEDEAO et de la SADC avait retenu une formulation quasi identique à la formule Hull. En effet, l'article 13 (d) du Protocole sur l'énergie de la CEDEAO, prévoyait qu'une expropriation licite devrait être accompagnée : « [...] du prompt versement d'une compensation adéquate et effective ». Dans un langage similaire, l'article 5 de l'Annexe 1 du Protocole sur la finance et l'investissement de la SADC exigeait le paiement d'« [...] une indemnité rapide, appropriée et effective ».

<sup>289</sup> Le droit conventionnel des investissements exige généralement que la compensation soit égale à la « valeur réelle » du bien exproprié et que cette valeur corresponde à sa « juste valeur marchande » ou « *fair market value* » en anglais. Pour une analyse plus approfondie, voir notamment SHIHATA (I.F.I), *Legal treatment of foreign investment : The World Bank Guidelines*, Springer Netherlands, 1993, p. 173 et s.

<sup>290</sup> L'article 6 § 1 (c) du TBI modèle de la SADC précisait déjà que l'expropriation, pour être licite, doit se faire « *on payment of fair and adequate compensation [...]* ».

<sup>291</sup> TBI modèle de la SADC, art. 6 § 2. Le paragraphe précise en effet que « *the assessment of fair and adequate compensation shall be based on an equitable balance between the public interest and interest of those affected, [...]* ».

---

investissements restera l'un des éléments à considérer parmi tant d'autres facteurs, économiques et non économiques, tels que : « [...] *the current and past use of the property, the history of its acquisition, the fair market value of the property, the purpose of the expropriation, the extent of previous profit made by the foreign investor through the investment, and the duration of the investment* »<sup>292</sup>.

129. Outre le fait qu'elle donne aux États parties une certaine souplesse dans le calcul de la compensation, l'approche présente un intérêt particulier pour le développement durable dans la mesure où elle ouvre la possibilité de mettre sur un pied d'égalité l'ensemble des facteurs pertinents à l'estimation de la compensation due. Mieux, cette règle oblige les arbitres à aller au-delà de la juste valeur marchande et des facteurs purement économiques en général<sup>293</sup>. Pour plusieurs spécialistes, la règle se conçoit aisément lorsqu'on considère le fait que « dans certaines situations, une indemnisation égale à la juste valeur marchande de l'investissement peut s'avérer inappropriée ou injuste et [qu']une pondération devient nécessaire »<sup>294</sup>. La disposition ne semble toutefois pas faire l'unanimité et pourrait même amplifier le scepticisme de ceux qui redoutent l'instrumentalisation de telles clauses conventionnelles contre les intérêts privés.

130. Cet état de fait a certainement influencé la formulation, plus modérée, retenue dans l'annexe 1 révisée de PFI de la SADC. En effet, l'instrument propose dans un premier temps une obligation de compensation « juste et appropriée » qui, à la différence du TBI type, admet une présomption d'estimation fondée principalement sur la juste valeur marchande de l'investissement. Il est ainsi prévu qu'« une indemnité juste et appropriée est calculée par rapport à la juste valeur marchande de l'investissement exproprié, immédiatement avant que l'expropriation n'ait lieu (ci-après « la date de l'expropriation »). Elle ne tient compte d'aucun changement de valeur résultant du fait que l'expropriation envisagée était déjà

---

<sup>292</sup> *Ibid.* Le TBI modèle diffère en cela de l'Acte additionnel de la CEDEAO qui, pour sa part, suit le principe usuel de la juste valeur marchande. En effet, le texte de la CEDEAO dispose en son article 8 § 2 que « l'indemnité appropriée doit équivaloir à la **juste valeur marchande** de l'investissement exproprié, immédiatement avant que l'expropriation n'ait lieu (« date d'expropriation »), et elle ne tient compte d'aucun changement de valeur résultant du fait que l'expropriation envisagée était déjà connue. » [caractères gras ajoutés]. L'article prévoit également des critères d'évaluation susceptibles de donner des orientations aux arbitres pour la détermination de la juste valeur marchande. Il doit ainsi être pris en compte « la valeur d'exploitation, la valeur de l'actif, notamment la valeur fiscale déclarée des biens corporels, ainsi que tout autre critère nécessaire au calcul de la juste valeur marchande, selon les besoins ».

<sup>293</sup> NIKIEMA (S. H.), « Indemnisation de l'Expropriation », sur *IIDD* [en ligne], publié en mars 2013, p. 10, [consulté le 17 mars 2018].

<sup>294</sup> *Ibid.*

---

connue [...] »<sup>295</sup>. Toutefois, l'État hôte pourra réfuter cette présomption en invoquant les autres critères énoncés dans la suite de l'article<sup>296</sup>. Ce faisant, l'article rejoint l'approche adoptée par le TBI modèle, puisqu'il offre la possibilité aux États de la SADC de déterminer si les critères d'une compensation « juste et adéquate » doivent uniquement correspondre à la juste valeur marchande, ou si d'autres facteurs peuvent être considérés.

## B. LA RÉVISION DES MODALITÉS DE VERSEMENT DE LA COMPENSATION DUE

131. Tout comme la détermination de la compensation due, la question des modalités de paiement est un aspect crucial de l'encadrement du droit des États à exproprier. À cet effet, l'article 8 § 3 de l'Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO stipule que l'indemnité est versée « sans délai et elle est pleinement réalisable »<sup>297</sup>. Aussi est-il prévu qu'« au moment du paiement, l'indemnité est librement transférable »<sup>298</sup> ; ce qui signifie que l'investisseur doit non seulement pouvoir obtenir immédiatement le bénéfice de la compensation mais doit également pouvoir le rapatrier<sup>299</sup>. Une disposition limitée à de telles exigences est, certes, sûre du point de vue de l'investisseur étranger, mais elle semble toutefois insuffisamment adaptée au contexte africain, marqué par la fragile stabilité des conjonctures économiques nationales<sup>300</sup>. L'obligation pourrait alors considérablement entraver la capacité des États à exproprier dans l'intérêt général ou exposerait ces derniers à de multiples contestations juridiques.
132. Tenant compte de cette évidence, l'Acte additionnel précisera ensuite que le paiement pourra être échelonné en fonction des capacités financières du pays hôte : « les sentences qui

---

<sup>295</sup> Protocole sur la finance et l'investissement de la SADC, annexe 1 révisée, art. 5 § 2.

<sup>296</sup> L'article dispose également que « [...] le calcul d'une indemnité juste et appropriée sera fondé, **le cas échéant**, sur un équilibre équitable entre l'intérêt public et l'intérêt des personnes affectées, en ayant égard à l'ensemble des circonstances pertinentes et en tenant compte des éléments suivants : (a) l'usage actuel et passé du bien en question ; (b) l'historique de son acquisition ; (c) la juste valeur marchande de l'investissement ; (d) l'objectif de l'expropriation ; (e) l'étendue des bénéfices antérieurs réalisés par l'investisseur étranger par le biais de l'investissement en question ; et (f) la durée de ce dernier » [caractères gras ajoutés].

<sup>297</sup> Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO, art. 8 § 3.

<sup>298</sup> Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO, art. 8 § 5.

<sup>299</sup> Ce qui ne serait pas le cas par exemple, de bons du trésor et autres titres de dette.

<sup>300</sup> L'expression « conjoncture économique » désigne l'ensemble des éléments caractérisant la situation de l'économie à un moment donné. Elle fait référence aux évolutions économiques de court terme d'un ensemble économique, en général un pays. Elle s'apprécie à l'aide d'indicateurs économiques tels que le taux de croissance du PIB, le taux d'inflation, l'évolution du taux de chômage, la balance commerciale, etc. Voir notamment MONIER (P), *L'économie générale : Acteurs et marchés économiques - Conjoncture économique - Politique structurelle - Mondialisation et régionalisation*, Gualino-Lextenso, 2013, 296 p.

---

imposent un fardeau considérable à un État d'accueil peuvent être acquittées sur une période de trois (3) ans ou une période convenue entre les États Membres, sous réserve des intérêts au taux convenu par consentement mutuel »<sup>301</sup>. Dans cette même visée, le TBI modèle de la SADC introduit une flexibilité dans le délai de paiement en stipulant que la compensation est payée *within a reasonable period of time*<sup>302</sup>. Selon les rédacteurs du traité, la formulation répond aussi aux réalités pratiques du terrain, vu que la détermination de la compensation peut prendre un certain temps<sup>303</sup>. En outre, le traité modèle stipule, à l'instar de l'Acte additionnel, que : « *Awards that are significantly burdensome on a Host State may be paid yearly over a threeyear period or such other period as agreed by the parties to the arbitration, subject to interest at the rate established by agreement of the parties to the arbitration or by a tribunal failing such agreement* »<sup>304</sup>.

133. La disposition semble être désormais l'apanage des traités d'investissement de la SADC et de la CEDEAO, puisqu'on la retrouve également à l'article 5 § 4 de l'Annexe 1 révisée du Protocole sur la finance et l'investissement en ces termes : « Les paiements qui imposent un fardeau considérable sur un État d'accueil peuvent être étalés sur une période de trois ans ou sur toute autre période dont conviendront l'État d'accueil et l'investisseur, sous réserve du paiement d'un intérêt à un taux fixé dans l'accord conclu entre eux ». Le PFI révisé se distingue toutefois des autres instruments en ce qu'il prévoit expressément l'application du droit interne aux modalités de paiement. Le traité stipule en effet qu'« [...]au moment du paiement, l'indemnisation sera librement cessible **conformément à la législation applicable dans l'État d'accueil** »<sup>305</sup>.

134. Cette disposition rappelle indubitablement la position des pays du Sud dans les divergences de vues qui les opposaient aux pays du Nord concernant les conditions de compensation en cas d'expropriation. La contestation des pays du Sud, prospérant au sein du mouvement des non-alignés, avait d'ailleurs abouti à l'adoption de deux importantes résolutions à l'Assemblée Générale des Nations Unies dans les années 1960-1970. La première, portant sur la souveraineté permanente sur les ressources naturelles, avait déjà

---

<sup>301</sup> Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO, art. 8 § 5.

<sup>302</sup> TBI modèle de la SADC, art. 6 § 1 (c).

<sup>303</sup> TBI modèle de la SADC, commentaire de l'art. 6, v. *SADC Model Bilateral Investment Treaty Template with Commentary*, Gaborone (Botswana), July 2012, p. 26

<sup>304</sup> TBI modèle de la SADC, art. 6 § 4.

<sup>305</sup> Protocole de la SADC sur la finance et l'investissement, annexe 1 révisée, art. 5 § 3 [caractères gras ajoutés].



---

tenté de se démarquer de la formule Hull en affirmant qu'en cas d'expropriation, « le propriétaire recevra une indemnisation adéquate, conformément aux règles en vigueur dans l'État qui prend ces mesures dans l'exercice de sa souveraineté et en conformité du droit international »<sup>306</sup>. La seconde, qualifiée de Charte des droits et devoirs économiques des États, prévoyait elle aussi l'application du droit interne dans l'estimation de la compensation due suite à une expropriation. L'article 2 § 2 (c) de ladite Charte stipule à cet effet que « dans tous les cas où la question de l'indemnisation donne lieu à différend, celui-ci sera réglé conformément à la législation interne de l'État qui prend des mesures de nationalisation et par les tribunaux de cet État [...]. »<sup>307</sup>.

---

<sup>306</sup> ONU, Résolution A/RES/1803/(XVII) relative à la souveraineté permanente sur les ressources naturelles du 14 décembre 1962.

<sup>307</sup> ONU, Charte des droits et devoirs économiques des États, Résolution (A/RES/3281/(XXIX) du 12 décembre 1974.

---

## § 2. LES EXCLUSIONS : UN REMÈDE À L'IMPRÉVISIBILITÉ DE LA NOTION D'EXPROPRIATION INDIRECTE

135. Les traités régionaux protègent les investisseurs non seulement contre l'expropriation directe<sup>308</sup>, mais aussi contre d'autres catégories de mesures étatiques qualifiées d'« expropriation indirecte ». Ainsi, les notions d'expropriation directe et indirecte sont soumises à un seul et même régime juridique<sup>309</sup> ; elles sont assimilées du point de vue des conséquences de droit qu'elles entraînent. Toutefois, les deux concepts sont rarement définis dans les traités d'investissement, bien qu'il s'agisse d'une question essentielle tant pour les investisseurs que pour les gouvernements. Si cette lacune normative ne semble pas poser de problème dans le contexte de l'expropriation directe et formelle, il est cependant plus difficile de définir l'expropriation indirecte ; et la définition retenue peut avoir des incidences significatives sur la capacité des États à réglementer dans l'optique du développement durable<sup>310</sup>. Pour y remédier, les textes régionaux ont introduit des exclusions qu'il conviendra d'examiner (B), après avoir analysé de plus près la problématique que pose la notion d'expropriation indirecte (A).

### A. LA PROBLÉMATIQUE DE L'EXPROPRIATION INDIRECTE

136. Selon certains auteurs, « la notion d'atteinte indirecte est l'une des plus imprécises que l'on rencontre dans le droit international des investissements – qui n'est pourtant pas avare de ces imprécisions »<sup>311</sup>. Il semble néanmoins bien établi, dans la doctrine, que l'expropriation indirecte se distingue de l'expropriation directe en ce qu'elle ne procède pas

---

<sup>308</sup> L'expropriation directe se traduit par la mainmise physique ou la nationalisation d'une entreprise, qui implique un transfert de la propriété à l'État. NOUVEL soutient que « [...] dans le cas de l'expropriation directe, la dépossession qui se fait au détriment d'une personne privée coïncide avec l'appropriation au profit d'une personne publique [...] ». In NOUVEL (Y), « Les mesures équivalant à une expropriation dans la pratique récente des tribunaux arbitraux », *R.G.D.I.P.*, 2002-1, p. 89.

<sup>309</sup> Les traités d'investissement de la SADC et de la CEDEAO mentionnent conjointement l'expropriation indirecte avec les mesures d'expropriation et de nationalisation et prévoient une obligation d'indemnisation au même titre que ceux-ci. L'Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO stipule en son article 8 § 1, intitulé « expropriation », qu'« aucun État Membre ne peut, **directement** ou **indirectement**, nationaliser ou exproprier un investissement effectué sur son territoire ("expropriation"), [...] » [caractères gras ajoutés]. De même, la clause introductive de l'article 6 du TBI modèle stipule que « *A State Party shall not directly or indirectly nationalize or expropriate investments in its territory [...]* » [Caractères gras ajoutés].

<sup>310</sup> BERNASCONI-OSTERWALDER (N), COSBEY (A), JOHNSON (L) et VIS-DUNBAR (D), *Les traités d'investissement et leur importance pour le développement durable : questions et réponses*, Winnipéd, IIDD, 2012, p. 20

<sup>311</sup> CARREAU (D.), JUILLARD (P.), *Droit international économique*, Dalloz, 2013, p. 570

---

à un transfert du titre légal de propriété de la personne privée à l'État<sup>312</sup>. NIKIEMA Suzy précisera en outre que « la règle de l'expropriation indirecte a pour objectif d'offrir une protection effective aux investisseurs, allant au-delà des atteintes formelles et délibérées à leurs droits »<sup>313</sup>. Cependant, les traités d'investissement ont tendance à ne pas définir ou spécifier les critères de qualification de l'expropriation indirecte. La difficulté est encore plus grande lorsqu'on remarque que la structure rédactionnelle des clauses conventionnelles exclut implicitement les conditions de licéité dans la définition d'une expropriation indirecte<sup>314</sup>. Il se pose dès lors la question cruciale de la détermination des critères selon lesquelles les mesures gouvernementales devront être considérées comme une expropriation indirecte, et donc assujetties au versement de compensation financière. Les insuffisances du droit conventionnel ne seront pas non plus comblées par le droit jurisprudentiel dont l'hétérogénéité contribuera surtout à amplifier.

137. En effet, après plusieurs décisions arbitrales, la ligne de démarcation entre la notion d'expropriation indirecte et les mesures réglementaires n'exigeant pas de compensation n'a pas été clairement établie, mais plutôt abordée sous trois approches différentes. La première d'entre elles concerne la « doctrine des seuls effets » ou *sole effect doctrine* en anglais<sup>315</sup>. Cette doctrine appréhende l'expropriation indirecte comme toutes mesures étatiques dont l'objet n'est pas d'exproprier ou de nationaliser les investissements étrangers, mais dont l'effet est de priver les investisseurs des droits qui s'attachent à leurs investissements<sup>316</sup>.

---

<sup>312</sup> L'expropriation indirecte est généralement comprise comme « [...] une atteinte à l'investissement, mettant en danger son existence, sa consistance ou sa rentabilité financière, mais dont l'objet poursuivi par les mesures ne visait pas le transfert du titre sur l'investissement. Elle pourrait, entre autres exemples, résulter de la mise en place d'un conseil d'administration composé de représentants du gouvernement ; le retrait d'une licence exigée pour exploiter une usine, de l'ingérence d'un État dans l'utilisation de ce bien ou des avantages que celui-ci procure sans qu'il soit même saisi ou que le titre légal de propriété soit affecté ». In OCDE, « L' "expropriation indirecte" et le "droit de réglementer" dans le droit international de l'investissement », sur *éditions OCDE* [en ligne], septembre 2004, n°2004/4, p. 3-4, [consulté le 21 août 2017].

<sup>313</sup> NIKIEMA (S. H.), « L'expropriation indirecte », sur *IIDD* [en ligne], publié en mars 2012, p. 2, [consulté le 20 février 2018].

<sup>314</sup> Pour NIKIEMA Suzy, les critères de qualification de l'expropriation indirecte sont à rechercher en dehors des critères de licéité, puisque les clauses des traités d'investissement prévoient que les Parties ne prendront pas de mesures d'expropriation indirecte que si trois conditions de licéité au moins sont réunies : un intérêt public visé par la mesure, le caractère non discriminatoire de cette dernière, et le versement d'une indemnisation à l'investisseur lésé. Ce qui signifie, selon elle, que les tribunaux arbitraux doivent rechercher d'abord l'existence d'une expropriation indirecte, et si la réponse est positive, vérifier ensuite qu'elle a été licitement édictée. In NIKIEMA (S. H.), « L'expropriation indirecte », sur *IIDD* [en ligne], publié en mars 2012, p. 7, [consulté le 20 février 2018].

<sup>315</sup> DOLZER (R.), « Indirect expropriation, New Developments ? », *Environmental Law Journal*, vol.11, 2002, p. 65, 79 et p. 90.

<sup>316</sup> CARREAU (D), JUILLARD (P), *Droit international économique*, Dalloz, 2005, op. cit., p. 508

---

Ainsi, l'investisseur étranger serait protégé non seulement des expropriations formelles mais aussi des actions qui, sans être explicitement destinées à priver une personne de sa propriété, en ont l'effet<sup>317</sup>.

138. La doctrine des seuls effets a notamment été utilisée dans l'affaire *Biloune c. Ghana*, où le tribunal a pris uniquement en compte le fait que la mesure avait eu « pour effet de causer la cessation irréparable des travaux du projet » en raison de l'ordre d'arrêt et la démolition des travaux, de l'arrestation puis de l'expulsion de M. BILOUNE hors du territoire national<sup>318</sup>. Appliquée avec rigueur, cette doctrine pourrait fortement compromettre la capacité des États à réglementer en faveur du développement durable dans la mesure où elle amène les arbitres à s'intéresser exclusivement à l'incidence ou au degré d'empiètement de la mesure étatique sur l'activité économique de l'investisseur. On en veut pour preuve les premières affaires considérées dans le cadre de l'ALÉNA, où certains tribunaux ont conclu à l'existence d'acte d'expropriation indirecte concernant des mesures étatiques qui visaient à protéger l'environnement, atteindre des objectifs sociaux et bien d'autres aspects de l'intérêt public<sup>319</sup>.

---

<sup>317</sup> De cette manière, une définition extensive de l'expropriation indirecte pourrait conduire à qualifier comme tel tout comportement étatique (action, omission) susceptible d'avoir un impact sur l'investissement couvert. Toutefois, le Professeur LEBEN précise qu'« il faut que le degré d'interférence soit tel, qu'il fasse subir à l'investisseur une perte substantielle de la valeur ou de la jouissance de son investissement. ». Voir., LEBEN (C), « La liberté normative de l'État et la question l'expropriation indirecte », in LEBEN (C) (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement international : Nouveaux développements*, Louvaine-la-neuve, Artémis, 2006, p. 173.

<sup>318</sup> *Biloune and Marine Drive Complex Ltd v. Ghana Investments Centre and the Government of Ghana*, sentence ad hoc du 27 octobre 1989, ILR, vol. 95, 1990, p. 209. Cité par NIKIEMA Susy dans NIKIEMA (S. H.), « L'expropriation indirecte », sur *IIDD* [en ligne], publié en mars 2012, p. 13, [consulté le 20 février 2018].

<sup>319</sup> La doctrine des seuls effets a notamment été suivie dans l'affaire *Metalclad c. Mexique*. En l'espèce, *Metalclad Corporation*, une société américaine ayant investi dans une décharge de déchets toxiques au Mexique, intentait une action contre ce dernier devant un tribunal arbitral. Deux mesures gouvernementales distinctes étaient visées : d'une part, le refus des autorités municipales de lui accorder un permis d'exploitation au motif que l'activité présentait des risques écologiques et, d'une autre part, l'adoption d'un décret déclarant la zone prévue des opérations de l'investisseur en zone écologique. L'investisseur prétendait que de telles mesures constituaient une mesure d'effet équivalant à l'expropriation contraire aux dispositions de l'article 1110 de l'ALÉNA. Dans sa décision du 30 août 2000, le tribunal constata que l'investisseur avait effectivement été privé d'une part significative du bénéfice de son bien et a conclu à l'existence d'une mesure expropriatrice assujettie au versement d'une indemnisation (*Metalclad Corporation c. United Mexican States*, affaire CIRDI n° ARB/AF/97/1, décision du 30 août 2000, § 107 et § 109). Le panel précisera également qu'il « n'appartient pas au tribunal de décider ou de considérer la motivation ou l'intention de l'adoption du décret écologique » (§ 111). L'objectif environnemental de l'initiative gouvernementale n'a donc eu que très peu d'importance aux yeux des arbitres qui semblent considérer les réglementations qui touchent à la protection de l'environnement au même titre que les mesures économiques ou fiscales, à savoir, comme un risque réglementaire indemnisable. D'autres tribunaux ont également adopté cette approche et ont fait prévaloir une solution similaire, notamment dans l'Affaire *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. c. Costa Rica*, affaire CIRDI n° ARB/96/1, sentence arbitrale du 17 fév. 2000. Plusieurs auteurs voient dans cette approche un véritable renversement du principe pollueur-payeur puisque la charge de la nouvelle réglementation environnementale revient à l'État alors que l'investisseur « pollueur » est quant à lui

139. La seconde voie empruntée par les tribunaux arbitraux concerne l'application du principe de « proportionnalité » ; principe perçu comme celui de l'équilibre entre les intérêts public et privé. Celui-ci consiste, en effet, à tenir compte de l'objet des mesures gouvernementales, de l'intention des gouvernants et, ensuite, à évaluer l'équilibre entre le but d'intérêt public de la mesure et les atteintes portées aux intérêts des investisseurs pour déterminer si une compensation est due. L'approche adoptée ici admet, certes, qu'un empiètement substantiel sur l'investissement puisse constituer une expropriation, mais cherche à savoir si l'impact négatif sur l'investisseur est proportionnel à l'impact positif que la mesure vise à réaliser<sup>320</sup>. Ainsi, la mesure étatique poursuivie pourrait, ou non, être qualifiée d'expropriation indirecte, selon le rapport d'équilibre entre l'objectif visé par l'État hôte et le fardeau imposé à l'opérateur étranger<sup>321</sup>. Enfin, la troisième approche consiste à invoquer les « pouvoirs de police » ou « *police powers* » dans la littérature anglophone<sup>322</sup>. Cette doctrine conçoit que certaines atteintes aux biens des investisseurs n'aient pas à entraîner de conséquences financières, quel qu'en soit l'impact économique : « le pouvoir de police de l'État [...] est de réglementer, ou de limiter les droits individuels dans l'intérêt public ; pour sérieuses que soient les limitations imposées, elles ne confèrent pas de droit à indemnisation »<sup>323</sup>.

---

indemnisé. Voir en ce sens, MANN (H) et VON MOLTKE (K), *Protecting Investor Rights and the Public Good: Assessing NAFTA's Chapter 11*, document de travail pour les ateliers trinationaux de l'IISD sur les politiques Mexico (13 mars), Ottawa (18 mars), Washington (11 avril 2002), IIDD, Winnipeg, p. 46 ; BAUGHEN (S.), « Investor Rights and Environmental Obligations : Reconciling the irreconcilable ? », *Journal of Environmental Law*, 2001, vol, p. 215.

320 BERNASCONI-OSTERWALDER (N), COSBEY (A), JOHNSON (L) et VIS-DUNBAR (D), *Les traités d'investissement et leur importance pour le développement durable : questions et réponses*, Winnipéd, IIDD, 2012, p. 21

321 Une belle illustration nous est donnée dans l'affaire *Tecmed c. Mexique*, qui portait sur le refus du gouvernement mexicain de renouveler le permis d'exploitation d'une usine de traitement de déchets dangereux possédée par l'investisseur espagnol Tecmed. À cet effet, le tribunal arbitral saisi par l'investisseur, sur le fondement du TBI Espagne-Mexique, a considéré que le critère de la proportionnalité était un critère nécessaire à la qualification d'une expropriation indirecte : « le Tribunal arbitral examinera, en vue de déterminer si elles doivent être caractérisées comme une expropriation, si ces actions ou mesures sont proportionnelles à l'intérêt public qu'elles sont présumées protéger et à la protection juridique accordée aux investissements ». (*Tecmed c. Mexique* (ARB(AF)/00/2, sentence du 29 mai 2003, § 122). [Traduction libre].

322 La doctrine des « pouvoirs de police » puise ses origines ou a été fortement influencée par le droit constitutionnel américain. Voir sur ce point, LEVESQUE (C), « Les fondements de la distinction entre l'expropriation et la réglementation en droit international », *Revue générale de droit*, vol. 33, n°1, 2003, p. 62. Pour une étude détaillée du droit américain sur cette question, voir notamment SAX (J. L.), « Taking and the Police power », *The Yale Law Journal*, 1964, vol. 74, n°1, pp. 36-76 ; références tirées de NIKIEMA (S. H.), *L'expropriation indirecte en droit international des investissements*, PUF, 2012, p. 167-168.

323 LAVIEC (J. P.), *Protection et promotion des investissements, étude de droit international économique*, Paris, PUF, 1985, p. 165. L'approche a notamment été adoptée dans l'affaire *Methanex Corporation c. États-Unis*.

---

140. Décrite par certains comme une exclusion, la doctrine des pouvoirs de police « [...] ne porte pas sur une situation où un gouvernement serait excusé de l'obligation de payer des dommages-intérêts en raison d'une exception. Elle porte plutôt sur une situation où la mesure litigieuse, dès le départ, n'est même pas réputée constituer un acte d'expropriation, si bien qu'aucune obligation n'est créée et aucune indemnisation n'est requise »<sup>324</sup>. Comme dans toute exclusion, la difficulté réside ici à en fixer l'étendue. Un tribunal ayant adopté la doctrine des pouvoirs de police a d'ailleurs fait remarquer qu'il n'existait pas de « trait lumineux et facile à distinguer » entre des règlements prescrivant la non-indemnisation et des expropriations indemnissables<sup>325</sup>.

141. Pour toutes ces raisons, certains auteurs ont estimé que la doctrine des *police power* était « particulièrement défavorable aux investisseurs étrangers et exagérément favorable aux États, à moins qu'elle ne soit appliquée dans des circonstances très exceptionnelles »<sup>326</sup>. Au demeurant, la jurisprudence arbitrale rendue à ce jour n'a pas pu fournir une réponse claire à la problématique de l'expropriation indirecte. En dégageant trois manières distinctes d'aborder la même obligation, les tribunaux ont plutôt renforcé ou confirmé le caractère incertain d'une règle difficile à cerner.

---

En l'espèce, le tribunal a rejeté la demande de Methanex, expliquant qu'« en droit international général, un règlement non discriminatoire institué dans un but d'intérêt public en adoptant les procédures admises » ne constitue pas une expropriation, pour autant que l'État n'ait pas donné la garantie expresse que la mesure en cause ne serait pas prise (*Methanex Corporation c. États-Unis*, sentence finale du 3 août 2005, Partie IV Chapitre D, § 7).

<sup>324</sup> BERNASCONI-OSTERWALDER (N), COSBEY (A), JOHNSON (L) et VIS-DUNBAR (D), *Les traités d'investissement et leur importance pour le développement durable : questions et réponses*, Winnipéd, IIDD, 2012, p. 22 [Encadré ajouté].

<sup>325</sup> *Saluka Investments BV c. République tchèque*, sentence partielle, règles d'arbitrage CPA–CNUDCI, 17 mars 2006, § 263.

<sup>326</sup> DE NANTEUIL (A), *Droit international des investissements*, Pedone, 2014, p. 357-358

---

## B. LES EXCLUSIONS ENVISAGÉES

142. L'ambiguïté du concept d'expropriation indirecte<sup>327</sup> et l'imprévisibilité de la jurisprudence en la matière suscitent de réelles difficultés pour le développement durable dans la mesure où elles offrent aux opérateurs étrangers le moyen de contester la légitimité de mesures étatiques dans des secteurs sensibles comme la protection de l'environnement ou des droits de l'Homme. Il ne serait d'ailleurs pas exagéré d'affirmer que la notion d'expropriation indirecte met l'État hôte dans une position d'insécurité juridique qui aboutit dans bien des cas à un « gel réglementaire »<sup>328</sup>. Cette insécurité est également relevée par l'IIDD, qui soutient que l'État récepteur de l'investissement « ne sait pas à l'avance si un texte de loi en suspens ne lui coûtera pas une action litigieuse et une obligation de dédommagement potentiellement onéreuse et embarrassante. »<sup>329</sup>.
143. Une illustration assez éloquente du montant particulièrement élevé des compensations nous est d'ailleurs donnée par l'Affaire *Standard Chartered Bank c. Tanzanie* en 2014. En effet, l'affaire a vu l'État tanzanien être condamné à verser la somme de 118.60 millions de dollars US à la banque Standard Chartered dans le cadre d'un différend sur les tarifs de l'électricité. En l'espèce, l'investisseur avait allégué, entre autres infraction, à une expropriation indirecte de la part du gouvernement tanzanien, en se fondant sur les dispositions du TBI Tanzanie-Royaume-Uni (1994)<sup>330</sup>.
144. Afin de remédier aux incertitudes que suscite la norme, les instruments sur l'investissement de la SADC ont introduit de nouvelles dispositions prévoyant l'exclusion de certains types de mesures publiques de la définition de l'expropriation indirecte<sup>331</sup>. En

---

327 L'OCDE admettra à cet égard qu'« il n'existe pas de définition claire et généralement acceptée du concept d'expropriation indirecte et de ce qui le distingue d'une réglementation ne donnant pas lieu à indemnisation bien qu'il s'agisse d'une question très importante tant pour les investisseurs que pour les gouvernements ». In OCDE, « L' "expropriation indirecte" et le "droit de réglementer" dans le droit international de l'investissement », sur *éditions OCDE* [en ligne], septembre 2004, n°2004/4, p. 5, [consulté le 21 août 2017].

328 L'expression fut employée par l'IIDD pour indiquer la réaction des États face à l'imprévisibilité de la règle de l'expropriation indirecte. L'Institut estime à cet égard qu'« on peut s'attendre à voir le gouvernement opter pour une approche peu encline au risque et adopter une réglementation moins rigoureuse, ou pas de réglementation » par crainte de voir ces mesures être qualifiées d'expropriation indirecte et qu'elles entraînent le versement de compensations financières importantes. Voir., BERNASCONI-OSTERWALDER (N), COSBEY (A), JOHNSON (L) et VIS-DUNBAR (D), *Les traités d'investissement et leur importance pour le développement durable : questions et réponses*, Winniped, IIDD, 2012, p. 23

329 *Ibid.*

330 V. *Standard Chartered Bank c. La République-Unie de Tanzanie*, Affaire CIRDI n°ARB /10/12.

331 Il ne sera donc pas question pour nous d'aborder ici les autres exclusions classiques, notamment celles relatives aux licences et propriété intellectuelle (TBI modèle de la SADC, art. 6 § 5 ; Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO, art. 8 § 6) ou encore celles afférentes aux mesures non discriminatoires

---

effet, l'article 6 § 7 du TBI modèle de la SADC dispose qu'une mesure étatique, prise sur une base non-discriminatoire, conçue et appliquée pour protéger ou améliorer des objectifs publics légitimes, tels que la santé publique, la sécurité, l'environnement, ne constitue pas une expropriation indirecte : « *A [non-discriminatory] measure of a State Party that is designed and applied to protect or enhance legitimate public welfare objectives, such as public health, safety and the environment, **does not constitute an indirect expropriation under this Agreement*** » [caractères gras ajoutés].

145. Cet éclaircissement demeure nécessaire selon les rédacteurs du TBI modèle, qui estiment que l'omission de la clause créerait le risque de voir un tribunal soutenir que le défaut d'exclusion explicite des mesures réglementaires des Parties contractantes les incluait dans le champ d'application des mesures constituant l'expropriation<sup>332</sup>. Une clause d'exclusion similaire est aussi prévue dans le PFI révisé de la SADC en ces termes : « Une mesure d'application générale qui est conçue et appliquée par un État partie dans le but de protéger ou de consolider la réalisation des objectifs légitimes de bien-être public tels que la santé publique, la sécurité et l'environnement **ne constitue pas une expropriation indirecte** »<sup>333</sup>.

146. De telles dispositions permettent d'éviter l'engagement de la responsabilité de l'État pour une certaine catégorie de mesures définies. Elles sont d'autant plus indispensables lorsqu'on admet que « l'État d'accueil de l'investissement a besoin de maintenir un espace de réglementation non indemnisable pour la réalisation de l'intérêt général et le respect de ses engagements internationaux »<sup>334</sup>. En effet, certaines des mesures étatiques susceptibles d'affecter l'essence ou la rentabilité d'un investissement étranger résultent, au-delà des enjeux purement nationaux, de la mise en œuvre d'obligations internationales et régionales. Afin de s'acquitter desdites obligations, les gouvernements pourraient être amenés, entre autres exemples, à réglementer le transport transfrontalier de déchets dangereux<sup>335</sup>, classer

---

d'application générale (Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO, art. 8 § 7 ; TBI modèle de la SADC, art. 6 § 6). De telles exceptions reflètent les points de vue communs concernant les actes gouvernementaux qui ne sont pas considérés comme des expropriations.

<sup>332</sup> TBI modèle de la SADC, commentaire de l'art. 6, v. *SADC Model Bilateral Investment Treaty Template with Commentary*, Gaborone (Botswana), July 2012, p. 26

<sup>333</sup> PFI de la SADC, annexe 1 révisée, art. 5 § 7 [caractères gras ajoutés].

<sup>334</sup> NIKIEMA (S. H.), « L'expropriation indirecte », sur *IIDD* [en ligne], publié en mars 2012, p. 4, [consulté le 20 février 2018].

<sup>335</sup> Il pourrait s'agir, pour l'État, de chercher à se conformer à certaines exigences de la Convention de Bamako sur l'interdiction d'importer des déchets dangereux et sur le contrôle des mouvements transfrontières et la



---

des forêts<sup>336</sup>, imposer des normes élevées en matière de recyclage des eaux polluées, et bien d'autres mesures de protection de l'environnement<sup>337</sup> et de la santé humaine<sup>338</sup>, sans avoir à verser systématiquement une compensation financière du fait du préjudice qui en résulterait sur les investissements. En de pareilles circonstances, le droit des États de poursuivre leurs objectifs sociaux et environnementaux devrait alors prévaloir sur les conséquences économiques de ces mesures pour l'investisseur.

---

gestion des déchets dangereux produits en Afrique (adoptée en 1991, la Convention est entrée en vigueur en 1998).

**336** Voir, par exemple, la Convention des Nations Unies sur la lutte contre la désertification, adoptée à Paris le 17 juin 1994 et entrée en vigueur le 25 décembre 1996 ; le Protocole de la SADC sur la Foresterie, qui vise à promouvoir le développement, la conservation, la gestion durable et l'utilisation de tous les types de forêts et d'arbres, le commerce des produits forestiers et de la protection efficace de l'environnement, et de protéger les intérêts des générations présentes et futures. Signé le 03 août 2002, il est entré en vigueur le 17 juillet 2009 à Luanda (Angola).

**337** Les Conventions africaines pour la conservation de la nature et des ressources naturelles (Convention d'Alger, 1968). Le Protocole de la SADC sur la Conservation de la Faune, adopté le 18 août 1999 à Maputo (Mozambique) afin d'établir un cadre commun pour la conservation et l'utilisation durable de la faune dans la région (entrée en vigueur le 30 novembre 2003).

**338** Les Directives régionales de la SADC pour la réglementation des produits phytosanitaires dans les États membres relèvent, à juste titre, qu'il est impératif que les gouvernements des États membres remplissent leurs obligations aux fins de la sécurité et de la sûreté alimentaire, de la santé humaine et de l'environnement et pour le commerce international des produits agricoles. Ces directives découlent de l'Annexe Sanitaires et Phytosanitaires (SPS) du Protocole de la SADC sur le commerce, approuvé par le Comité des Ministres du Commerce, le 12 juillet 2008 à Lusaka, (Zambie).

---

---

## **CONCLUSION DU TITRE I**

---

---



---

À la différence de la plupart des AII, les principales règles de protection des investissements contenues dans les nouveaux traités d'investissement de la CEDEAO et de la SADC ont été rédigées de manière à limiter la responsabilité des États parties lorsque ceux-ci adoptent des mesures relevant de leurs politiques de développement durable. Cette nouvelle orientation concerne les règles de protection par renvoi, constituées de la règle du traitement national et celle de la nation la plus favorisée. Toutes les deux ont été notamment soumises au principe des « circonstances analogues », qui permet aux États de traiter les investisseurs différemment selon les contextes et les exigences socio-environnementales en présence. Il a également été procédé à la réorientation les règles de protection sont définies dans l'absolu. À cet égard, on relève d'abord l'affinement et la rationalisation des standards de traitement, notamment par la prise en compte du niveau de développement dans l'appréciation du respect desdits standards. On relève ensuite le recadrage des clauses relatives à l'expropriation, à travers la révision des conditions de compensation financière et l'exclusion de certaines mesures réglementaires d'intérêt public. Les traités régionaux étudiés ne se limitent toutefois pas à cette étape. Ils prévoient en effet d'autres dispositions qui visent cette fois-ci à renforcer les marges de manœuvre des États en faveur du développement durable.



---

---

**TITRE II.**  
**LE RENFORCEMENT DES MARGES DE MANŒUVRE**  
**DES ÉTATS**

---

---



147. Les AII traditionnels ont, à maintes reprises, été critiqués pour leur tendance à restreindre la capacité des États à poursuivre leurs propres objectifs de développement dans les domaines sociaux et environnementaux. Selon certains auteurs, les traités d'investissement ont pour effet commun de conduire les gouvernements à s'abstenir d'introduire de nouvelles réglementations ou des politiques favorisant leurs citoyens en termes de prestations, de peur de donner lieu à toute action en dédommagement d'une ou plusieurs sociétés étrangères<sup>339</sup>. Cet état de « paralysie réglementaire »<sup>340</sup>, ne semble pas pourtant se justifier, puisqu'il est bien établi, en droit international, que l'État « doit à tout le moins pouvoir contrôler et diriger les activités qui s'exercent sur son territoire afin d'atteindre ses objectifs politiques, économique et sociaux »<sup>341</sup>.
148. Pour remédier à ce paradoxe propre au droit conventionnel des investissements, il a été de plus en plus question d'aménager les dispositions des AII de manière à donner aux États une marge de manœuvre suffisante pour atteindre leurs objectifs de développement durable, sans pour autant éliminer les effets de la protection des investisseurs. Dans ce sens, Graham MAYEDA soutient que « la conception d'un régime d'investissement international compatible avec le développement durable exige des pays en développement qu'ils réfléchissent au degré de flexibilité dont ils ont besoin pour maintenir leurs politiques vis-à-vis des investisseurs étrangers afin de promouvoir le développement durable et de faire face aux urgences politiques, sociales et économiques »<sup>342</sup>. Cette nouvelle donne, consistant à préserver le droit de réglementer en faveur du développement durable<sup>343</sup>, est clairement reflétée dans les traités d'investissement de la CEDEAO et de la SADC ; tant au niveau des règles substantielles (Chapitre I) que dans celles relatives aux litiges (Chapitre II).

---

<sup>339</sup> LUTHER (M. M) et COLLINSON (H), « Accords d'investissement internationaux : Guide de sensibilisation pour la société civile », sur *SEATINI et TRAUDCRAFT* [en ligne], publié en 2015, p. 27 [consulté le 20 avril 2016].

<sup>340</sup> *Ibid.*

<sup>341</sup> SCHAUFELBERG (S), *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, p. 88

<sup>342</sup> MAYEDA (G), « Sustainable International Investment Agreement », in CORDONIER SEGGER (M-C), NEWCOMBE (A) et GEHRING (M), *Sustainable Development in World Investment Law*, Kluwer law international BV, The Netherland, 2011, p. 559

<sup>343</sup> Voir également à ce sujet, VANDUZER (J. A.), SIMONS (P) et MAYEDA (G), *Integrating Sustainable Development into International Investment Agreements : A Guide for Developing Countries*, London, Commonwealth Secretariat, 2012, p. 258





---

---

**CHAPITRE I.  
UN RENFORCEMENT PAR LES RÈGLES  
SUBSTANTIELLES**

---

---



---

**149.** Dans le cadre des règles substantielles, le renforcement des marges de manœuvre des États s'est opéré à travers l'insertion de dispositions réaffirmant les prérogatives inhérentes aux États (Section 1). En outre, les instruments de la CEDEAO et de la SADC prévoient, comme la plupart des traités d'investissement, des exceptions aux règles protectrices des investissements (Section 2).



## SECTION I.

### DES PRÉROGATIVES ÉTATIQUES RÉAFFIRMÉES : CAS DU DROIT DE RECOURIR AUX EXIGENCES DE RENDEMENT

150. Parmi les prérogatives reconnues aux États dans les traités régionaux se trouve le droit particulier d'imposer des exigences de rendement aux investisseurs<sup>344</sup>. Peu abordée dans la doctrine et la jurisprudence, l'exercice de cette prérogative n'est pourtant pas sans intérêt pour la promotion de l'investissement durable. L'intérêt du sujet est d'autant plus évident lorsqu'on considère le fait que les traités régionaux étudiés adoptent une approche nettement différente de la pratique conventionnelle courante<sup>345</sup>. Ainsi nous analyserons la question du recours aux exigences de rendement (§ 2), après avoir préalablement exposé les contours de la notion (§ 1).

#### § 1. LES CONTOURS DE LA NOTION D'EXIGENCES DE RENDEMENT

151. Les contours de la notion d'exigences de rendement (ER), également connues sous l'appellation « prescriptions de résultats » (PR), ou *performance requirement* en anglais, seront examinés au niveau de leur dimension conceptuelle et utilitaire (A). Nous verrons ensuite les différentes formes qu'elles sont susceptibles de revêtir (B).

##### A. LA DIMENSION CONCEPTUELLE ET UTILITAIRE DES EXIGENCES DE RENDEMENT

152. Conceptuellement, les exigences de rendement désignent des mesures étatiques qui imposent aux investisseurs un certain comportement ou des résultats en vue d'atteindre des objectifs de politique nationale dans l'État hôte. Selon la CNUCED, il s'agit de « dispositions

---

<sup>344</sup> L'article 24 § 2 de l'Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO stipule expressément que « [...] les États d'accueil peuvent imposer des exigences de rendement pour promouvoir les retombées nationales des investissements en matière de développement [...] ».

<sup>345</sup> Selon l'IIDD, l'analyse de la pratique conventionnelle révèle que la plupart des AII n'interdisaient pas le recours aux exigences de rendement. En effet, « [...] l'une des options généralement retenues consistait à garder le silence, appliquant la maxime selon laquelle ce qui n'est pas interdit est permis ». L'institut précise toutefois que « les traités internationaux offrent, depuis une décennie, des exemples croissants d'États s'engageant à ne pas imposer des exigences de rendement ». Voir commentaire de l'article 26 de l'accord modèle de l'IIDD in MANN (H), VON MOLTKE (K), PETERSON (L.E.), COSBEY (A), *Accord international sur l'investissement pour le développement durable, Guide du négociateur*, Winnipeg, IIDD, 2006, p. 48 ; voir aussi BERNASCONI-OSTERWALDER (N), COSBEY (A), JOHNSON (L) et VIS-DUNBAR (D), *Les traités d'investissement et leur importance pour le développement durable : questions et réponses*, Winnipeg, IIDD, 2012, p. 35.

---

restrictives, imposées aux investisseurs, qui exigent d'eux qu'ils atteignent certains objectifs spécifiés concernant leurs opérations dans le pays d'accueil »<sup>346</sup>. D'un point de vue juridique, l'aptitude à imposer des exigences de rendement est généralement comprise comme partie intégrante du droit souverain des États à réglementer. Elle est, à ce titre, l'une des prérogatives consacrées au Chapitre V de l'Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO intitulé « Droits de l'État d'accueil ». La notion n'est pas non plus absente des instruments de la SADC. Bien qu'elle soit moins explicitement exprimée, la reconnaissance du droit d'imposer des exigences de rendement apparaît en filigrane dans plusieurs clauses du TBI modèle.

153. D'abord dans le préambule, qui réaffirme le « [...] *right of the State Parties to regulate and to introduce new measures relating to investments in their territories in order to meet national policy objectives, and - taking into account any asymmetries with respect to the measures in place - the particular need of developing countries to exercise this right* »<sup>347</sup>. Ensuite, l'article 20 du texte régional, relatif au *Right of states to regulate*, admet aussi la possibilité d'exercer ce droit. Dans le même sens, le PFI révisé de la SADC adoptera une formulation qui, par ailleurs, établit une nette interconnexion entre le droit des États à réglementer (dont font partie les ER) et les objectifs de développement durable que ceux-ci poursuivent. Le Protocole propose la rédaction suivante : « comme l'exigent le droit coutumier international et autres principes généraux du droit international, l'État d'accueil a le droit de prendre toutes mesures, réglementaires et autres, pour s'assurer que le développement qui a lieu sur son territoire est conforme aux objectifs et aux principes du développement durable et autres objectifs légitimes de politique sociale et économique. »<sup>348</sup>.
154. D'un point de vue économique, les exigences de rendement sont bien souvent utilisées par les gouvernements pour éviter les opérations d'enclave par les investisseurs qui contribuent très peu à l'économie nationale et pour s'assurer que les avantages potentiels de

---

<sup>346</sup> COTULA Lorenzo, citant CNUCED, *Foreign direct investment and performance requirements : new evidence from selected countries*, United nations, New York and Geneva, 2003. In COTULA (L), « Traités d'investissement et développement durable : libéralisation des investissements », sur *IIED* [en ligne], publié en mai 2014, p. 3, [consulté le 18 novembre 2015].

<sup>347</sup> TBI modèle de la SADC, préambule, § 5.

<sup>348</sup> Protocole sur la finance et l'investissement de la SADC, annexe 1 révisée, art. 12 § 1. La disposition a été fortement inspirée de l'article 20 § 1 du TBI modèle rédigé comme suit : « *In accordance with customary international law and other general principles of international law, the Host State has the right to take regulatory or other measures to ensure that development in its territory is consistent with the goals and principles of sustainable development, and with other legitimate social and economic policy objectives.* ».

---

l'investissement étranger sont pleinement réalisés<sup>349</sup>. Il s'agira, entre autres objectifs, de renforcer la base industrielle et la valeur ajoutée nationale, de développer l'expertise locale dans un secteur donné, d'assurer le transfert de technologie, de résorber le chômage ou encore de préserver une part importante des entreprises nationales dans des secteurs<sup>350</sup>. D'aucuns y voient, pour toutes ces raisons, un outil indispensable qui permet de garantir que les investissements étrangers sont alignés sur les priorités et objectifs nationaux de développement économique et socio-environnemental du pays récepteur.

155. À cet égard, l'article 24 § 2 de l'Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO ne manquera pas de préciser que la finalité du droit des États à recourir aux ER est de « [...] promouvoir les retombées nationales des investissements en matière de développement [...] ». Dans une visée similaire, les rédacteurs du TBI type de la SADC rattacheront ouvertement l'utilisation des exigences de rendement au *Right to pursue development goals*, prévu à l'article 21 au titre des dérogations générales<sup>351</sup>. Selon ces derniers, le droit des États à poursuivre les objectifs de développement impliquerait également le droit d'amener l'investisseur à contribuer à la réalisation de tels objectifs. Sur cette base, on peut affirmer sans exagérer que les traités régionaux appréhendent les exigences de rendement comme des outils de promotion du développement national. Elles permettraient ainsi de veiller à ce que les investissements étrangers réalisés au sein des espaces régionaux aident les États membres à progresser dans la mise en œuvre de leurs politiques respectives de développement.

156. Ce postulat est également partagé par l'Institut de l'information et des négociations commerciales de l'Afrique du sud et de l'est, qui soutient que les ER peuvent utilisés par les

---

<sup>349</sup> L'analyse exposée ici provient de l'Institut de l'information et des négociations commerciales de l'Afrique du sud et de l'est (SEATINI). Selon cette organisation, les opérations dites « d'enclave » sont celles qui ont tendance à importer la plupart des intrants et technologie. Elles se caractérisent également par l'exportation de matières non transformées et l'emploi d'expatriés au détriment de nationaux. En conséquence, elles fournissent peu d'avantages à l'économie locale en raison des faibles liens positifs tissés par l'investissement étranger avec l'économie de l'État d'accueil. Voir, SEATINI et DIAKONIA, « Assessment study of the draft EAC Framework and Investment Model Treaty : Key provisions and proposals for pro-development investment policies and agreement », sur *SEATINI* [en ligne], publié en juin 2015, p. 23 [consulté le 3 novembre 2016].

<sup>350</sup> Pour une étude plus détaillée sur les fondements économiques des prescriptions de résultats, voir., CNUCED, *Foreign direct investment and performance requirements : new evidence from selected countries*, United Nations, New York and Geneva, 2003, p. 6-9.

<sup>351</sup> Bien que l'article n'impose pas d'exigences de performance, il permet aux gouvernements hôtes de les exiger sans craindre de violer les dispositions du traité, en particulier l'obligation de non-discrimination. En clair, le TBI modèle de la SADC n'impose pas de restrictions sur la capacité des États à recourir aux exigences de rendement, mais il prévoit des exceptions générales qui les autorisent implicitement.



---

pays d'accueil pour évaluer la contribution des IED à leurs objectifs de développement<sup>352</sup>. L'Institut renchérit l'analyse en affirmant que les exigences de performance doivent être incluses dans tous les accords bilatéraux pour faire en sorte que les investissements facilitent la croissance des industries, produisent des avantages sociaux et renforcent le secteur privé local<sup>353</sup>. Cet avis ne fait cependant pas l'unanimité. Certains analystes, plus libéraux, ont en effet estimé que les PR ont un caractère intrinsèquement protectionniste, pouvant conduire à une distorsion préjudiciable sur le commerce international et les IDE. Pour d'autres encore, les PR peuvent inutilement interférer avec la prérogative de l'investisseur sur son investissement et ainsi compromettre la valeur de cet investissement<sup>354</sup>.

157. À ces remarques, l'IIDD rappellera que les PR ont été et sont utilisées par les pays aussi bien développés que ceux en développement pour faire progresser, avec plus ou moins de succès, différents objectifs de politique publique, tels que la régulation de leurs balances commerciales, l'amélioration de la compétitivité de leurs industries, l'acquisition de technologie et l'augmentation de l'emploi<sup>355</sup>. L'organisation précisera surtout qu'« en réalité, les données empiriques démontrent que les prescriptions de résultats ne sont pas toutes égales, de sorte que l'analyse de leur efficacité en matière de promotion du développement est mixte »<sup>356</sup>. De cette manière, tout jugement définitif, dans un sens comme dans un autre, relèverait de la spéculation<sup>357</sup>.

---

<sup>352</sup> SEATINI et DIAKONIA, « Assessment study of the draft EAC Framework and Investment Model Treaty : Key provisions and proposals for pro-development investment policies and agreement », sur *SEATINI* [en ligne], publié en juin 2015, p. 13 [consulté le 3 novembre avril 2016].

<sup>353</sup> *Ibid.*

<sup>354</sup> Ces observateurs font notamment valoir que de telles exigences seraient, au mieux, redondantes et, au pire, contre-productives en se fondant sur l'analyse suivante : si une ER impose de faire ce qui est nécessaire, l'investisseur le ferait sans que l'exigence soit imposée. Alternativement, si l'investisseur n'avait pas fait ce que l'exigence de rendement oblige l'investisseur de faire, il est inefficace et coûteux pour les investisseurs. Ainsi, les coûts associés aux exigences de performance pourraient dissuader les investisseurs d'investir. Voir., CEA, *État de l'intégration régionale en Afrique V : Vers une zone de libre-échange continentale africaine* [en ligne], publié en juin 2012, p.148 [consulté le 21 janvier 2016].

<sup>355</sup> BERNASCONI-OSTERWALDER (N), COSBEY (A), JOHNSON (L) et VIS-DUNBAR (D), *Les traités d'investissement et leur importance pour le développement durable : questions et réponses*, Winnipéd, IIDD, 2012, p. 35

<sup>356</sup> *Ibid.*, p. 36. Voir également CNUCED, *Foreign direct investment and performance requirements : new evidence from selected countries*, United nations, New York and Geneva, 2003, p. 120

<sup>357</sup> COSBEY (A), MANN (H) et CUNNINGHAM (M), « Les traités bilatéraux d'investissement, l'exploitation minière et les champions nationaux : en assurer le succès », sur *IIDD* [en ligne], publié en juin 2014, p. VII, [consulté le 11 juillet 2015].

---

## B. LES DIFFÉRENTES FORMES D'EXIGENCES DE RENDEMENT

158. Les exigences de rendement peuvent couvrir une large gamme de questions liées aux opérations d'une société, qu'il s'agisse de prescriptions relatives à la teneur en éléments d'origine locale qui imposent à la compagnie de se procurer un pourcentage donné de biens et services auprès d'entreprises locales, ou d'obligations associées à la création d'emplois, aux exportations, à la recherche-développement<sup>358</sup>. En clair, les ER se présentent en fait sous des formes variées qu'il importe d'élucider.
159. Dans un premier temps, l'on distingue les ER imposées par la loi de celles qui sont prévues dans les contrats entre l'investisseur et l'État récepteur. Les premières citées sont généralement établies par une législation de portée générale en matière d'investissements (code d'investissement, notamment) ou propre à un secteur déterminé (code pétrolier, par ex.)<sup>359</sup>. Les secondes sont pour leur part intégrées dans des contrats tels que les contrats miniers, de prospection et d'exploitation. En dehors des exigences fondées sur les contrats, les ER peuvent aussi figurer dans les directives d'évaluation des appels d'offres où la préférence est accordée aux promoteurs qui répondent à certains critères<sup>360</sup>.
160. On distingue deuxièmement les ER imposées avant l'établissement de l'investissement et celles qui sont imposées après l'établissement. Dans le cas des ER pré-établissements, l'État hôte peut exiger que les investisseurs entreprennent certaines actions comme une condition préalable à l'autorisation de leurs investissements sur le territoire national. Les limites à la capacité des États à imposer de telles prescriptions dépendent habituellement de la question de savoir si l'AII crée, ou non, un droit d'établissement pour les investisseurs étrangers. Si tel n'est pas le cas, les États restent alors libres d'imposer aux opérateurs les conditions d'entrée sur le marché local, y compris ER<sup>361</sup>. Dans le second cas, les

---

<sup>358</sup> COTULA (L), « Traités d'investissement et développement durable : libéralisation des investissements », sur *IIED* [en ligne], publié en mai 2014, p. 3, [consulté le 18 novembre 2015].

<sup>359</sup> COSBEY (A), MANN (H) et CUNNINGHAM (M), « Les traités bilatéraux d'investissement, l'exploitation minière et les champions nationaux : en assurer le succès », sur *IIDD* [en ligne], publié en juin 2014, p. 9, [consulté le 11 juillet 2015].

<sup>360</sup> *Ibid.*

<sup>361</sup> En revanche, lorsqu'un État s'engage dans un AII à accorder aux investisseurs étrangers un droit de s'établir sur le marché intérieur, celui-ci renonce implicitement à son droit d'imposer des exigences de performance comme une condition d'accès. Voir, VANDUZER (J. A.), SIMONS (P) et MAYEDA (G), *Integrating Sustainable Development into International Investment Agreements : A Guide for Developing Countries*, London, Commonwealth Secretariat, 2012, p. 197.

---

prescriptions pourront être invoquées dans la phase post-admission, c'est-à-dire durant l'exploitation de l'investissement<sup>362</sup>.

161. Troisièmement, on distingue les exigences obligatoires des non obligatoires ou facultatives. Les ER obligatoires sont liées aux conditions d'entrée et d'exploitation de l'investissement. Les investisseurs étrangers doivent s'y conformer pour s'établir ou pour continuer à exercer. Jusqu'à la fin des années 1990, les États tendaient de plus en plus vers le recours aux ER facultatives par rapport à celles dites obligatoires, mais depuis, cette tendance s'est inversée<sup>363</sup>. Les ER non obligatoires ou facultatives sont pour leur part présentées sous la forme de conditions d'accès à certains avantages dans l'État d'accueil. Il s'agit généralement d'exonérations fiscales ou de subventions. Les investisseurs ont donc, en théorie, la possibilité de ne pas s'y conformer<sup>364</sup>. La distinction entre les prescriptions de résultat facultatives et obligatoires n'est cependant pas toujours nette. En effet, certaines mesures incitatives ne laissent pas réellement à l'investisseur la possibilité d'y renoncer en raison de l'attractivité des avantages octroyés<sup>365</sup>, tandis que les ER obligatoires sont ultimement fondées sur l'incitation ; l'avantage accordé étant l'attribution d'un permis d'exploitation<sup>366</sup>.

162. Dans l'optique du développement durable, les États pourraient être amenés à imposer des exigences axées sur les résultats sociaux et environnementaux. À ce niveau, il paraît également nécessaire de distinguer les ER de la responsabilité sociale des entreprises (RSE) : « D'une part, alors que les exigences de rendements sont définies par le gouvernement et alignées sur ses stratégies de développement, la RSE est définie par les entreprises elles-mêmes. D'autre part, les prescriptions de résultat ont un caractère légalement contraignant, même lorsqu'elles ne sont pas obligatoires. La RSE, quant à elle, reste fondamentalement volontaire, même lorsque des mécanismes pour en assurer le respect sont mis en place. En

---

<sup>362</sup> De telles prescriptions surviennent généralement dans le cadre d'une révision de l'environnement réglementaire concernant les opérations existantes.

<sup>363</sup> COSBEY (A), MANN (H) et CUNNINGHAM (M), « Les traités bilatéraux d'investissement, l'exploitation minière et les champions nationaux : en assurer le succès », sur *IIDD* [en ligne], publié en juin 2014, p. 9, [consulté le 11 juillet 2015].

<sup>364</sup> NIKIEMA (S. H.), « Les prescriptions de résultat dans les traités d'investissements », Série bonnes pratiques, sur *IIDD* [en ligne], publié en décembre 2014, p. 2, [consulté le 20 avril 2016].

<sup>365</sup> *Ibid.*

<sup>366</sup> COSBEY (A), MANN (H) et CUNNINGHAM (M), « Les traités bilatéraux d'investissement, l'exploitation minière et les champions nationaux : en assurer le succès », sur *IIDD* [en ligne], publié en juin 2014, p. 9, [consulté le 11 juillet 2015].

---

d'autres termes, la violation d'une exigence de rendement sera juridiquement sanctionnée (retrait de licence d'exploitation, pénalités, pertes de droits ou avantages) tandis que celle de la RSE ne le sera pas. Les prescriptions de résultat et la RSE ne sont donc pas substituables »<sup>367</sup>.

**163.** L'Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO opère d'ailleurs clairement cette différenciation, en traitant la question de la RSE et celle des ER dans des articles et chapitres bien distincts. En effet, la question de la RSE est abordée à l'article 16 de l'Acte additionnel, dans un chapitre consacré aux obligations des investisseurs, alors que les ER sont envisagées à l'article 24 du texte régional, dans un chapitre consacré aux droits de l'État d'accueil. Au regard de tout ce qui précède, il convient de retenir que les exigences de rendement désignent une condition qu'un investisseur étranger doit remplir avant d'établir ou d'exploiter un investissement, ou d'obtenir certains avantages offerts par l'État d'accueil<sup>368</sup>. Elles confèrent ainsi aux gouvernements la faculté d'imposer des exigences d'exécution à titre de mesures obligatoires (droit d'exiger) ou de proposer aux investisseurs des incitations fiscales ou autres avantages si les investisseurs se plient volontairement à de telles prescriptions exigences (droit d'inciter)<sup>369</sup>. Il importe, dès lors, de nous intéresser à la question du recours aux exigences de rendement à proprement parler.

---

<sup>367</sup> NIKIEMA (S. H.), « Les prescriptions de résultat dans les traités d'investissements », Série bonnes pratiques, sur *IIDD* [en ligne], publié en décembre 2014, p. 2, [consulté le 20 avril 2016].

<sup>368</sup> BERNASCONI-OSTERWALDER (N), COSBEY (A), JOHNSON (L) et VIS-DUNBAR (D), *Les traités d'investissement et leur importance pour le développement durable : questions et réponses*, Winniped, IIDD, 2012, p. 34, [consulté le 16 avril 2016].

<sup>369</sup> *Ibid.*

---

## § 2. LE RECOURS AUX EXIGENCES DE RENDEMENT

164. Comme abordé dans le paragraphe précédent, le recours aux exigences de rendement découle du droit souverain des États à réglementer. Bien que reconnu et légitime, ce recours peut toutefois se heurter à des obstacles potentiels qu'il convient d'exposer (A), avant d'aborder les solutions prévues dans les instruments régionaux (B).

### A. LES OBSTACLES POTENTIELS

165. La capacité des États à recourir aux ER peut être obstruée par un ensemble de règles internationales, qui sont pour l'essentiel posées dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). La question soulevée ici concerne moins le droit des États à réglementer l'investissement étranger que celle de la compatibilité des mesures prises par ces derniers avec leurs engagements internationaux. Au premier titre de ces engagements se trouve l'accord OMC sur les mesures d'investissement liées au commerce (MIC). En effet, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1995, tous les Membres de l'OMC ont été soumis à des restrictions de leur capacité à imposer des exigences de rendement qui sont incompatibles avec l'accord sur les MIC.

166. Confirmant l'application des règles du GATT aux exigences de rendement imposées en lien avec les investissements<sup>370</sup>, « [...] l'accord MIC tend, d'une part, à promouvoir le standard du traitement national en cherchant à éliminer les différences de traitement entre les produits importés et les produits locaux et, d'autre part, à imposer aux États l'obligation d'éliminer les mesures quantitatives »<sup>371</sup>. Ainsi, aux termes de l'article 2 § 1 de l'Accord sur les MIC, « les Membres ne peuvent appliquer des MIC incompatibles avec les dispositions de l'article III ou de l'article XI du GATT de 1994 ». Les ER prohibées peuvent donc être regroupées en deux catégories : la première concerne les mesures incompatibles avec les engagements nationaux de non-discrimination à l'encontre des ressortissants étrangers dans les échanges de biens (conf., art. III.4 du GATT). La seconde catégorie a quant à elle trait aux restrictions à l'importation de produits par une entreprise (conf., art.

---

<sup>370</sup> Le GATT désigne le *General Agreement on Tariffs and Trade* ou l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (en français), signé le 30 octobre 1947 et entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1948. À l'occasion du cycle de négociations *Uruguay Round* (1986-1994), cet accord a prévu des dispositions qui interdisent à ses membres le recours aux ER préjudiciables au commerce des marchandises ; plus précisément celles qui limitent le traitement national aux produits étrangers et celles qui imposent des quotas sur les produits étrangers entrant dans le pays.

<sup>371</sup> AUDIT (M), BOLLEE (S), CALLE (P), *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, LGDJ-Lextenso éd., 2014, p. 232

---

XI.1 du GATT). Dans la mesure où les pays africains sont, pour la plupart, parties à l'OMC, ils sont en principe assujettis aux limitations de l'accord sur les MIC. Toutefois, l'accord ne couvre qu'un sous-ensemble de prescriptions liées au commerce des biens<sup>372</sup>.

167. Par ailleurs, des mécanismes permettent aux pays membres les moins avancés (PMA) de bénéficier d'exemptions afin de maintenir temporairement des prescriptions interdites<sup>373</sup>. En effet, conformément aux articles 4<sup>374</sup> et 5.3<sup>375</sup> de l'accord MIC, les PMA ont été autorisés à déroger aux obligations résultant de l'accord sur les MIC jusqu'en 2020, en reconnaissance aux avantages potentiels associés à la capacité d'imposer de telles exigences<sup>376</sup>. Si les obligations de l'accord sur les MIC concernent uniquement le commerce de marchandises, il est possible que certains types d'exigences de rendement appliquées aux investisseurs dans le secteur des services soient incompatibles avec les engagements pris au titre de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS). Toutefois, les obligations de l'AGCS ne s'appliquent qu'aux secteurs qu'un pays a inscrits dans sa liste d'engagements<sup>377</sup>.

---

<sup>372</sup> L'accord sur les MIC fournit à cet égard une liste indicative des mesures prohibées. Les prescriptions qui ne sont pas listées comme violant les articles III.4 et XI.1 du GATT de l'OMC restent toutefois à la disposition des États qui souhaitent les utiliser. Le texte intégral de l'accord sur les MIC est disponible en ligne sur [http://www.wto.org/french/docs\\_f/legal\\_f/18-trims\\_f.htm](http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/18-trims_f.htm)

<sup>373</sup> Voir notamment, BOURICHE (M), *Les instruments de solidarité internationale en droit international public*, Paris, Connaissances et savoirs, 2012, p. 133-136

<sup>374</sup> L'article 4 de l'accord sur les MIC accorde des exemptions temporaires aux PMA (période spéciale de transition), conformément aux dispositions de l'article XVIII du GATT de 1994 et aux dispositions connexes de l'OMC qui concernent les mesures de sauvegarde prises à des fins de balance des paiements. L'article se lit comme suit : « un pays en développement Membre sera libre de déroger temporairement aux dispositions de l'article 2 dans la mesure et de la manière prévues par l'article XVIII du GATT de 1994, le Mémoire d'accord sur les dispositions du GATT de 1994 relatives à la balance des paiements et la Déclaration relative aux mesures commerciales prises à des fins de balance des paiements adoptée le 28 novembre 1979 (IBDD, S26/226-230), permettant à un Membre de déroger aux dispositions des articles III et XI du GATT de 1994 ».

<sup>375</sup> L'article 5 § 3 se lit comme suit : « si demande lui en est faite, le Conseil du commerce des marchandises pourra proroger la période de transition prévue pour l'élimination des MIC notifiées conformément au paragraphe 1 pour un pays en développement Membre, y compris un pays moins avancé Membre, qui démontrera qu'il rencontre des difficultés particulières pour mettre en œuvre les dispositions du présent accord. Lorsqu'il examinera une telle demande, le Conseil du commerce des marchandises tiendra compte des besoins individuels du Membre en question en matière de développement, de finances et de commerce ».

<sup>376</sup> Le rôle joué par les exigences de performance dans la promotion du développement a été clairement reconnu par l'OMC lors de la 6<sup>ème</sup> Conférence Ministérielle de l'OMC (Voir, Ministerial Declaration on Doha Work Program, adopted at Hong Kong, 18 December 2005, Annex F (WT/MIN(05)/DEC)).

<sup>377</sup> Les types spécifiques de limitations de l'accès au marché qui sont interdits sont expressément énumérés à l'art. XIV de l'AGCS. Selon la Commission économique pour l'Afrique, « [...] tous les 42 pays membres africains ont pris des engagements sectoriels ou horizontaux dans leurs listes sous la forme de "présence commerciale" ou de "présence de personnes physiques". Le niveau d'engagement diffère, cependant, d'un pays à l'autre, étant subordonné aux limitations concernant l'accès aux marchés et le traitement national ». Voir., CEA, doc. E/ECA/CRCI/9/5, *Situation relative aux accords d'investissement en Afrique*, Rapport de la 9<sup>ème</sup> session du Comité de la coopération et de l'intégration régionale, Addis Abeba, 7-9 décembre, 2015, p. 2

- 
168. Cet exercice présuppose une analyse des secteurs sensibles et prioritaires de la part de l'État d'accueil. Pour les secteurs énumérés, un membre de l'OMC ne pourra donc pas adopter certaines formes de limitations sur l'accès au marché mais devra plutôt accorder le traitement national aux fournisseurs de services étrangers. Ainsi, par exemple, une exigence de rendement qui impose à un investisseur étranger d'utiliser uniquement les fournisseurs nationaux de services comme condition d'approbation de son projet d'investissement (construction d'une usine) serait contraire à l'obligation de traitement national de l'AGCS, si les services de construction ont été répertoriés dans la liste des engagements de l'État d'accueil.
169. Au-delà des limitations prévues dans les engagements commerciaux internationaux, les États hôtes souhaitant imposer des ER devront faire face à d'autres obligations, cette fois-ci prévues dans le cadre des traités d'investissement auxquels ils sont Parties. Ces obligations concernent principalement les règles de non-discrimination, telles que les clauses de traitement national et de la nation la plus favorisée<sup>378</sup>. En effet, les ER peuvent également être discriminatoires, en assujettissant certains investissements à des conditions plus pénibles que d'autres<sup>379</sup>. Un État hôte devrait alors respecter ces obligations dans l'imposition d'exigences de performance, sous réserve des exceptions et exclusions prévues dans le traité.

---

<sup>378</sup>Voir sur ce point, CNUCED, *International Investment Agreement 1999-2006 : trends in international rulemaking*, Genève, p. 65

<sup>379</sup>CEA, *État de l'intégration régionale en Afrique V : Vers une zone de libre-échange continentale africaine* [en ligne], publié en juin 2012, p.148 [consulté le 21 janvier 2016].

---

## B. LES SOLUTIONS ÉVENTUELLES

170. Comme nous l'avons évoqué au début de cette section, les traités régionaux sur l'investissement, et l'Acte additionnel de la CEDEAO en particulier, affirment le droit de l'État hôte à imposer des ER aux investisseurs pour maximiser les bénéfices des investissements étrangers au développement national. À cet effet, l'instrument ouest-africain prévoit en son article 24 § 3, une liste non exhaustive de mesures au titre des ER. Il reconnaît toutefois les limites imposées par l'accord sur les MIC en ces termes : « les États Membres reconnaissent leurs obligations concernant les mesures d'investissement liées au commerce établies dans les autres accords internationaux auxquels ils sont Parties »<sup>380</sup>. Partant de là, l'instrument précisera ensuite que « [...] les mesures adoptées avant l'achèvement, par l'État d'accueil, des mesures prescrivant les formalités pour l'établissement d'un investissement sont réputées conformes au présent Acte additionnel. Si les mesures sont prises après ledit achèvement, elles sont régies par les dispositions du présent Acte additionnel »<sup>381</sup>.
171. L'approche adoptée par l'Acte additionnel de la CEDEAO s'inspire sans doute de l'article 26 du modèle d'accord sur l'investissement de l'IIDD. Celle-ci consiste à permettre le recours aux ER et à les exempter d'être déclarées contraire au traité au moyen de dispositions les réputant conformes<sup>382</sup>. L'exemption conventionnelle ne s'applique toutefois qu'aux mesures étatiques prises avant que toutes les formalités relatives à l'établissement d'un investissement aient été terminées. Après cela, les mesures seront entièrement soumises à toutes les obligations de l'Acte additionnel. Selon certains analystes, la bifurcation « préalable à l'établissement » et « postérieure à l'établissement » a, d'un point de vue juridique, une implication importante<sup>383</sup> car l'interdiction expresse des ER est très souvent étroitement liée à l'inclusion de droits pré-établissements dans les traités d'investissement<sup>384</sup>. Puisque le traité ne s'applique qu'aux investissements déjà établis comme c'est ici le cas, il n'y a donc aucune limitation sur les ER qui peuvent être imposées

---

<sup>380</sup> Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO, art. 24 § 1.

<sup>381</sup> Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO, art. 24 § 2.

<sup>382</sup> Les analyses proposées dans ce paragraphe s'inspirent du commentaire de l'article 26 de l'Accord modèle de l'IIDD qui prévoit des dispositions similaires. Voir., MANN (H), VON MOLTKE (K), PETERSON (L.E.), COSBEY (A), *Accord international sur l'investissement pour le développement durable, Guide du négociateur*, Winnipeg, IIDD, 2006, p. 48

<sup>383</sup> *Ibid.*

<sup>384</sup> COSBEY (A), MANN (H) et CUNNINGHAM (M), « Les traités bilatéraux d'investissement, l'exploitation minière et les champions nationaux : en assurer le succès », sur *IIDD* [en ligne], publié en juin 2014, p. VII, [consulté le 11 juillet 2015].



---

par l'État hôte comme une condition d'admission ; la protection du traité ne s'appliquera tout simplement pas à des investissements qui n'ont pas été admis<sup>385</sup>.

172. Par ailleurs, les prescriptions de résultat invoquées avant l'établissement ne pourront pas être imposées aux investisseurs nationaux et la clause NPF ne permettra pas non plus d'importer des dispositions plus favorables d'autres traités<sup>386</sup>. De cette manière, l'Acte additionnel de la CEDEAO cherche à préserver la capacité de l'État hôte à utiliser les exigences de performances au début de l'investissement, tout en veillant à ce que l'investisseur bénéficie d'un traitement équitable<sup>387</sup>. L'effet de cette disposition n'est toutefois pas clair, puisqu'un État d'accueil membre de l'OMC devrait toujours respecter ses obligations relatives aux MIC. Seules, les ER non interdites par l'OMC resteraient alors disponibles. C'est certainement dans ce sens que s'inscrit l'article 21 § 2 du TBI modèle dont les dispositions s'apparentent à des ER en matière de transferts de technologie et de recherche et développement (R&D)<sup>388</sup>.

173. En envisageant cette option, le TBI modèle prend clairement le contre-pied des tendances émergentes dans la pratique conventionnelle. En effet, les traités d'investissement imposent de plus en plus des restrictions sur l'utilisation des ER qui vont bien au-delà de ce que les États se sont engagés à respecter en vertu des règles de l'OMC (MIC et AGCS). Les traités négociés par le Canada, les États-Unis et le Japon, pour ne citer que ceux-ci, fournissent aux investisseurs une protection contre l'imposition des ER concernant l'emploi ou la R&D ; domaines qui échappent à la portée de l'accord sur les MIC de l'OMC<sup>389</sup>. Une

---

<sup>385</sup> VANDUZER (J. A), SIMONS (P) et MAYEDA (G), *Integrating Sustainable Development into International Investment Agreements: A Guide for Developing Countries*, London, Commonwealth Secretariat, 2012, p. 201

<sup>386</sup> NIKIEMA (S. H.), « Les prescriptions de résultat dans les traités d'investissements », sur *IIDD* [en ligne], publié en décembre 2014, p. 19 [consulté le 20 avril 2016].

<sup>387</sup> La notion d'équité s'explique ici par le fait qu'« avant qu'un investissement commence réellement à s'établir, les investisseurs disposent d'options fondées sur le marché quant au lieu où ils veulent l'établir. Une fois toutes les conditions connues, un investisseur effectuera son choix. Jusqu'à ce point, les exigences de rendement et les glissements économiques qu'elles favorisent de l'investisseur étranger vers les acteurs de l'économie locale feront alors partie du processus de prise de décision ». In MANN (H), VON MOLTKE (K), PETERSON (L.E.), COSBEY (A), *Accord international sur l'investissement pour le développement durable*, Guide du négociateur, Winnipeg, IIDD, 2006, p. 48

<sup>388</sup> L'article dispose ainsi : « *Notwithstanding any other provision of this Agreement, a State Party may (a) Support the development of local entrepreneurs, and ;(b) Seek to enhance productive capacity, increase employment, increase human resource capacity and training, research and development including of new technologies, technology transfer and other benefits of investment through the use of specified requirements on investors made at the time of the establishment or acquisition of the investment and applied during its operation* ».

<sup>389</sup> COTULA (L), « Traités d'investissement et développement durable : libéralisation des investissements », sur *IIED* [en ligne], publié en mai 2014, p. 3, [consulté le 18 novembre 2015].

---

telle approche, fortement influencée par la logique néo-libérale, réduit considérablement la souveraineté des États dans la sélection des investissements étrangers et dans la réglementation des conditions d'établissement et d'exploitation<sup>390</sup>.

174. Elle est aussi préjudiciable sous l'angle du développement durable dans la mesure où les investissements constituent un moyen important de faciliter le transfert de technologie qui, entre autres effets, permettrait de contourner et dépasser les phases de croissance et de développement polluants que les pays développés ont dû affronter aux cours de leurs périodes d'industrialisation<sup>391</sup>. À ce stade-ci, la question essentielle semble surtout être celle de l'impact de l'interdiction des ER, par des traités d'investissement, sur la capacité des États récepteurs à maximiser les bénéfices économiques, sociaux et environnementaux qu'ils tirent des investissements étrangers. Sur la question, plusieurs observateurs s'accordent à dire qu'une telle interdiction empêcherait les États hôtes de lier l'investissement étranger aux besoins de l'économie locale et surtout de promouvoir ou d'améliorer les avantages socio-environnementaux attribués à l'IED<sup>392</sup>.

175. Pour soutenir leur analyse, ces derniers ont fait valoir que l'objectif d'une prescription de résultat en matière de R&D, par exemple, était de provoquer des effets d'entraînement horizontaux tels que le transfert d'expertise, des bonnes pratiques de gestion et des connaissances aux ressortissants du pays d'accueil. De la sorte, une interdiction de PR dans ce domaine priverait l'État hôte d'un levier essentiel qui permettrait aux industries locales d'accéder aux meilleures technologies susceptibles d'améliorer leur rendement ou de réduire leurs divers impacts négatifs sur l'environnement et la santé<sup>393</sup>. Sur cette base, plusieurs déduiront qu'il vaudrait mieux que les États africains gardent la possibilité de recourir aux ER lorsque les circonstances s'y prêtent, en vue de réaliser leurs aspirations nationales/régionales de développement durable<sup>394</sup>.

---

<sup>390</sup> NIKIEMA (S. H.), « Les prescriptions de résultat dans les traités d'investissements », sur *IIDD* [en ligne], publié en décembre 2014, p. 13 [consulté le 20 avril 2016].

<sup>391</sup> BERNASCONI-OSTERWALDER (N), COSBEY (A), JOHNSON (L) et VIS-DUNBAR (D), *Les traités d'investissement et leur importance pour le développement durable : questions et réponses*, Winniped, IIDD, 2012, p. 36

<sup>392</sup> COSBEY (A), MANN (H) et CUNNINGHAM (M), « Les traités bilatéraux d'investissement, l'exploitation minière et les champions nationaux : en assurer le succès », sur *IIDD* [en ligne], publié en juin 2014, p. 9-10, [consulté le 11 juillet 2015].

<sup>393</sup> *Ibid.*

<sup>394</sup> SEATINI et DIAKONIA, « Assessment study of the draft EAC Framework and Investment Model Treaty : Key provisions and proposals for pro-development investment policies and agreement », sur *SEATINI* [en ligne], publié en juin 2015, p. 28 [consulté le 3 novembre 2016].

---

**176.** En tout état de cause, la conception libérale des exigences de rendement ne semble pas prospérer dans le cadre des traités régionaux étudiés. Une autre illustration nous est donnée par le PIF révisé de la SADC, dont l'article 9 s'apparente vraisemblablement aux ER en matière d'emploi et de formation. L'article se présente comme suit : « sous réserve de leurs lois et règlements nationaux, les États parties autorisent les investisseurs à embaucher les employés essentiels et autres ressources humaines nécessaires de leur choix, quelle que soit la nationalité de chacun d'entre eux, dans les circonstances suivantes : (a) lorsque les compétences n'existent ni dans l'État d'accueil ni dans la région ; (b) lorsque les États parties s'estiment satisfaits de ce que le recrutement de ces compétences est conforme aux politiques régionales ; (c) lorsque le recrutement est de nature à favoriser le développement des capacités locales grâce au transfert de compétences ».

---

## SECTION II.

### DES EXCEPTIONS AUX RÈGLES DE PROTECTION RÉITÉRÉES

177. Les AII prévoient généralement des exceptions, conçues pour s'assurer que l'État hôte dispose de la faculté de prendre les mesures nécessaires à la réalisation de ses politiques publiques. Découlant également du droit des pays d'accueil de réglementer l'investissement étranger, ces exceptions garantissent surtout que certaines mesures étatiques ne soient pas contestées sur la base de leur incompatibilité avec la protection des investisseurs. Elles sont particulièrement importantes dans le contexte des traités d'investissement de la CEDEAO et de la SADC, dont l'unique objectif est de promouvoir les investissements qui soutiennent le développement durable. Ceux-ci prévoient des exceptions d'ordre économique et sécuritaire (§1), auxquelles s'ajoutent des exceptions d'ordre socio-environnemental (§2).

#### § 1. LES EXCEPTIONS ÉCONOMIQUE ET SÉCURITAIRE

178. Les exceptions analysées à ce stade-ci sont les plus fréquentes des AII. Généralement prises au nom de l'intérêt général, elles sont appréhendées comme protégeant la souveraineté des États membres. Nous verrons successivement les exceptions de nature économique (A), puis celles qui ont trait à la paix et à la sécurité (B).

##### A. LES EXCEPTIONS ÉCONOMIQUES

179. Il convient, avant tout, de préciser que les traités régionaux fournissent, comme la plupart des AII, un certain nombre de garanties concernant les opérations économiques des investisseurs étrangers. C'est le cas notamment de la règle de libre transfert des investissements. À cet égard, l'article 10 § 1 de l'Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO stipule que « chaque État Membre permet que soient effectués librement et sans délai tous les transferts se rapportant à un investissement. ». De même, l'article 8 § 1 du TBI type de la SADC impose aux États hôtes de veiller à ce qu'il soit accordé aux investisseurs le droit de transférer les fonds liés à leurs investissements. Cette règle protectrice est essentielle, en ce qu'elle assure aux investisseurs la capacité de rapatrier leurs actifs de l'État hôte vers leur État d'origine<sup>395</sup>.

---

<sup>395</sup> Pour certains auteurs, « le transfert de fonds vers l'État d'accueil depuis l'État d'origine de l'investisseur, puis le retour des bénéfices en sens inverse est bien évidemment le point cardinal pour l'ensemble de l'opération

180. Dans ce sens, l'article 13 § 1 du PFI révisée, consacré aux mouvements des capitaux, stipule que : « chaque État partie veille à ce que les facilités soient offertes aux investisseurs de rapatrier les investissements, les indemnisations et les retours financiers conformément aux règles et règlements établis par l'État d'accueil ». L'assurance du libre transfert ne se limite toutefois pas à cette étape. En effet, les traités régionaux fournissent une vaste liste indicative des types de fonds couverts<sup>396</sup>, offrent en outre des garanties relatives à la monnaie dans laquelle s'effectue le transfert ainsi que le taux de change appliqué<sup>397</sup>. Ainsi, conformément à l'article 10 § 2 de l'Acte additionnel, « chaque État membre permet que les transferts soient effectués en une devise librement convertible, au taux de change du marché en vigueur à la date du transfert pour les opérations au comptant dans la devise à transférer »<sup>398</sup>. De même, l'article 8 § 2 TBI modèle de la SADC dispose que « *each State Party shall allow transfers in paragraph 8.1 to be made in a freely convertible currency at the market rate of exchange prevailing at the time of transfer* ».

181. Toutefois, les États ont besoin d'une certaine souplesse pour gérer au mieux leurs politiques monétaire, financière et surtout faire face aux problèmes de fuite des capitaux. Cela est particulièrement vrai dans le contexte des pays africains, bien souvent vulnérables à la fuite soudaine et importante des flux financiers que peuvent engendrer de telles clauses. Selon un rapport de la CEA, « [...] les dispositions relatives aux transferts soulèvent de sérieuses préoccupations de la part des pays hôtes, en particulier pour de grands transferts lorsque les réserves en devises sont à un niveau bas ou lorsque les dispositions peuvent être mises à contribution pour la fuite des capitaux en période de difficultés économiques, ce qui exacerbe les problèmes du pays hôte »<sup>399</sup>. Pour y remédier, les traités sur l'investissement

---

d'investissement ». In AUDIT (M), BOLLEE (S), CALLE (P), *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, LGDJ-Lextenso éd., 2014, p. 244

<sup>396</sup> Selon les dispositions de l'article 10 § 1 de l'Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO : « [...] ces transferts comprennent : a) Les bénéfices, les dividendes, les intérêts, les gains en capital, la redevance, les frais de gestion d'assistance technique et autre frais, les bénéfices en nature, les biens corporels et autres sommes provenant de l'investissement ; b) Le produit de la vente de la totalité ou d'une partie de l'investissement, ou le produit de la liquidation partielle ou totale de l'investissement ; c) Les paiements effectués en application d'un contrat conclu par l'investisseur ou par son investissement, y compris les paiements effectués par une convention de prêt ; d) Les paiements effectués en application de l'article 8 [expropriation] du présent Acte additionnel ; et e) Les paiements découlant de tout processus de règlement des différends ». Le TBI modèle de la SADC reprend quasiment les mêmes termes en son article 8 § 1.

<sup>397</sup> Les traités régionaux ne se prononcent cependant pas sur le délai pendant lequel le transfert doit être réalisé. Dans la pratique, le délai peut parfois être défini, et varier alors d'un à six mois.

<sup>398</sup> Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO, 10 § 2. Précisons ici que l'on entend par « devise convertible » toute devise relevant de l'article VIII des statuts du FMI, ou bien certaines devises locales.

<sup>399</sup> CEA, *État de l'intégration régionale en Afrique V : Vers une zone de libre-échange continentale africaine*, rapport publié en juin 2012, p. 147

---

de la CEDEAO et de la SADC prévoient, avec quelques légères différences d'approche, des clauses qui permettent de déroger à l'obligation conventionnelle de libre transfert.

**182.** Ceux-ci commencent d'abord par dresser une liste exhaustive de circonstances dans lesquelles les transferts peuvent être restreints pour l'application non discriminatoire des lois nationales dans des domaines particuliers. Ainsi, l'Acte additionnel prévoit en son article 10 § 3 qu'« [...] un État d'accueil de la Communauté peut empêcher un transfert à travers l'application équitable, non discriminatoire et de bonne foi de ses lois concernant : a) Les faillites ; l'insolvabilité ou la protection des droits des créanciers ; b) L'émission, le négoce ou le commerce des valeurs mobilières ; c) Les infractions criminelles ou pénales ; d) Les transferts de devises ou autres instruments monétaires ; ou e) L'exécution de jugements rendus à l'issue de procédures judiciaires. ». Le TBI de la SADC suit la même logique de rédaction, mais ajoute à cette liste la fiscalité, la sécurité sociale, la retraite publique et les programmes obligatoires d'épargne, ainsi que les formalités requises pour s'inscrire et satisfaire la Banque Centrale ou d'autres autorités compétentes d'un État Partie<sup>400</sup>.

**183.** En outre, les instruments régionaux autorisent les États à prendre des mesures de sauvegarde lorsque les paiements et les mouvements de capitaux couverts causent ou sont susceptibles de causer des difficultés de balance de paiement, de finances extérieures ou, plus généralement, de gestion macroéconomique, y compris la politique monétaire (politique de taux de change, par ex.)<sup>401</sup>. Pareille situation se produit habituellement lorsque les réserves de devises étrangères d'un État hôte sont basses. Au cours d'une telle période, il sera extrêmement difficile pour l'État de convertir sa propre monnaie en devises étrangères dans le but de fournir des devises étrangères pour les transferts de fonds liés aux investissements. Par conséquent, la dérogation supprime les obstacles conventionnels à la capacité des États de limiter les transferts de capitaux pour répondre aux situations d'urgence liées à la balance des paiements. C'est d'ailleurs sous cet angle que doivent se lire les dispositions de l'article 38 § 2 du traité d'investissement de la CEDEAO, qui stipulent que

---

<sup>400</sup> TBI modèle de la SADC, art. 8 § 3 alinéas (f), (g), (h), et (i).

<sup>401</sup> Sur ce point précis, l'article 10 § 4 de l'Acte additionnel de la CEDEAO dispose ainsi : « Nonobstant le paragraphe (2) [relatif à la devise et au taux de change], un État d'accueil peut restreindre les transferts de gains en nature dans les cas où il peut, par ailleurs, les limiter aux termes du présent Acte additionnel ». De même, le TBI modèle de la SADC stipule en son art. 25 § 4 : « *Nothing in this Agreement shall apply to non-discriminatory measures of general application taken by any public entity in pursuit of monetary and related credit policies or exchange rate policies. This paragraph shall not affect a State Party's obligations under Article 8 [Repatriation of Assets]* ». Cette clause est essentielle pour les pays d'accueil, car il établit clairement que les restrictions sur les transferts sont autorisées et préservent les États qui les imposent d'éventuelles contestations de la part des investisseurs.

---

« les États membres peuvent prendre les mesures nécessaires pour éviter ou enrayer une situation d'urgence à l'égard de la balance des paiements. [...] Elles ne seront pas régies par le présent Acte additionnel ».

184. Le traité modèle de la SADC contient, en outre, des dispositions qui autorisent les États à restreindre, dans certaines circonstances, les transferts en relation avec la gestion de leurs finances, afin de maintenir la solidité et l'intégrité du système financier. Ces mesures sont prises sur la base de considérations dites « prudentielles ». Il est ainsi prévu que « *for greater certainty, nothing in this Agreement shall be construed to oblige a State Party to pay compensation if it adopts or maintains reasonable measures for prudential reasons, such as: (a) the protection of investors, depositors, financial market participants, policy-holders, policy-claimants, or persons to whom a fiduciary duty is owed by a financial institution; (b) the maintenance of the safety, soundness, integrity or financial responsibility of financial institutions; and (c) ensuring the integrity and stability of a State Party's financial system.* »<sup>402</sup>.

185. La notion de « mesures prudentielles » va bien au-delà des seules préoccupations de balance des paiements. Considérées comme complémentaires aux clauses de sauvegarde relatives au rapatriement des actifs, elles visent à préserver la souveraineté financière des États parties et à leur permettre de gérer les flux de devises sans pour autant violer les traités<sup>403</sup>. Il s'agit ici surtout d'une exception générale portant sur le système financier et les politiques de taux de change. Habituellement invoquée dans des périodes de crise financière, l'exception vise à garantir aux États la capacité d'y faire face, même si les mesures édictées doivent demeurer raisonnables<sup>404</sup>. Il convient enfin de préciser que les instruments régionaux exigent en général que les mesures économiques dérogatoires soient prises sur une base temporaire, bien qu'on ne puisse, dans l'absolu, imposer de limite de temps précises<sup>405</sup>. L'article 32 § 8 de l'Acte additionnel de la CEDEAO précise à cet effet que « lesdites

---

<sup>402</sup> TBI modèle de la SADC, art.25 § 2, explicitant l'art. 8 § 4 alinéa (a) (ii).

<sup>403</sup> Les exceptions pour les mesures prudentielles ne sont pas courantes dans les AII, mais apparaissent de plus en plus dans de nouveaux traités et suivent généralement l'approche du modèle Canadien. Elles offrent aux États une flexibilité considérable d'agir pour protéger les personnes qui traitent avec les institutions financières, les institutions financières elles-mêmes et le système financier dans son ensemble.

<sup>404</sup> TBI modèle de la SADC, art.25 § 2. Le TBI modèle reste toutefois silencieux sur ce qu'il convient d'entendre par « raisonnable ». L'appréciation est ainsi laissée à la discrétion des États membres consacrant par là le caractère *self-judging* de cette clause dérogatoire.

<sup>405</sup> Cette analyse est tirée du commentaire de l'article 51 de l'Accord modèle de l'IIDD, in MANN (H), VON MOLTKE (K), PETERSON (L.E.), COSBEY (A), *Accord international sur l'investissement pour le développement durable, Guide du négociateur*, Winnipeg, IIDD, 2006, p. 80

---

mesures seront en vigueur pendant la durée la plus courte possible qui est nécessaire pour faire face à la situation d'urgence ». Le traité type de la SADC prévoit pour sa part une période de 12 mois, particulièrement dans les cas énoncés à l'article 8 § 4 (a) (ii) et (iii).

## B. LES EXCEPTIONS LIÉES À LA PAIX ET À LA SÉCURITÉ

186. Les traités régionaux d'investissement prévoient des clauses qui offrent aux États la possibilité d'imposer des restrictions pour des raisons liées à la paix et à la sécurité nationale ou internationale. Ces exceptions sont inscrites au titre de dérogations générales, c'est-à-dire celles qui autorisent les États parties à prendre des mesures qui seront soustraites à l'ensemble de leurs engagements conventionnels<sup>406</sup>. En ce sens, l'article 25 § 5 du TBI modèle de la SADC prévoit une clause exonératoire dans les cas où l'obligation de se conformer à l'accord obstruait l'accomplissement de ses obligations en matière de maintien ou de rétablissement de la paix ou de sécurité internationale<sup>407</sup>.
187. En outre, l'instrument stipule qu'aucune disposition n'oblige un État Partie à divulguer des informations qu'il juge contraire aux intérêts de sa sécurité nationale<sup>408</sup>. L'Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO prévoit aussi une dérogation dans laquelle il est fait expressément référence aux obligations découlant de la Charte des Nations Unies : « Aucun élément du présent Acte additionnel ne peut être interprété comme : [...] empêchant un État membre qu'il applique des mesures qu'il considère nécessaires pour s'acquitter des obligations qui lui incombent, en vertu de la Charte des Nations Unies, en matière de maintien ou de restauration de la paix ou de la sécurité internationale, ou de protection de

---

<sup>406</sup> Selon SABANOGULLARI, « les clauses d'exception générale visent à dégager les États de toute responsabilité au titre du traité pour les mesures prises de bonne foi aux fins du bien-être public ». Si les traités d'investissement constituent, de ce fait, le principal étalon à utiliser pour déterminer la légalité – ou l'illégalité – des mesures étatiques visant à restreindre l'investissement étranger pour des raisons de sécurité nationale, les pays hôtes pourraient bien déroger aux obligations découlant des AII en se fondant sur les règles du droit international coutumier ; notamment celles relatives à la force majeure, la détresse et l'état de nécessité, chacune de ces circonstances pouvant exonérer un État de sa responsabilité internationale. In SABANOGULLARI (L), « Le bien-fondé et les limites des clauses d'exception générale dans la pratique actuelle des traités d'investissement », *Investment treaty news – IISD* [en ligne], mai 2015, n° 2, vol. 6., p. 3, [consulté le 07 avril 2018] ; CNUCED, *La protection de la sécurité nationale dans les accords internationaux d'investissement (AII) : Études de la CNUCED sur les politiques d'investissement international au service du développement*, New York et Genève, 2009, p. 37-40

<sup>407</sup> L'article est rédigé comme suit : « *Nothing in this Agreement shall apply to a State Party's measures that it considers necessary for the fulfilment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the protection of its national security interests* ».

<sup>408</sup> TBI modèle de la SADC, art. 25 § 6. Une disposition identique est prévue à l'article 37 (a) de l'Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO.



---

ses propres intérêts essentiels en matière de sécurité »<sup>409</sup>. Il convient de retenir de tout ce qui précède que les actions de maintien ou de restauration de la paix et de la sécurité qui altèrent les garanties conventionnelles accordées aux investisseurs étrangers ne devraient normalement pas engager la responsabilité internationale de l'État d'accueil<sup>410</sup>.

188. Les traités régionaux ne précisent toutefois pas les circonstances dans lesquelles la paix et la sécurité de l'État hôte est en jeu. Ils ne proposent pas non plus d'éléments susceptibles de circonscrire la portée exacte de l'exception, de sorte qu'elle reste disponible chaque fois que l'État considère qu'une action est nécessaire à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité. Les rédacteurs du TBI modèle de la SADC confirmeront le caractère *self-executing* de la clause exonératoire en affirmant qu'aussitôt qu'un État déclare l'exception, elle est obligatoire et non soumise à un examen arbitral<sup>411</sup>. En clair, l'exception conventionnelle relative à la paix et la sécurité confère aux États un énorme pouvoir discrétionnaire de déterminer la nécessité ou l'opportunité de la mesure dérogatoire ainsi que le moment où cette exception s'applique<sup>412</sup>. Cette approche est confortée par le droit jurisprudentiel qui, sur ce point, s'est généralement montré protecteur à l'égard de la souveraineté des États. Il

---

<sup>409</sup> Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO, art. 37 (b). Certains auteurs préciseront que si les dispositions de l'article premier de la Charte relative à la paix et à la sécurité internationale concernaient à son origine uniquement les relations interétatiques, les questions touchant aux troubles et conflits à l'intérieur des États, sont de nos jours reconnues comme des facteurs majeurs de perturbation de la paix à l'échelle internationale. In COT (J.P.) et PELLET (A), *Charte des Nations Unies, commentaire article par article*, Paris, Economica, 2005, p. 328. Pour une étude plus détaillée sur la subsidiarité des ORA, par rapport à l'ONU et l'UA en matière de sécurité et de maintien de la paix, voir entre autres, DE WET (E.), « The Evolving Role of ECOWAS and the SADC in Peace Operations : A Challenge to the Primacy of the United Nations Security Council in Matters of Peace and Security ? », *Leiden Journal of International Law*, 2014, pp. 353 ss ; DE FAZIO (R. S.), « Les nouvelles frontières de la paix et de la sécurité internationale entre ONU et organisations régionales africaines », in Développement et maintien de la paix et de la sécurité, *SFDI - Colloque de Lyon*, [en ligne], publié le 25 février 2014 [consulté le 06 avril 2018], 13 p ; KAMTO (M), « Le rôle des accords et mécanismes régionaux en matière de maintien de la paix et de la sécurité internationales à la lumière de la Charte des Nations Unies et de la pratique internationale », *RGDIP*, n° 4, vol. 111, p. 771-802.

<sup>410</sup> L'analyse est empruntée à Stéphane BONOMO in BONOMO (S), *Traités bilatéraux relatifs aux investissements : entre protection des investissements étrangers et sauvegarde de la souveraineté des États*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille (P.U.A.M.), 2012, p. 244-245. Il importe de préciser que ces exceptions devront néanmoins être articulées avec les clauses de compensation des pertes qui prévoient des obligations de l'État en cas de troubles civils (Acte additionnel (art. 7 § 4)), TBI modèle (art. 9 § 2)). L'objet de la clause sera alors d'imposer une obligation de compensation, même si la responsabilité internationale de l'État peut être écartée. Voir., *CMS Gas transmission company c. Argentine*, n° ARB/01/8, sentence du 12 mai 2005, ICSID reports vol. 14, p. 158, § 375.

<sup>411</sup> Commentaire de l'article 25 § 5 du TBI modèle de la SADC, in *SADC Model Bilateral Investment Treaty Template with Commentary*, Gaborone (Botswana), July 2012, p. 47

<sup>412</sup> Voir., CNUCED, *La protection de la sécurité nationale dans les accords internationaux d'investissement (AII) : Études de la CNUCED sur les politiques d'investissement international au service du développement*, New York et Genève, 2009, p. 3

---

a même développé une approche extensive de la notion de sécurité en considérant que l'exception ne se cantonnait pas à un péril de nature militaire<sup>413</sup> et qu'elle pouvait même s'appliquer à une menace de nature économique<sup>414</sup>.

189. Aussi, le lien indissoluble entre les notions de paix, de sécurité et l'objectif de développement durable (poursuivi par les traités régionaux d'investissement) devrait contribuer à renforcer la légitimité d'une approche globale ou plus intégrée de l'exception<sup>415</sup>. À cet égard, la CNUCED propose une analyse assez instructive, qui se présente de la façon suivante : « s'il est donc clair que la sécurité de la nation et de la population est au cœur de la disposition, on pourrait logiquement soutenir que la protection de la santé de la population ou la protection de l'environnement entre également dans son champ d'application, ainsi que les menaces visant le système général – politique, économique et financier – d'un pays, y compris l'infrastructure nationale et les traditions culturelles. »<sup>416</sup>.

190. Dans une visée similaire, certains auteurs ne manqueront pas de rappeler qu'à l'origine, les notions de paix et de sécurité internationales énoncées dans la Charte onusienne étaient perçues comme devant déboucher sur l'instauration de relations amicales et sur la coopération dans pratiquement tous les domaines de notre existence<sup>417</sup>. En tout état de cause,

---

<sup>413</sup> Dans *l'Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, par exemple, la Cour de la Haye a fait prévaloir une approche extensive de la notion de sécurité, en considérant qu'elle « débord[ait] certainement la notion d'agression armée ». Voir *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), arrêt du 27 juin 1986, CIJ Rec. 1986.

<sup>414</sup> Voir., *Plateformes pétrolières* (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique), arrêt du 6 novembre 2003, CIJ Rec. 2003, p. 196. La question a été surtout développée dans le cadre de contentieux CIRDI opposant le gouvernement argentin aux investisseurs étrangers. Voir en l'occurrence l'*Affaire LG&E Energy Corp. et al. c. Argentine*, décision sur la responsabilité, CIRDI n°ARB/02/1, 3 octobre 2006, § 238. Même si, dans certaines affaires, les arbitres ont jugé que les conditions nécessaires à l'application de la clause dérogatoire n'étaient pas remplies, ceux-ci n'ont pas exclu le fait qu'une crise de nature économique puisse permettre à un État de se prévaloir de l'exception conventionnelle. Voir notamment, *CMS Gas Transmission Company c. la République d'Argentine*, affaire CIRDI n°ARB/01/08, 12 mai 2005, § 359-360 ; *Enron Corporation Ponderosa Assets L.P. c. la République d'Argentine*, affaire CIRDI n°ARB/01/03, 22 mai 2007, § 342.

<sup>415</sup> L'interconnexion entre les notions de « paix » et de « sécurité » et le développement durable est clairement mise en évidence dans l'objectif 16 de la politique des Nations Unies en matière de développement durable. Cet objectif en effet à « promouvoir l'avènement de **sociétés pacifiques** et ouvertes à tous aux fins du développement durable ». Le document onusien précise également que « des sociétés pacifiques, justes et inclusives sont **nécessaires afin d'atteindre les objectifs de développement durable**. Tous les citoyens du monde ont le droit de vivre libérés de la crainte d'une quelconque forme de violence et de se sentir en sécurité lorsqu'ils vaquent à leurs occupations [...] » [caractères gras ajoutés]. Voir., ONU, Paix, justice et institutions efficaces : pourquoi sont-elles importantes ? [en ligne], [consulté le 30 juillet 2017].

<sup>416</sup> CNUCED, *La protection de la sécurité nationale dans les accords internationaux d'investissement (AII)* : Études de la CNUCED sur les politiques d'investissement international au service du développement, New York et Genève, 2009, p. 7

<sup>417</sup> COT (J.P.) et PELLET (A), *Charte des Nations Unies, commentaire article par article*, Paris, Economica, 2005, p. 328

---

les dérogations relatives à la paix et la sécurité sont des mesures exceptionnelles que la protection des investisseurs étrangers ne saurait mettre en échec<sup>418</sup> ; surtout pas dans les contextes régionaux africains marqués par la récurrence des conflits et par la recrudescence de phénomènes tels que le terrorisme<sup>419</sup>.

## § 2. LES EXCEPTIONS D'ORDRE ENVIRONNEMENTAL ET SOCIAL

191. Les instruments régionaux prévoient d'autres exceptions, peu communes cette fois-ci, qui permettent de déroger à la protection offerte aux opérateurs économiques en vue de satisfaire certains impératifs sociaux et environnementaux. Comme l'expose si bien Arnaud DE NANTEUIL, « [...] la montée en puissance de la conscience écologique et la contestation politique qui s'est fait de nouveau entendre ont également rendu nécessaire l'adoption de mécanismes ou clauses permettant aux États d'échapper à leur responsabilité internationale en certaines circonstances »<sup>420</sup>. Il s'agit ici d'exceptions inspirées de l'article XX du GATT (A) et celles conçues au profit de certaines catégories défavorisées (B).

### A. DES EXCEPTIONS INSPIRÉES DE L'ARTICLE XX DU GATT

192. Le traité modèle de la SADC contient une clause d'exceptions générales qui autorise les États parties à déroger à leurs obligations conventionnelles afin de satisfaire des objectifs de politiques publiques ; en l'occurrence, la protection de la moralité publique et la sécurité, la protection de l'homme, de la faune, de la flore, ainsi que la conservation des ressources naturelles. La clause est rédigée comme suit : « [...] *Nothing in this Agreement shall be construed to oblige a State Party to pay compensation for adopting or enforcing measures taken in good faith and designed and applied : (a) to protect public morals and safety ; (b) to protect human, animal or plant life or health ; (c) for the conservation of living or non-living exhaustible natural resources ; and (d) to protect the environment* »<sup>421</sup>. La disposition traduit manifestement les préoccupations croissantes des États de cette région d'Afrique, en

---

<sup>418</sup> DE NANTEUIL (A), *Droit international des investissements*, Paris, Pedone, 2014, p. 392

<sup>419</sup> Pour une étude plus approfondie sur la question, voir notamment : TALL (S. N.), *Droit des organisations internationales africaines, théorie générale – droit communautaire comparé, droit de l'Homme, paix et sécurité*, Paris, l'Harmattan, 2015, p. 421-502

<sup>420</sup> DE NANTEUIL (A), *Droit international des investissements*, Paris, Pedone, 2014, p. 385

<sup>421</sup> TBI modèle de la SADC, art. 25 § 1.

---

ce qui concerne la nécessité de veiller à ce que la satisfaction des intérêts privés étrangers ne prime pas sur l'intérêt général<sup>422</sup>.

193. Partant, les pays de la SADC chercheraient alors à préserver leur droit de réglementer, puisque « [...] ces clauses visent à renforcer la marge de manœuvre politique en permettant aux États de réglementer l'investissement étranger sans risquer de poursuites au niveau international »<sup>423</sup>. Bien qu'elle se rapproche de certaines clauses prévues dans d'autres accords régionaux africains sur l'investissement<sup>424</sup>, la clause du TBI type de la SADC tire sa source et sa structure des exceptions générales de l'article XX du GATT<sup>425</sup>. À cet égard, trois exceptions retiendront particulièrement notre attention, à savoir, les alinéas (b), (c) et (d) de l'article 25 § 1. Le premier alinéa cité offre aux États la possibilité d'adopter les mesures exceptionnelles nécessaires à la protection de l'homme, de la faune et la flore ou la santé (alinéa b) ; tandis que l'alinéa suivant se rapporte à la conservation des ressources naturelles épuisables, qu'elles soient vivantes ou non vivantes (alinéa c).

194. Ces alinéas correspondent, à quelques détails près, aux paragraphes (b) et (g) de l'article XX du GATT, qui visent pour leur part à garantir le droit des États à mettre en œuvre des politiques environnementales dans l'intérêt général, sans avoir à en assumer les conséquences auprès d'un investisseur étranger. Les exceptions du TBI modèle se distinguent toutefois de l'article XX du GATT en ce qu'elles rajoutent un alinéa supplémentaire (alinéa (d)), dont l'objet est *to protect the environment*. Bien loin de paraître redondant, cet ajout se justifierait, selon les rédacteurs du texte régional, par la nécessité de s'assurer que l'environnement est clairement inclus dans la clause<sup>426</sup>, contrairement aux dispositions de l'art. XX du GATT.

---

<sup>422</sup> Dans ce sens, l'article 12 § 2 de l'annexe 1 révisée du PFI de la SADC précisera que « sauf lorsqu'il est affirmé expressément que les droits de l'État d'accueil constituent une exception aux obligations prévues par la présente annexe, l'exercice par un État d'accueil de ses droits de réglementation sera compris comme instaurant un équilibre entre les droits et les obligations des investisseurs et des investissements, et les États d'accueil, comme énoncé à la présente annexe ».

<sup>423</sup> SABANOULLARI (L), « Le bien-fondé et les limites des clauses d'exception générale dans la pratique actuelle des traités d'investissement », *Investment treaty news – IISD* [en ligne], mai 2015, n° 2, vol. 6., p. 3, [consulté le 07 avril 2018].

<sup>424</sup> Il s'agit notamment de l'Accord sur l'investissement du COMESA (art. 22), ou encore, du Protocole sur l'énergie de la CEDEAO, (art. 24 § 2 (b) (i)).

<sup>425</sup> Le lien entre les dispositions de l'article 25 § 1 du TBI type de la SADC et ceux de l'article XX du GATT est confirmé par les rédacteurs de l'instrument régional. Voir., commentaires de l'article 25 § 1 du TBI type de la SADC, in *SADC Model Bilateral Investment Treaty Template with Commentary*, Gaborone (Botswana), July 2012, p. 46-47

<sup>426</sup> Voir également commentaires de l'article 25 § 1 du TBI type de la SADC, in *SADC Model Bilateral Investment Treaty Template with Commentary*, Gaborone (Botswana), July 2012, p. 46-47

195. En effet, les termes « environnement » ou « protection de l'environnement » ne figurent pas expressément dans les paragraphes du GATT, car le concept d'« environnement », tel qu'on l'entend aujourd'hui, est relativement récent par rapport à l'âge du GATT<sup>427</sup>. Selon BARTENSTEIN, « la conscience qu'il faut protéger notre environnement a commencé à se frayer son chemin dans les années 70, tandis que le GATT date de 1947. Bien qu'à ce moment, certains problèmes environnementaux spécifiques et bien limités préoccupent déjà les États, la notion de l'environnement, avec la connotation d'un écosystème global, n'existe tout simplement pas. Ce sont donc des préoccupations isolées qui trouvent leur reflet dans les deux paragraphes mentionnés »<sup>428</sup>. Ainsi, l'approche adoptée par le TBI de la SADC rendrait l'exception complète et express, plutôt qu'implicite, par référence à d'autres dispositions ou aux décisions de règlement des litiges, comme c'est le cas dans le cadre de l'OMC<sup>429</sup>.
196. L'insertion d'une telle précision a en outre le bénéfice d'englober toutes les préoccupations environnementales modernes ; ce qui contribue à rendre le traité davantage favorable à la réalisation des objectifs nationaux de développement durable. Si les États disposent en conséquence d'une marge de manœuvre relativement confortable, l'exception conventionnelle est néanmoins soumise des conditions. En effet, la clause prévoit également que les Parties contractantes veillent à ce que les mesures exceptionnelles soient prises de bonne foi et qu'elles ne soient pas appliquées de façon à constituer un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable<sup>430</sup>. Ces conditions ont, elles aussi, été empruntées à l'article XX du GATT, plus précisément à son chapeau introductif dont l'objet est de déterminer la façon dont les mesures étatiques doivent s'appliquer.
197. Les rédacteurs du TBI modèle précisent toutefois que la condition de non-discrimination doit être comprise à la lumière de l'article 4 du traité et non pas comme créant un nouveau standard<sup>431</sup>. Ils précisent enfin qu'à la différence de l'article XX du GATT, les exceptions prévues par l'article 25 § 1 du TBI modèle ont été spécifiquement rédigées pour faire

---

<sup>427</sup> BARTENSTEIN (K), *L'antagonisme « commerce et environnement » ou le principe de développement durable comme fil conducteur pour la réconciliation des intérêts commerciaux et environnementaux sous l'article XX du GATT*, Thèse, Faculté de droit, Université Laval, Québec, 2007, p. 89-90

<sup>428</sup> *Ibid.*, p. 90

<sup>429</sup> Voir., commentaires de l'article 25 § 1 du TBI type de la SADC, voir *SADC Model Bilateral Investment Treaty Template with Commentary*, Gaborone (Botswana), July 2012, 80 p. 46-47

<sup>430</sup> TBI modèle de la SADC, art. 25 § 1 (paragraphe introductif).

<sup>431</sup> Commentaires de l'article 25 § 1 du TBI type de la SADC, in SADC, *SADC Model Bilateral Investment Treaty Template with Commentary*, Gaborone (Botswana), juillet 2012, p. 46-47

---

comprendre qu'aucune compensation ne sera payée à l'investisseur pour les types de mesures qui y sont énoncés<sup>432</sup>. Ces exceptions permettraient ainsi d'éviter que les mesures d'intérêt public couvertes ne soient réputées licites que lorsqu'elles sont assorties du paiement d'une compensation à l'investisseur étranger. À l'évidence, cette approche coïncide avec un autre objectif des clauses d'exceptions générales qui est de renforcer la sécurité juridique dans les jugements relatifs aux investissements<sup>433</sup>. En effet, « en offrant des références spécifiques pour identifier les considérations d'intérêt public, elles aident les États membres à veiller à ce que les tribunaux tiennent compte des objectifs d'intérêt public d'une mesure contestée »<sup>434</sup>.

## B. L'EXCEPTION AU PROFIT DES CATÉGORIES DÉFAVORISÉES

198. En abordant la situation particulière des catégories défavorisées, les traités d'investissement de la CEDEAO et de la SADC intègrent une dimension sociale notable aux exceptions générales. Il s'agit ici des cas de discrimination de longue date à l'égard de certaines communautés sur le territoire d'un État et qui placerait ces dernières dans une situation de désavantage économique important<sup>435</sup>. À cet égard, l'article 21 § 3 du TBI de la SADC stipule que : « *Notwithstanding any other provision of this Agreement, a State Party may take measures necessary to address historically based economic disparities suffered by identifiable ethnic or cultural groups due to discriminatory or oppressive measures against such groups prior to the signing of this Agreement* ». La clause s'inspire de la logique bien connue du *Black Economic Empowerment* (BEE), qui se réfère à l'émancipation économique des noirs au sein de l'État sud-africain<sup>436</sup>.

---

<sup>432</sup> *Ibid.*

<sup>433</sup> SABANOULLARI (L), « Le bien-fondé et les limites des clauses d'exception générale dans la pratique actuelle des traités d'investissement », *Investment treaty news – IISD* [en ligne], mai 2015, n° 2, vol. 6., p. 3-4, [consulté le 07 avril 2018].

<sup>434</sup> *Ibid.*

<sup>435</sup> MANN (H), VON MOLTKE (K), PETERSON (L.E.), COSBEY (A), *Accord international sur l'investissement pour le développement durable, Guide du négociateur*, Winnipeg, IIDD, 2006, p. 80.

<sup>436</sup> Le *Black Economic Empowerment* ou « BEE », est un programme à base raciale qualifié de « discrimination positive », lancé par l'État sud-africain pour rectifier les inégalités créées par l'apartheid en vue de leur conférer des privilèges économiques dont ils étaient privés auparavant. Voir à cet effet, SHAVA (E), « Black Economic Empowerment in South Africa: Challenges and Prospects », *Journal of Economics and Behavioral Studies*, december 2016, vol. 8, n°6, p. 161 ; PONTE, (S), ROBERTS, (S), and VAN SITTERT (L), « Black Economic Empowerment' (BEE), Business and the State in South Africa », *Development and Change*, 2007, vol. 38, n° 5, p. 933

199. À travers cette disposition, la SADC chercherait sans doute à éviter que ne se produisent à l'avenir certaines difficultés rencontrées dans l'application des TBI. On se souvient notamment de l'affaire *Piero Foresti, Laura De Carli et autres c. Afrique du Sud* en 2007<sup>437</sup>. En l'espèce, un groupe d'investisseurs italo-luxembourgeois opérant dans l'industrie minière en Afrique du Sud avait intenté une action en arbitrage et réclamé la somme de 375 millions de dollars US, au motif que le programme *Black Economic Empowerment* entrepris par l'État sud-africain violait les dispositions des TBI qu'il avait conclus avec le Luxembourg et l'Italie<sup>438</sup>. L'affaire a pris fin en 2010 suite à des concessions significatives de l'Afrique du Sud en matière d'obligations BEE. Pour certains, ceci « pourrait créer un précédent négatif pour les gouvernements qui s'efforcent de protéger les droits de la personne et de soutenir les groupes qui ont été désavantagés dans le passé »<sup>439</sup>. Fort de ce genre d'expériences, les rédacteurs du TBI type de la SADC ont voulu être clairs sur le fait que les mesures prises en vue de corriger des discriminations et tenter de rééquilibrer la situation économique de certaines catégories désavantagées ne seront pas considérées comme une violation du traité.
200. L'Acte additionnel de la CEDEAO contient une clause similaire mais prend toutefois soin d'encadrer l'exception en l'assujettissant aux règles relatives à l'expropriation et à l'équité procédurale. La clause est rédigée comme suit : « Les dispositions du présent Acte additionnel, à l'exception de l'article 8 [expropriation], ne s'applique à aucune loi ou autre mesure prise par un État d'accueil aux fins de promouvoir la réalisation sur son territoire, ou conçue pour protéger ou reconnaître les droits de personnes ou catégories de personnes désavantagées par une discrimination de longue date sur son territoire, à condition que ladite loi soit compatible avec les exigences de l'article 19 [équité procédurale]. »<sup>440</sup>. En clair, les traités régionaux autoriseraient les États parties à prendre les mesures nécessaires à

---

<sup>437</sup> *Piero Foresti, Laura de Carli & Others v. The Republic of South Africa*, ICSID Case n°ARB(AF)/07/01 (2007).

<sup>438</sup> Dans cette affaire, les investisseurs ont affirmé que les prescriptions du *Mineral and Petroleum Resources Development Act (MPRD Act)*, entré en vigueur en 2004), violaient les règles de protection contre l'expropriation et la discrimination. Cette loi, qui s'inscrit dans le programme BEE, vise en effet à promouvoir la participation des noirs et l'équité raciale dans le secteur minier. Elle impose à toutes les compagnies minières d'obtenir une nouvelle licence assortie de conditions exigeant le transfert d'une plus grande part d'actions aux investisseurs noirs ainsi que l'augmentation du pourcentage de citoyens sud-africains historiquement défavorisés aux postes de direction.

<sup>439</sup> Conseil Canadien pour la Coopération Internationale, « Traités bilatéraux d'investissement : Guide d'introduction canadien », sur *CCCI* [en ligne], publié en avril 2010, p. 5, [consulté le 21 novembre 2015].

<sup>440</sup> Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO, art. 38 § 1 [encadrés ajoutés]. Relevons à toutes fins utiles que le présent article propose une formulation plus explicite que celle retenue à l'article 24 § 2 du Protocole sur l'énergie de la CEDEAO.

---

l'élimination des discriminations à l'égard des populations désavantagées et marginalisées<sup>441</sup>.

201. Ces mesures devraient également s'adresser au cas particulier des peuples autochtones, que l'on compte parmi les groupes humains les plus défavorisés dans le monde<sup>442</sup>. À ce niveau, le principal enjeu serait de s'assurer que la protection conventionnelle des investisseurs ne limite la capacité de l'État hôte à adopter ou appliquer des lois et politiques qui mettent en œuvre ses obligations internationales envers les peuples autochtones, ou qui garantissent les droits de ces derniers<sup>443</sup>. D'autres engagements pourraient également renforcer la légitimité des États africains à étendre la protection des autochtones au domaine des investissements. Au premier rang de ces engagements se trouve la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples.

202. Si l'instrument continental ne mentionne expressément le vocable *autochtone*, « l'inscription des "droits des peuples" dans la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples sert [toutefois] de point de départ à la prise en considération des populations autochtones en vertu de la Charte. »<sup>444</sup>. Ces États pourraient également s'approprier la Déclaration sur les droits de peuples autochtones, qui fournit l'articulation la plus complète des droits qui leur sont reconnus<sup>445</sup>. L'on doit cependant admettre que, dans le contexte des

---

441 De telles dispositions conventionnelles s'alignent clairement sur la politique des Nations Unies pour le développement durable, dont l'objectif 10 consiste justement à réduire les inégalités dans les pays et d'un pays à l'autre. Voir., ONU, *Égalité : pourquoi est-elle importante ?* [en ligne], [consulté le 30 juillet 2017].

442 Selon l'ONU, ces populations, aussi appelées peuples premiers, tribaux ou autochtones, constituent au moins 5 000 groupes humains représentant 370 millions de personnes qui vivent dans plus de 70 pays sur cinq continents. D'après certaines estimations, l'Afrique en compterait environ 50 millions, dont plusieurs sont confrontés à des difficultés liées à la spoliation de leurs territoires et ressources, à l'assimilation forcée au mode de vie de groupes dominants, à la pauvreté et à l'analphabétisme. On pense notamment aux peuples pygmées (Cameroun), masai (Kenya), batwa (Burundi), Touareg (Mali), etc. V., ONU, *Droits des populations autochtones*, [en ligne], [consulté le 01 août 17] ; ONU, *Peuples autochtones en Afrique*, Douzième session de l'Instance permanente des Nations Unies sur les questions autochtones [en ligne], publié le 23 mai 2013, p. 1, [consulté le 01 août 17]. Pour une étude plus approfondie sur la question, voir notamment, KWOKWO (B. A), *Land rights of indigenous peoples in Africa, with special focus on central, eastern and southern Africa*, Copenhagen, IWGIA, 2010, 335 p.

443 VANDUZER (J. A.), SIMONS (P) et MAYEDA (G), *Integrating Sustainable Development into International Investment Agreements : A Guide for Developing Countries*, London, Commonwealth Secretariat, 2012, p. 356

444 ONU, *Peuples autochtones en Afrique*, Douzième session de l'Instance permanente des Nations Unies sur les questions autochtones [en ligne], publié le 23 mai 2013, p. 1, [consulté le 01 août 17].

445 La Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones est un texte exhaustif sur les droits humains des peuples autochtones. Elle a été adoptée par l'Assemblée générale le 13 septembre 2007 à New York (Résolution A/RES/61/295). Bien qu'il soit juridiquement non contraignant, ce texte traduit l'évolution des normes internationales et reflète l'engagement des États à faire des progrès dans ce domaine. En réalité, la Déclaration ne crée pas de nouveaux droits, mais elle expose et interprète les DH définis dans d'autres instruments internationaux au contexte spécifique des peuples et individus autochtones. À cet égard, l'article



---

pays africains, la reconnaissance juridique des peuples autochtones reste une gageure, même si certaines avancées notables ont pu être enregistrées<sup>446</sup>.

---

premier de la Déclaration affirme que « les peuples autochtones ont le droit, à titre collectif ou individuel, de jouir pleinement de l'ensemble des droits de l'Homme et des libertés fondamentales reconnus par la Charte des Nations Unies, la Déclaration universelle des droits de l'Homme et le droit international relatif aux droits de l'Homme. ». De manière plus détaillée, la Déclaration stipulera, en son article 21, que : « (1) Les peuples autochtones ont droit, sans discrimination d'aucune sorte, à l'amélioration de leur situation économique et sociale, notamment dans les domaines de l'éducation, de l'emploi, de la formation et de la reconversion professionnelles, du logement, de l'assainissement, de la santé et de la sécurité sociale. (2) Les États prennent des mesures efficaces et, selon qu'il conviendra, des mesures spéciales pour assurer une amélioration continue de la situation économique et sociale des peuples autochtones [...]. ». D'autres instruments des Nations Unies abordent également la question des droits autochtones, en l'occurrence, la Convention n°169 de l'OIT de 1989 et la Convention sur la diversité biologique de 1992 (art. 8 (j)).

<sup>446</sup> La douzième session de l'Instance permanente de l'ONU sur les questions autochtones relève les avancées des pays africains de la façon suivante : « En 2011, la République du Congo est devenue le premier pays d'Afrique à adopter une loi spécifique portant promotion et protection des droits des populations autochtones. En 2010, la République centrafricaine a été le premier pays africain à ratifier la Convention n°169 de l'Organisation Internationale du Travail, qui concerne tout spécialement les droits des peuples autochtones et tribaux. La constitution du Kenya reconnaît historiquement les groupes marginalisés, notamment les populations autochtones. La constitution du Cameroun fait également mention des peuples autochtones, et au Burundi la constitution prévoit une représentation particulière des autochtones Batwa à l'Assemblée nationale et au Sénat. [...] ». L'Instance permanente des Nations Unies précise toutefois que « les États qui souhaitent aller au-delà de leurs obligations en vertu du droit international coutumier et incorporer dans le droit interne un droit général des peuples autochtones devront examiner les mesures législatives, administratives et de politique générale nécessaires pour le faire. Cela pourrait inclure des amendements constitutionnels, législatifs et réglementaires ainsi que l'établissement d'institutions pour veiller à ce que le titre autochtone peut être enregistré si nécessaire ». Voir, ONU, *Peuples autochtones en Afrique*, Douzième session de l'Instance permanente des Nations Unies sur les questions autochtones [en ligne], publié le 23 mai 2013, p. 1, [consulté le 01 août 17]. Par ailleurs, les Cours africaines statuant en vertu des traités régionaux d'investissement pourraient aussi s'inspirer de l'approche adoptée par la Cour interaméricaine des droits de l'Homme, notamment dans l'affaire *Saramaka v. Suriname*. À cette occasion, la Cour interaméricaine avait en effet clairement établi l'obligation de consulter les peuples autochtones et l'obligation d'obtenir au préalable un consentement libre et éclairé (conformément à leurs coutumes et traditions), lorsque des projets de grande envergure peuvent avoir un impact significatif dans leur territoire (§ 134). La Cour a même soutenu que l'État de Suriname devrait exiger une évaluation d'impact environnementale et sociale indépendante et garantir le partage raisonnable des avantages lorsque cela est nécessaire, comme dans les situations d'extraction des ressources sur les terres autochtones (§ 129). Voir., Inter-American Court of Human Rights, *Case of the Saramaka People v. Suriname*, Judgment of november 28, 2007 (Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs).

---

---

**CHAPITRE II.**  
**UN RENFORCEMENT PAR LES RÈGLES RELATIVES**  
**AUX LITIGES**

---

---



---

203. Si la redéfinition des règles substantielles est essentielle pour le renforcement des marges de manœuvre des États, la démarche resterait tout de même inachevée tant que les traités continuent de se reposer sur le régime de règlement existant<sup>447</sup>. En effet, les dispositions conventionnelles relatives aux différends ont soulevé d'importantes questions concernant la marge d'action que les traités d'investissement permettent, ou non, aux pays de conserver<sup>448</sup>. Par ailleurs, « l'absence ou la faible prise en compte des principes du développement durable dans la jurisprudence relative à l'investissement international confirme les préoccupations exprimées quant au fait que les AII traditionnels ne sont pas des outils efficaces pour promouvoir une conception large du développement »<sup>449</sup>. Pour y remédier, les instruments de la CEDEAO et de la SADC ont introduit des aménagements qui consistent, d'une part, à valoriser la prévention et le règlement extra-judiciaire des différends (Section 1) et, d'autre part, à ajuster le règlement juridictionnel des litiges (Section 2).

---

<sup>447</sup> Cette observation amènera BERNASCONI-OSTERWALDER à estimer qu'« améliorer le fond sans corriger le système qui interprète le fond ne rime à rien ». In BERNASCONI-OSTERWALDER (N), « Repenser le règlement des différends en matière d'investissement », *Investment treaty news – IISD* [en ligne], mai 2015, n° 2, vol. 6., p. 7, [consulté le 08 avril 2018].

<sup>448</sup> CNUCED, *Réunion d'experts sur la transformation du régime des accords internationaux d'investissement : les perspectives*, Commission de l'investissement, des entreprises et du développement, note du secrétariat, Genève, 25-27 février, 2015, p.1. Sur ce point, la Commission économique pour l'Afrique affirmera que « dans la pratique, ces dispositions sont devenues un outil de contestation d'une grande variété de décisions stratégiques du gouvernement d'accueil qui affecte les prévisions de bénéfice des investisseurs ». In CEA, *Situation relative aux accords d'investissement en Afrique*, Rapport de la 9ème session du Comité de la coopération et de l'intégration régionale, Addis Abeba, 7-9 décembre, 2015, p. 14

<sup>449</sup> MAYEDA (G), « Sustainable International Investment Agreements : Challenges and Solutions for Developing Countries », in CORDONIER SEGGER (M-C), NEWCOMBE (A) et GEHRING (M), *Sustainable Development in World Investment Law*, Kluwer law international BV, The Netherland, 2011, p. 542 [traduction libre].



## SECTION I.

### LA VALORISATION DE LA PRÉVENTION ET DE RÈGLEMENT EXTRA-JUDICIAIRE DES DIFFÉRENDS

204. Afin de préserver les marges de manœuvre des États dans la poursuite de leurs objectifs de développement durable, les traités régionaux ont prévu deux catégories de méthodes, à savoir, la prévention ou politique de prévention des différends (PPD) et le règlement extrajudiciaire des différends (RED). Ces catégories, à priori voisines, présentent néanmoins certaines spécificités. En effet, « bien que le RED et la PPD aient en commun la nécessité d'obtenir le consentement et la coopération des deux parties et d'avoir une très grande souplesse, les deux méthodes sont par nature sensiblement différentes. La caractéristique principale est qu'un des processus vise à régler les différends, par des moyens autres que judiciaires, alors que l'autre cherche à les prévenir »<sup>450</sup>. Ainsi, verrons-nous successivement l'incorporation des PPD, que l'on appréhendera ici comme un droit d'« anticiper » (§ 1), puis la consécration du RED, en tant que le droit de « se rattraper » (§ 2).

#### § 1. L'INCORPORATION D'UN « DROIT D'ANTICIPER »

205. Le droit d'« anticiper » désigne ici l'ensemble des clauses conventionnelles de prévention des différends mis à la disposition des États parties. Il s'agit, selon la CNUCED, d'une façon très récente de s'attaquer au problème de la multiplication des litiges relatifs aux investissements<sup>451</sup>. Dans cette visée, l'article 27 du TBI modèle de la SADC prévoit un mécanisme de coopération entre États au sens le plus général<sup>452</sup>, dans lequel figurent aussi les questions relatives à la prévention et au règlement des différends interétatique (A). L'on pourrait également y voir un moyen non négligeable de prévention de conflits éventuels entre un État et un investisseur (B).

---

<sup>450</sup> CNUCED, *Différends entre investisseurs et État : Prévention et modes de règlement autres que l'arbitrage*, Études sur les politiques d'investissement international au service du développement, New York et Genève, 2010, p. 27

<sup>451</sup> *Ibid*, p. xxv

<sup>452</sup> Traité modèle de la SADC, art. 27 : « (1) *The State Parties shall meet every five years after the entry into force of this Agreement to review its operation and effectiveness, [...]. (2) The State Parties may adopt joint measures in order to improve the effectiveness of this Agreement.* ».

---

## A. UN MODE DE PRÉVENTION DES DIFFÉRENDS ENTRE ÉTATS

206. L'article 27 du TBI modèle de la SADC pose les fondements d'un système de prévention des différends qui permettrait de réduire les causes éventuelles de litige entre États en ce qui concerne l'interprétation et l'application de l'accord. Cette disposition revêt une importance particulière sous l'angle du développement durable dans la mesure où elle établit un mécanisme institutionnel propre à prévenir et à éviter que les États ne manquent pas à leurs obligations conventionnelles, notamment en matière de protection de l'environnement et des droits humains. Il faut notamment se souvenir que le Protocole sur la finance et l'investissement de la SADC exigeait déjà que « les États parties encouragent l'utilisation durable et écologique de leurs ressources naturelles »<sup>453</sup>.
207. On retrouve également, dans les traités régionaux plus récents, des dispositions essentielles qui rappellent aux États parties leurs obligations dans ces domaines. Il en est ainsi de l'article 20 de l'Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO, qui stipule que : « les États Membres reconnaissent qu'il n'est pas approprié d'encourager l'investissement au moyen d'un assouplissement des mesures nationales liées au travail, à la santé publique, à la sécurité ou à l'environnement. En conséquence, un État Membre ne doit pas renoncer ni déroger, ou offrir de renoncer ou de déroger, à de telles mesures dans le dessein d'encourager l'établissement, l'acquisition, l'expansion ou le maintien d'un investissement sur son territoire ».
208. Le TBI modèle de la SADC propose aussi une disposition similaire en ces termes : « *The State Parties recognize that it is inappropriate to encourage investment by relaxing domestic environmental [...] legislation. Accordingly, the State Parties shall not waive or otherwise derogate from, or offer to waive or otherwise derogate from, such legislation as an encouragement for the establishment, maintenance or expansion in its territory of an Investment. If a State Party considers that the other State Party has offered such an encouragement, it may request consultations with the other State Party* »<sup>454</sup>. D'une façon encore plus ferme, le PFI révisé de la SADC dispose que : « les États parties reconnaissent

---

<sup>453</sup> Protocole de la SADC sur la finance et l'investissement, annexe 1, art.12. Une disposition identique se trouve à l'article 10 de l'annexe 1 révisée du PFI intitulée « utilisation optimale des ressources naturelles ».

<sup>454</sup> TBI modèle de la SADC, art 22 § 2. Cette disposition reprend également les stipulations proposées par l'article 13 de l'annexe 1 du PFI : « Les parties reconnaissent qu'il n'est pas approprié d'encourager l'investissement en rendant moins contraignantes les mesures sanitaires, sécuritaires et environnementales nationales. Ils conviennent en outre de ne pas accorder de dérogation à ces mesures ou, autrement à renoncer ou de s'abstenir de les prendre pour encourager la réalisation, l'acquisition, l'expansion ou la rétention d'un investissement sur leurs territoires ».

---

qu'il n'est pas approprié d'encourager l'investissement en assouplissant les mesures nationales en matière de santé, de sûreté et d'environnement. Ils s'interdisent de renoncer ou de déroger aux traités internationaux qu'ils ont ratifiés, ou d'offrir de renoncer ou de déroger à ces mesures dans le but d'inciter la mise en place, l'acquisition, l'accroissement ou le maintien d'un investissement sur leur territoire »<sup>455</sup>.

- 209.** De telles dispositions sont à l'évidence ambitieuse, mais leur exécution en pratique reste beaucoup plus complexe. En outre, tous les États parties ne chercheront pas le même degré d'équilibre entre la protection de l'environnement, des droits des communautés locales et la protection des intérêts des investisseurs. En pareilles circonstances, la prévention de potentiels litiges nés des conflits d'intérêts entre États pourrait bien être envisagée au moyen de mécanismes de coopération tels que celui qui est prévu à l'article 27 du TBI modèle. À cet égard, la SADC pourrait bien s'inspirer de l'expérience des cadres institutionnels prévus dans d'autres instruments régionaux existants, tels que le COMESA.
- 210.** En effet, l'Accord d'investissement du COMESA charge son Comité de la zone commune d'investissement (CCIA)<sup>456</sup> de : « *(d) faire des recommandations au Conseil sur toutes les questions de politique qui doivent être faites pour renforcer les objectifs du présent Accord. Par exemple, le développement de normes minimales communes relatives à l'investissement dans des domaines tels que : (i) l'impact environnemental et les évaluations d'impact social (ii) les normes du travail (iii) le respect des droits de l'homme (iv) la conduite dans les zones de conflit (v) la corruption (vi) les subventions [...].* »<sup>457</sup>. Le cadre institutionnel ainsi établi aiderait clairement les États membres à chercher des solutions concertées aux problèmes d'exécution de leurs obligations.
- 211.** En tout état de cause, l'orientation donnée par le texte régional de la SADC n'est pas restée sans incidences sur la pratique conventionnelle de ses membres ; et ce, même dans leurs relations bilatérales extrarégionales. On en veut pour preuve les dispositions des récents Accords de coopération et de facilitation de l'investissement (ACFI) signés avec le Brésil par le Mozambique (30 mars 2015) et l'Angola (1<sup>er</sup> avril 2015). Chaque ACFI prévoit en effet la création d'un Comité mixte composé de représentants gouvernementaux des deux

---

<sup>455</sup> Protocole sur la finance et l'investissement de la SADC, annexe 1 révisée, art. 11 [caractères gras ajoutés].

<sup>456</sup> Le Comité de la zone d'investissement du COMESA (Comité CCCIA), ou *COMESA Common Investment Area Committee* ("CCIA Committee") en anglais, est l'instance régionale qui réunit les Ministres en charge de l'investissement de chaque État membre.

<sup>457</sup> Accord sur la zone commune d'investissement du COMESA, art. 7 § 2 (d) et (e) [traduction libre].



---

parties et chargé de suivre la mise en œuvre de l'accord (art. 4)<sup>458</sup>. En Afrique de l'ouest, le TBI Nigéria-France prévoit un cadre institutionnel, certes moins formel que celui des TBI sus évoqués, mais dont les attributions sont assez intéressantes dans la perspective du développement durable ; puisqu'« il est entendu que les deux Parties Contractantes se consultent, si nécessaire, sur tout sujet relatif à cet accord, en particulier en ce qui concerne les transferts de technologie, et les effets des investissements sur l'environnement [...] »<sup>459</sup>.

**212.** De telles approches ont le mérite de veiller à maintenir des règles du jeu équitables pour tous, et surtout, pour empêcher une éventuelle « course vers le bas des normes environnementales »<sup>460</sup> dans le but d'influencer les choix d'implantation géographique des investisseurs étrangers. En outre, elles garantissent avec une plus grande certitude que les États, ainsi que leurs subdivisions administratives et politiques, tiennent compte des obligations conventionnelles qui leur incombent lorsqu'ils promulguent des lois ou appliquent des mesures de politique générale. Ces clauses ne doivent toutefois pas être confondues avec les stipulations relatives à la phase précontentieuse des différends interétatiques. Dans ce cas-ci, un litige naissant ou des difficultés, seront plus probablement à l'origine d'une demande de consultation.

---

<sup>458</sup> DIETRICH (B.M.), « Les Accords de coopération et de facilitation de l'investissement (ACFI) Brésil-Mozambique et Brésil-Angola : Aperçu et description », *Investment treaty news – IISD* [en ligne], mai 2015, n° 2, vol. 6, p. 14, [consulté le 09 avril 2018].

<sup>459</sup> Article 2 du protocole annexe du TBI Nigéria-France. Le TBI a été adopté le 27 février 1990 et est entré en vigueur le 18 août 1991. Le texte est disponible en ligne sur [investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits](http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits)

<sup>460</sup> L'expression est empruntée au commentaire de l'article 20 de l'accord modèle de l'IIDD. In MANN (H), VON MOLTKE (K), PETERSON (L.E.), COSBEY (A), *Accord international sur l'investissement pour le développement durable, Guide du négociateur*, Winnipeg, IIDD, 2006, p. 42

---

## B. UN MODE DE PRÉVENTION DES DIFFÉRENDS INVESTISSEUR-ÉTAT

213. L'impulsion donnée par l'article 27 du TBI modèle de la SADC pourrait tout aussi bien s'étendre aux relations investisseur-État pour éviter qu'ils aboutissent à un différend caractérisé. Selon certains spécialistes, « le seul fait qu'un différend éclate entre un investisseur et l'État peut être considéré comme un échec. Il serait donc préférable que les États anticipent les causes possibles de différends avec les investisseurs et se mobilisent beaucoup plus tôt »<sup>461</sup>. D'autres renchéiront, en estimant que « c'est généralement avant que le litige entre un investisseur et un organisme public ne se transforme en différend au sens de l'accord d'investissement que les chances de le régler sont les meilleures »<sup>462</sup>. L'exercice n'est toutefois pas aussi aisé qu'il pourrait paraître puisque, dans bien des cas, les litiges peuvent être dus à des décisions prises ou à des actes accomplis par des organismes publics qui n'ont pas signé un AII mais doivent en respecter les dispositions<sup>463</sup>.
214. Partant, il peut en résulter des divergences entre les divers échelons de l'administration publique, de sorte qu'il est à la fois difficile à l'État de réagir en temps voulu mais également difficile à l'investisseur d'identifier l'interlocuteur compétent dans l'administration<sup>464</sup>. Dans un tel contexte, l'établissement d'un cadre institutionnel de coopération semble plus qu'opportun, pour permettre à l'État hôte de recenser les sources de litiges éventuels et d'y répondre de façon appropriée, à l'endroit et au moment où ils surviennent. Les plaintes, suspicions ou difficultés auxquelles les opérateurs privés étrangers sont confrontés seraient alors portées par leur État d'origine afin d'aider les organismes de l'État hôte à mieux cibler les secteurs où des litiges sont susceptibles de surgir et de les résoudre<sup>465</sup>.

---

<sup>461</sup> CNUCED, *Différends entre investisseurs et État : Prévention et modes de règlement autres que l'arbitrage*, Études sur les politiques d'investissement international au service du développement, New York et Genève, 2010, p. 71

<sup>462</sup> LEGUM (B), « The difficulties of conciliation in investment treaty cases : A comment on Professor Jack C. Coe's 'Toward a complementary use of conciliation in investor-State disputes - A preliminary sketch ». In CNUCED, *Différends entre investisseurs et État : Prévention et modes de règlement autres que l'arbitrage*, Études sur les politiques d'investissement international au service du développement, New York et Genève, 2010, p. 71

<sup>463</sup> *Ibid*, p. 11

<sup>464</sup> *Ibid*.

<sup>465</sup> La SADC pourrait, sur ce point, s'inspirer de l'approche des ACFI en matière de prévention et règlement. Ceux-ci prévoient en effet que « l'État d'origine de l'investisseur présente une demande écrite au Comité mixte, précisant le nom de l'investisseur et les recours ou les difficultés rencontrées » (art. 15). V., DIETRICH (B.M.), « Les Accords de coopération et de facilitation de l'investissement (ACFI) Brésil-Mozambique et Brésil-Angola : Aperçu et description », *Investment treaty news – IISD* [en ligne], mai 2015, n° 2, vol. 6., p. 16, [consulté le 09 avril 2018].

215. Il importe également de préciser que l'objectif d'une pareille disposition n'est pas redondant avec une l'obligation conventionnelle de négocier dans la mesure où elle joue un rôle préventif, c'est-à-dire sans qu'il soit nécessaire qu'un litige naisse. Néanmoins, la périodicité des rencontres (chaque 5 ans) soulève des interrogations sur la capacité du mécanisme institutionnel établi en vertu de TBI type de la SADC à permettre aux États d'avoir la connaissance anticipée des préoccupations de l'investisseur et suffisamment de temps pour éventuellement faire droit. L'Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO est quant à lui beaucoup plus vague sur la question, se contentant de prévoir l'établissement de structures régionales orientées vers la promotion des investissements : « la Communauté crée des structures régionales appropriées pour la mise en œuvre des règles communautaires en matière de promotion et de facilitation de l'investissement »<sup>466</sup>.
216. La visée promotionnelle de ces structures régionales ne semble toutefois pas être un obstacle en soi si l'on se réfère aux études de la CNUCED. L'organisation qui fait notamment remarquer que les entités participant à la prévention de différends peuvent être des organismes de promotion des investissements agissant par le biais de leurs services de suivi, de services de médiation ou d'autres organismes publics directement chargés de traiter avec les investisseurs étrangers<sup>467</sup>. Les exemples des Comités mixtes prévus dans les ACFI Mozambique-Brésil et Angola-Brésil sont assez éloquentes à cet égard. En effet, ces Comités remplissent non seulement les fonctions d'organismes de promotion des investissements (art. 4), mais ils font également office d'organe de prévention et de règlement des différends (art. 15)<sup>468</sup>. Une fonction similaire pourrait bien être attribuée aux groupes de mise en œuvre du marché commun des investissements de la CEDEAO<sup>469</sup> ; lesquels ont, à la différence de la SADC<sup>470</sup>, l'avantage de rassembler un ensemble plus large d'acteurs nationaux et

---

<sup>466</sup> Acte additionnel de la CEDEAO sur l'investissement, art. 25 § 1

<sup>467</sup> CNUCED, *Différends entre investisseurs et État : Prévention et modes de règlement autres que l'arbitrage*, Études sur les politiques d'investissement international au service du développement, New York et Genève, 2010, p. xix

<sup>468</sup> Voir., DIETRICH (B.M.), « Les Accords de coopération et de facilitation de l'investissement (ACFI) Brésil-Mozambique et Brésil-Angola : Aperçu et description », *Investment treaty news – IISD* [en ligne], mai 2015, n° 2, vol. 6., p. 14 et 16, [consulté le 09 avril 2018].

<sup>469</sup> La Commission de la CEDEAO, en collaboration avec les parties prenantes régionales (les investisseurs y compris) ont mis en place des groupes et équipes de mise en œuvre du Marché commun des investissements aux niveaux régional et national. Voir, Commission de la CEDEAO, *Vision du marché commun des investissements de la CEDEAO*, Abuja, p. 37-38

<sup>470</sup> Le mécanisme prévu par le TBI modèle demeure essentiellement interétatique de sorte que les difficultés que rencontre un investisseur ne seront, en réalité, portées que par le biais de son État d'origine ; celui-ci agissant pour le compte de l'investisseur.

---

régionaux dont les investisseurs. La CEDEAO pourrait ici aussi s'inspirer du modèle COMESA ou du modèle des ACFI Mozambique-Brésil et Angola-Brésil. Dans le cadre de l'accord sur l'investissement du COMESA, il est expressément prévu la participation des principaux représentants du secteur privé et d'autres parties prenantes aux réunions du Comité CCIA et du Comité de coordination sur l'investissement (CCI)<sup>471</sup>. L'accord précise en outre que ces acteurs non-étatiques seront déterminés par chaque État Membre et participeront aux réunions en qualité de membres *ex-officio*<sup>472</sup>.

217. Ainsi, le partage bien organisé des informations sur les questions d'investissement étranger pourrait garantir que les instances appropriées soient alertées des éventuels problèmes rencontrés par les investisseurs et puissent réagir à temps. Les ACFI stipulent pour leur part que « le Comité mixte peut inviter le secteur privé et la société civile à participer lorsque cela est nécessaire. Les parties peuvent également créer des groupes de travail ad hoc auxquels le secteur privé peut participer, sur autorisation du Comité mixte » (art. 4)<sup>473</sup>. De plus, l'ACFI signé avec l'Angola autorise expressément le Comité mixte à inviter des Organisations non gouvernementales (ONG) à réaliser des exposés sur certains sujets<sup>474</sup>. En tout état de cause, la CEDEAO, tout comme la SADC, trouverait ainsi l'opportunité de tirer meilleur profit d'une méthode encore embryonnaire mais fort prometteuse.

---

471 Accord relatif à la zone commune d'investissement du COMESA, art. 7 § 7. Au sens de l'article 7 § 1 (b), le Comité de coordination sur l'investissement (CCIA) est composé de hauts fonctionnaires des Ministères responsables de l'investissement et des Directeurs généraux d'agences de promotion des investissements désignés par chaque État membre.

472 La locution adverbiale *ex-officio* est une expression latine employée pour décrire une position, les privilèges qu'un individu ou une entité obtient automatiquement du fait de la situation ou du poste qu'elle détient déjà. En ce qui concerne le cadre institutionnel établi par l'Accord sur l'investissement du COMESA, le statut de membre *ex-officio* est prévu sous réserve des règles de procédure convenues en vertu à l'alinéa 6 de l'article 7.

473 DIETRICH (B.M.), « Les Accords de coopération et de facilitation de l'investissement (ACFI) Brésil-Mozambique et Brésil-Angola : Aperçu et description », Investment treaty news – IISD [en ligne], mai 2015, n° 2, vol. 6., p. 14, [consulté le 09 avril 2018].

474 *Ibid.*

---

## § 2. LA CONSÉCRATION DU DROIT DE « SE RATTRAPER »

218. Comme la plupart des AII, les traités d'investissement de la CEDEAO et de la SADC prévoient un certain délai<sup>475</sup> dans lequel le règlement à l'amiable doit intervenir<sup>476</sup>, avant de recourir à une procédure de règlement judiciaire. Pour un meilleur usage de cette période de « refroidissement » du litige<sup>477</sup>, les parties en désaccord seront surtout invitées à s'engager dans un processus de négociation directe (A) ou même assistée (B).

### A. L'EXIGENCE D'UNE NÉGOCIATION DIRECTE

219. Les instruments régionaux prévoient une procédure placée sous le contrôle exclusif des parties aux différends<sup>478</sup> et que l'on qualifie de négociation directe<sup>479</sup>. Elle est en réalité « le mode initial et le plus ordinaire de règlement des différends [et] peut se définir comme toute rencontre en vue de parvenir à un accord »<sup>480</sup>. Basée sur des contacts immédiats et personnels, la négociation directe est menée entre les parties au litige qui tentent de résoudre leur désaccord sans l'intervention d'une tierce entité et en dehors des cadres juridictionnels classiques que sont les tribunaux nationaux ou d'arbitrage. RIVIER précisera d'ailleurs que « cette négociation directe est informelle et totalement soustraite au droit qui n'en détermine pas le cadre, ni le contenu, ni les effets. Le droit n'intervient qu'après coup, pour prendre acte du résultat de la négociation »<sup>481</sup>.

---

<sup>475</sup> L'article 33 § 2 de l'Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO dispose ainsi : « **Une période minimale de six mois** s'écoule entre la date d'un avis d'intention d'engager un processus de règlement des différends en application du présent Acte additionnel et la date à partir de laquelle une Partie ou un investisseur, selon le cas, peut officiellement engager une procédure de règlement de différend » [caractères gras ajoutés]. On retrouve une disposition similaire à l'article 28 § 2 du TBI de la SADC.

<sup>476</sup> Les traités régionaux exigent, en des termes plus ou moins fermes, aux parties de chercher à résoudre leurs différends par des moyens amicaux. Selon l'article 33 § 2 de l'Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO : « les États Membres s'emploient à régler les éventuels différends à l'amiable ». L'art. 28 § 1 du TBI modèle de la SADC rajoute pour sa part que les différends qui opposent les parties devront être autant que possible résolus par la voie amicale : « *Disputes between the State Parties concerning the interprétation or application of this Agreement should, as far as possible, be settled through the amicable means. [...]* ».

<sup>477</sup> L'expression est tirée de BERNASCONI-OSTERWALDER (N), « Repenser le règlement des différends en matière d'investissement », *Investment treaty news – IISD* [en ligne], mai 2015, n° 2, vol. 6., p. 11, [consulté le 08 avril 2018].

<sup>478</sup> DUPUY (P-M), KERBRAT (Y), *Droit international public*, Paris, Collection Précis, Dalloz, 2014, p. 615

<sup>479</sup> Pour une étude plus approfondie, voir PLANTEY (V. A.), *La négociation internationale, principes et méthodes*, Paris, CNRS, 1980, 657 p.

<sup>480</sup> DUPUY (P-M), KERBRAT (Y), *Droit international public*, Paris, Collection Précis, Dalloz, 2014, p. 616

<sup>481</sup> RIVIER (R), *Droit international public*, Paris, PUF, 2017, 841 p. 764

---

220. Un tel processus, outre le fait qu'il soit moins onéreux, présenterait alors l'avantage de la souplesse ; les parties ayant une plus grande liberté d'action pour trouver un terrain d'entente. Le règlement qui en résultera se voudra *gagnant-gagnant*, puisque fondé sur les intérêts et les besoins mutuels, en tenant compte d'un éventail plus large de facteurs, tels que les impératifs écologiques, les valeurs sociales, voire historiques et culturelles. Pour certains, la négociation directe serait préférable aux procédures fondées sur les droits, dans la mesure où ces dernières offrent des mesures correctives limitées qui ne tiennent pas toujours compte de l'ensemble des intérêts et des besoins des parties. Comme l'expose la CNUCED, « le règlement d'un différend par voie d'arbitrage est axé uniquement sur le versement d'une réparation pour les dommages découlant de la violation d'une disposition conventionnelle. Il ne laisse donc pas à l'investisseur et à l'État la possibilité de s'entendre sur d'autres "solutions", par exemple celles qui concernent une modification éventuelle de la décision contestée ou qui offrent d'autres formes de compensation "en nature" »<sup>482</sup>.

221. Une autre conséquence de la négociation directe, selon la CNUCED, tient dans le fait qu'elle permet aux parties de poursuivre leurs relations d'affaires. En effet, « la relation entre l'investisseur et l'État suppose généralement un engagement à long terme, et certaines affaires peuvent appeler un règlement extrajudiciaire afin de garantir que le projet ne soit pas interrompu pendant que l'on négocie la solution du différend »<sup>483</sup>. À l'opposé, un différend réglé par voie d'arbitrage international se solde par l'octroi de dommages-intérêts et aboutit généralement à la rupture des relations entre les deux parties. Pourtant, « [...] c'est exactement le contraire de ce que souhaite un État lorsqu'il se lance dans une stratégie active de promotion des investissements tendant à nouer des relations durables avec les sources de capitaux et à susciter une contribution utile des investissements au développement économique du pays hôte »<sup>484</sup>. De même, les investisseurs étrangers ont aussi intérêt à ce que leurs investissements deviennent rentables ; ce qui nécessite dans la plupart des cas plusieurs années de fonctionnement ininterrompu. Or, un litige investisseur-État briserait inévitablement la relation et créerait un mauvais précédent pour l'une comme pour l'autre partie<sup>485</sup>.

---

<sup>482</sup> CNUCED, *Différends entre investisseurs et État : Prévention et modes de règlement autres que l'arbitrage*, Études sur les politiques d'investissement international au service du développement, New York et Genève, 2010, p. 23

<sup>483</sup> *Ibid.* p. 41

<sup>484</sup> *Ibid.* p. 21

<sup>485</sup> *Ibidem.*

---

222. Il importe toutefois de préciser que la négociation directe est essentiellement fondée sur la bonne foi des parties en litige, car « l'obligation de négocier n'équivaut pas à une obligation de conclure ; elle est une obligation de moyen et non pas une obligation de résultat »<sup>486</sup>. Dans ce sens, il s'agira pour ces derniers de « faire le maximum de ce qui est en leur pouvoir pour tenter de parvenir à un accord sur le plus grand nombre de points possibles. »<sup>487</sup>. Certains auteurs ont même fait remarquer que les tribunaux arbitraux considéraient généralement que l'obligation de négocier était satisfaite dès lors que l'une des parties n'est pas restée totalement inerte pendant la phase pré-contentieuse<sup>488</sup>. De toute évidence, en cas de désaccord persistant, « on ne saurait forcer les parties, qui par hypothèse sont en litige, à parvenir à un accord pour leurs propres moyens sauf nier l'intérêt même de la juridiction. »<sup>489</sup>. Bien avant de recourir au règlement judiciaire, les traités régionaux prévoient un autre moyen de trouver un compromis, cette fois-ci dans le cadre d'une négociation assistée.

---

<sup>486</sup> DUPUY (P-M), KERBRAT (Y), *Droit international public*, Paris, Collection Précis, Dalloz, 2014, p. 616

<sup>487</sup> DE NANTEUIL (A), *Droit international des investissements*, Paris, Pedone, 2014, p. 232

<sup>488</sup> CARREAU (D.), JUILLARD (P.), BISMUTH (R) et HAMANN (A), *Droit international économique*, Paris, Collection Précis, Dalloz, 2017, p. 691. Pour illustrer leurs propos, les auteurs ont notamment pris l'exemple de l'affaire *Biloune*, dans laquelle l'État du Ghana soutenait que les dispositions de la loi nationale exigeant des parties en différend qu'elles s'efforcent de parvenir à un accord amiable avant d'aller à l'arbitrage, n'avaient pas été respectées. À cet argument, le tribunal a dit constater qu'à plusieurs reprises les demandeurs avaient proposé à l'État défendeur d'entrer en négociation, mais que ce dernier n'avait à aucun moment réagi à cette proposition. Dès lors, le tribunal a considéré que l'exigence légale avait bien été satisfaite. Reste à savoir si les juges des traités régionaux suivront l'approche adoptée par ces tribunaux arbitraux. (Voir., *Biloune c. Ghana*, deux sentences, en date du 27 octobre 1989 et du 30 juin 1990 (ad hoc CNUDCI)).

<sup>489</sup> DE NANTEUIL (A), *Droit international des investissements*, Pedone, 2014, p. 232

---

## B. L'OUVERTURE À UNE NÉGOCIATION ASSISTÉE

223. Les parties au litige ont également la possibilité de se faire assister par une tierce partie neutre lorsque des obstacles subsistent après que celles-ci aient tenté de régler leur différend par des négociations directes. L'approche s'inscrit dans une logique de règlement extrajudiciaire des différends, dont la conciliation et la médiation sont les formes de négociation couramment employées sans pour autant être les seules. À cet effet, l'article 33 § 2 de l'Acte additionnel de la CEDEAO dispose que : « les États membres peuvent faire appel aux bons offices, à la conciliation, à la médiation ou à tout autre processus de règlement des différends convenu ». De même, le TBI modèle de la SADC prévoit en son article 28 § 2 que « *if a dispute between the State Parties cannot thus be settled within six months of the initiation of consultations to resolve the dispute, either State Party may request mediation of the dispute, including through recognized institutions or the use of good offices for such purposes. [...].* ».
224. Le rôle du tiers intervenant consisterait alors à faciliter les négociations et à aider les parties en litige à surmonter les obstacles à un compromis, selon les pouvoirs qu'elles lui auront conférés dans la gestion de la procédure et/ou son issue. À la différence de l'arbitrage, ces modes de règlements des différends mettent moins l'accent sur les droits et obligations prévus par le traité<sup>490</sup> ; le but principal ici étant de rapprocher les points de vue des parties en présence jusqu'à la détermination d'une solution acceptable par chacune des parties<sup>491</sup>. La lecture des articles consacrés à la question révèle, par ailleurs, que les traités d'investissement de la CEDEAO et de la SADC, privilégient la médiation aux autres méthodes de résolution extra-judiciaire des différends. Du côté de la CEDEAO, l'article 33 § 4 de l'Acte additionnel propose la rédaction suivante : « si aucun médiateur n'est choisi par les protagonistes, avant l'écoulement des trois mois précédant la fin de la période de règlement à l'amiable, un médiateur qui n'est pas ressortissant de l'un des États parties au litige est nommé. Les conditions de nomination de ce médiateur sont définies dans un Règlement ».

---

<sup>490</sup> CNUCED, *Réunion d'experts sur la transformation du régime des accords internationaux d'investissement : les perspectives*, Commission de l'investissement, des entreprises et du développement, note du secrétariat, Genève, 25-27 février, 2015, p. 6

<sup>491</sup> DUPUY (P-M), KERBRAT (Y), *Droit international public*, Paris, Coll. Précis, Dalloz, 2014, 921 p. 615



226. Du côté de la SADC, les rédacteurs du TBI modèle ne manqueront pas de préciser que l'article 28 § 2 du traité cherche à encourager un processus de médiation et le rend obligatoire pour les deux Parties si l'une d'entre elles déclare formellement qu'elle désire faire ainsi<sup>492</sup>. En privilégiant la médiation aux autres méthodes de RED, les traités régionaux sur l'investissement semblent rechercher un certain équilibre entre, d'une part, une assistance plus discrète et peu active, telle que celle des bons offices<sup>493</sup> ; et, d'autre part, une assistance très formelle et moins maîtrisée comme celle que l'on peut rencontrer dans le processus de conciliation<sup>494</sup>. La procédure de médiation prévue par l'Acte additionnel de la CEDEAO n'est toutefois pas exempte d'un certain degré de formalisme, ne fût-ce que sur le plan de l'ossature institutionnelle. L'instrument stipule notamment que « lorsque la procédure de règlement des différends adoptée est la médiation, les protagonistes font appel à **un médiateur agréé** »<sup>495</sup>. Le texte ajoute plus loin que « les États Membres peuvent également établir des centres nationaux de médiation pour faciliter le règlement des différends entre eux et les investisseurs ou investissements [...]. Le nom des médiateurs officiellement nommés dans lesdits centres est ajouté à la liste établie par l'Agence au travers des centres nationaux de médiation »<sup>496</sup>.

227. Il est surtout intéressant de voir comment l'Acte additionnel intègre une dimension socio-culturelle<sup>497</sup> au processus de médiation. En effet, celui-ci exige que le processus de médiation soit organisé de manière à tenir compte « des règles, coutumes et traditions régionales en matière d'investissement »<sup>498</sup>. L'instrument n'offre pas plus de détails sur les implications de la disposition, mais il est évident qu'une telle prescription est de nature à renforcer la compatibilité du texte régional aux objectifs de développement durable des Parties contractantes. Au risque de nous engager dans une analyse de sociologie juridique

---

<sup>492</sup> SADC, *SADC Model Bilateral Investment Treaty Template with Commentary*, Gaborone (Botswana), juillet 2012, p. 53

<sup>493</sup> Voir., DUPUY (P-M), KERBRAT (Y), *Droit international public*, Paris, Collection Précis, Dalloz, 2014, 921 p. 617 ; RIVIER (R), *Droit international public*, Paris, PUF, 2017, p. 765

<sup>494</sup> *Ibid*, p. 765-766

<sup>495</sup> Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO, art. 33 § 3 [caractères gras ajoutés].

<sup>496</sup> Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO, art. 33 § 5.

<sup>497</sup> Selon l'UNESCO, la culture, dans son sens le plus large, est considérée comme « l'ensemble des traits distinctifs, spirituels et matériels, intellectuels et affectifs, qui caractérisent une société ou un groupe social. Elle englobe, outre les arts et les lettres, les modes de vie, les droits fondamentaux de l'être humain, les systèmes de valeurs, les traditions et les croyances ». Voir., UNESCO, *Déclaration de Mexico sur les politiques culturelles*, Conférence mondiale sur les politiques culturelles Mexico City, 26 juillet - 6 août 1982 (Préambule).

<sup>498</sup> Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO, art. 33 § 5.

---

appliquée au droit ouest-africain des investissements, nous nous contenterons de faire remarquer qu'une telle prescription octroie aux médiateurs des outils supplémentaires en vue de mieux comprendre et situer les intérêts de chacun et d'examiner une série de solutions possibles pour amener les parties à un accord. Il ne serait pas non plus utopique de penser que le processus de médiation fasse appel ou intègre diverses parties prenantes, notamment les communautés locales affectées par l'investissement ainsi que d'autres groupes intéressés. Il faut toutefois préciser que les solutions proposées par le médiateur aux parties n'ont pas un caractère obligatoire<sup>499</sup>.

---

<sup>499</sup> DUPUY (P-M), KERBRAT (Y), *Droit international public*, Paris, Collection Précis, Dalloz, 2014, p. 617



## SECTION II.

### L'AJUSTEMENT DU RÈGLEMENT JURIDICTIONNEL DES DIFFÉRENDS

228. Le règlement juridictionnel d'un litige désigne « la solution d'un différend par un (ou plusieurs) tiers neutre(s) ayant compétence pour imposer aux parties en litige les termes d'une sentence ou d'une décision rendue en accord avec le droit applicable et les faits qu'elles ont présentés »<sup>500</sup>. Il se déroule habituellement devant les juridictions nationales et supranationales. Ici également, des ajustements ont été rendus nécessaires en raison de la tendance récurrente des investisseurs à contester les mesures socio-environnementales des pays hôtes, généralement dans le cadre d'arbitrages internationaux. Certains auteurs feront d'ailleurs remarquer qu'au-delà du volet juridique du litige, les arbitres se prononcent aussi, et de plus en plus, sur la logique politique des mesures adoptées par un État<sup>501</sup>. Face à cet état de fait, les traités d'investissement de la CEDEAO et de la SADC ont introduit des ajustements qui portent aussi bien sur l'aspect institutionnel (§ 1) que procédural (§ 2) du règlement juridictionnel des différends.

#### § 1. UN AJUSTEMENT INSTITUTIONNEL

229. Deux éléments essentiels ressortent de l'analyse des ajustements opérés par les traités régionaux. Il s'agit en substance du repositionnement des juridictions nationales (A), auquel s'ajoute le positionnement des juridictions régionales (B).

##### A. LE REPOSITIONNEMENT DES JURIDICTIONS NATIONALES

230. La question du recours aux juridictions nationales, à travers notamment la notion d'épuisement des recours internes<sup>502</sup>, a suscité de nombreuses controverses au cours des

---

<sup>500</sup> CNUCED, *Différends entre investisseurs et État : Prévention et modes de règlement autres que l'arbitrage, Études sur les politiques d'investissement international au service du développement*, New York et Genève, 2010, p. ix

<sup>501</sup> SABANOGULLARI (L), « Le bien-fondé et les limites des clauses d'exception générale dans la pratique actuelle des traités d'investissement », *Investment treaty news – IISD* [en ligne], mai 2015, n° 2, vol. 6., p. 3, [consulté le 07 avril 2018].

<sup>502</sup> Selon BERNASCONI-OSTERWALDER, « l'épuisement des voies de recours internes est apparu pour la première fois dans le contexte de la responsabilité internationale et de la protection diplomatique. Il s'agit de l'une des prescriptions juridiques qui permet à un État d'offrir une protection diplomatique au titre du droit international coutumier ». In BERNASCONI-OSTERWALDER (N), « Repenser le règlement des différends

---

dernières années. De manière générale, le principe de base est qu'avant qu'une réclamation ne puisse être prise en vertu du processus de résolution des litiges énoncés dans le traité, l'investisseur doit avoir cherché à résoudre le litige dans les tribunaux locaux ou tout autre processus de règlement des différends disponibles dans l'État hôte. Ce prérequis consacré par le droit international coutumier était toutefois absent de la plupart des traités d'investissement qui offraient plutôt aux investisseurs la possibilité d'intenter un recours contre l'État d'accueil en arbitrage international, sans avoir à épuiser toutes les voies de recours locales<sup>503</sup>. Ce faisant, les AII érigeaient les investisseurs étrangers une « classe de privilégiés » pouvant échapper aux autorités judiciaires nationales<sup>504</sup>.

**231.** Il faut toutefois reconnaître qu'il n'en a pas été toujours ainsi. En effet, au début du développement du droit de l'investissement international, il était courant de subordonner l'accès aux instances judiciaires supranationales à l'épuisement des voies de recours locales<sup>505</sup>. Ce n'est qu'au cours des dernières décennies que l'on a assisté à un changement de paradigme avec l'omission, de plus en plus fréquente, d'une telle exigence. Nombre d'entre eux ont plutôt choisi de faire du recours aux juridictions nationales une option alternative de règlement, permettant ainsi aux investisseurs étrangers de choisir entre les mécanismes nationaux et ceux qui sont disponibles à l'échelle régionale ou internationale. C'est dans cette logique que s'inscrivent notamment les paragraphes 2 et 3 de l'article 26 du Protocole sur l'énergie de la CEDEAO. L'approche, sans doute plus confortable pour les investisseurs, s'avère néanmoins préjudiciable pour l'État hôte, en ce qu'elle le prive de la possibilité de procéder à l'examen administratif d'une mesure jugée peu satisfaisante par les investisseurs.

**232.** Il ne faudrait pas non plus oublier les lourdes charges qu'implique une procédure d'arbitrage, ainsi que leurs conséquences sur la capacité des États à financer ou poursuivre

---

en matière d'investissement », *Investment treaty news – IISD* [en ligne], mai 2015, n° 2, vol. 6., p. 7, [consulté le 08 avril 2018].

<sup>503</sup> À cet effet, la CNUCED fera aussi remarquer que « cet avantage conféré aux investisseurs étrangers est extraordinaire sur le plan juridique car il déroge au principe du droit international coutumier selon lequel toute action ou mesure d'un État doit être contestée devant ses juridictions nationales ». V., CNUCED, *Réunion d'experts sur la transformation du régime des accords internationaux d'investissement : les perspectives*, Commission de l'investissement, des entreprises et du développement, note du secrétariat, Genève, 25-27 février, 2015, p. 8. Pour une étude générale de la question, voir notamment SANTULLI (C), *Droit du contentieux international*, L.G.D.J, 2015, 638 p.

<sup>504</sup> CNUCED, *Réunion d'experts sur la transformation du régime des accords internationaux d'investissement : les perspectives*, Commission de l'investissement, des entreprises et du développement, note du secrétariat, Genève, 25-27 février, 2015, p. 8

<sup>505</sup> *Ibid.*

---

leurs politiques sociales et environnementales<sup>506</sup>. Or, pour éviter qu'un différend ne dégénère, les traités d'investissement prévoient bien souvent que l'État hôte crée des mécanismes qui permettent aux investisseurs de former un recours contre les mesures qu'ils considèrent comme préjudiciables ou contraires aux règles conventionnelles. On en veut pour preuve les dispositions de l'article 27 du PFI de la SADC consacrées à l'accès aux cours et tribunaux. Celui-ci stipule en effet que « les États parties s'assurent que les investisseurs disposent, en vertu des lois de l'État d'accueil, du droit de saisir les cours, tribunaux judiciaires et administratifs et toutes autres instances compétentes, s'ils s'estiment lésés dans toute affaire touchant à un investissement quelconque et notamment, du droit de solliciter un contrôle juridictionnel des mesures d'expropriation ou de nationalisation, ou pour déterminer les indemnités en cas d'expropriation ou de nationalisation »<sup>507</sup>.

233. L'avantage de tels recours réside dans le fait qu'ils peuvent permettre de régler plus aisément une situation problématique que les autorités nationales, centrales ou locales, ont d'abord refusé de connaître. Le recours administratif, par exemple, peut amener l'État hôte à reconnaître le caractère controversé d'une mesure et décider de la modifier, de l'annuler ou de remédier aux effets négatifs. RIVIER relève quant à lui l'intérêt des instances judiciaire nationales en ces termes : « vouées à la permanence, les juridictions judiciaires garantissent la cohérence et la constance des solutions par une « politique judiciaire », indépendante du traitement de chaque litige. »<sup>508</sup>. Dans cette visée, le TBI modèle de la

---

<sup>506</sup> La question des incidences financière est cruciale dans la mesure où les coûts découlant d'un éventuel arbitrage hypothèquent lourdement la liberté normative des États qui doivent souvent s'acquitter de lourdes amendes. Point n'est besoin ici de rappeler que la capacité financière de l'État n'a jamais été considérée, en droit international, comme un facteur pertinent pour moduler l'obligation d'indemnisation qui pèse sur celui-ci, en cas d'expropriation par exemple. Faisant à cet égard une synthèse des affaires les plus pénalisantes financièrement pour les pays d'Afrique, la Commission économique des Nations Unies pour l'Afrique fait remarquer que certaines affaires s'étendent sur plusieurs années, pendant lesquelles les intérêts s'accumulent. C'est le cas notamment de l'affaire *Wena Hotels contre l'Égypte*, invoqué en vertu du TBI Égypte et le Royaume-Uni, signé 1975, où la sentence a imposé le versement d'une compensation d'un total de 8 millions de dollars à Wena Hotels, avec des intérêts d'un montant total de 11,4 millions de dollars. Voir., CEA, *Politiques d'investissement et accords bilatéraux d'investissement en Afrique : Implications pour l'intégration régionale*, Addis-Abeba (Éthiopie), mars 2016, p. 28.

<sup>507</sup> Les dispositions de l'article 27 ont été reprises, en des termes presque identiques, à l'article 25 de l'annexe 1 révisé du PFI de la SADC : « les États parties s'assurent que les investisseurs disposent, en vertu des lois de l'État d'accueil, du droit de saisir les cours, tribunaux judiciaires et administratifs et toutes autres instances compétentes, s'ils s'estiment lésés dans toute affaire touchant à un investissement quelconque et notamment, sans pour autant s'y limiter, du droit de solliciter un contrôle juridictionnel des mesures d'expropriation ou de nationalisation, ou pour déterminer les indemnités en cas d'expropriation ou de nationalisation ».

<sup>508</sup> RIVIER (R), *Droit international public*, Paris, PUF, 2017, p. 771

---

SADC impose aux investisseurs d'épuiser toutes les voies de recours internes disponibles, avant qu'un État puisse soumettre une plainte à l'arbitrage pour son compte<sup>509</sup>.

234. Ce type d'approche permet de renforcer la confiance dans les recours locaux et peut, à terme, épargner une longue procédure d'arbitrage ainsi que le versement de lourdes indemnités à l'investisseur. Il tend en outre à se généraliser, puisque « les États réintroduisent de plus en plus l'obligation pour les investisseurs d'épuiser les voies de recours internes avant de lancer un arbitrage contre un État »<sup>510</sup>. Il appartiendra ainsi au demandeur d'établir qu'aucune voie de recours local raisonnable n'est disponible pour contester la mesure en cause ou de démontrer l'inefficacité ou le parti pris manifeste des tribunaux nationaux. L'Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO suit également cette logique, puisqu'il consacre le principe du recours aux instances internes en son article 33 § 6.

---

<sup>509</sup> TBI modèle de la SADC, art. 28 § 4 (b). La formulation du TBI type se présente comme suit : « *A State Party may not submit a claim to arbitration seeking damages for an alleged breach of this Agreement on behalf of an Investor or Investment (a) unless the Investor or Investment, as appropriate, has first submitted a claim before the domestic courts of the Host State for the purpose of pursuing local remedies, after the exhaustion of any administrative remedies, relating to the measure underlying the claim under this Agreement, and a resolution has not been reached within a reasonable period of time from its submission to a local court of the Host State, or (b) unless the claimant State Party demonstrates to the tribunal established under this Article that there are no reasonably available domestic legal remedies capable of providing effective relief for the dispute concerning the underlying measure, or that the legal remedies provide no reasonable possibility of such relief in a reasonable period of time* ».

<sup>510</sup> BERNASCONI-OSTERWALDER (N), « Repenser le règlement des différends en matière d'investissement », *Investment treaty news – IISD* [en ligne], mai 2015, n° 2, vol. 6., p. 7, [consulté le 08 avril 2018].

---

## B. LE POSITIONNEMENT DES MÉCANISMES RÉGIONAUX

235. Le recours aux mécanismes régionaux africains dans le cadre du règlement des différends relatifs aux investissements n'est pas, en soi, un phénomène nouveau. Le fait marquant ici tient surtout à l'exclusivité des recours dont semblent jouir désormais ces instances en vertu des récents instruments adoptés. Il est, à cet effet, assez remarquable de voir comment les traités sur l'investissement de la CEDEAO et de la SADC ignorent l'arbitrage international qui a pourtant été longtemps considéré, dans la pratique conventionnelle africaine, comme le moyen privilégié d'aborder et de régler les différends entre investisseurs et État<sup>511</sup>. Cet état de fait mérite que l'on s'y attarde un tant soit peu afin d'en cerner les causes. À l'origine, l'arbitrage international se voulait un cadre neutre, qui offrirait aux investisseurs une procédure équitable devant un tribunal indépendant et compétent, qui permettrait de résoudre de façon rapide, économique et souple les litiges en matière d'investissement<sup>512</sup>.
236. Toutefois, la pratique, et certaines expériences d'États africains en particulier<sup>513</sup>, ont pu faire démentir bon nombre des avantages théoriques que l'on lui attribuait. Selon certains spécialistes, « l'arbitrage international comporte plusieurs inconvénients susceptibles de réduire les avantages que les AII peuvent représenter pour les pays en développement »<sup>514</sup>. Dans ce sens, il est tout d'abord important de relever la tendance des arbitres à subordonner les considérations de développement durable à la protection des intérêts des investisseurs lorsqu'ils interprètent les obligations d'un État en vertu de l'AII. Il ne sera toutefois pas nécessaire de revenir ici sur les décisions rendues en matière environnementale. On fera

---

<sup>511</sup> Voir notamment, OKILASSALI (M), « La participation des États africains à l'arbitrage du CIRDI », *Revue camerounaise de l'Arbitrage*, avril-mai-juin 2001, n°13, 22 p.

<sup>512</sup> CNUCED, *Réunion d'experts sur la transformation du régime des accords internationaux d'investissement : les perspectives*, note du secrétariat, Genève, 25-27 février, 2015, p. 4. Les organisations internationales d'arbitrage les plus sollicitées par les États africains sont celles de la Commission des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI) et surtout le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), organe de la Banque mondiale.

<sup>513</sup> L'exclusion de l'arbitrage international dans les nouveaux instruments sur l'investissement est, en réalité, moins liée à l'attitude des investisseurs régionaux africains, qu'aux expériences mitigées que les États africains ont pu connaître dans le cadre d'affaires qui les opposaient à des investisseurs ressortissants de pays occidentaux. Selon la Commission économique des Nations unies pour l'Afrique, les pays africains ont été impliqués dans au moins 111 affaires liées à des différends en matière d'investissement, entre 1972 et 2014. Voir., CEA, doc. E/ECA/CRCI/9/5, *Situation relative aux accords d'investissement en Afrique*, Rapport de la 9<sup>ème</sup> session du Comité de la coopération et de l'intégration régionale, Addis Abeba, 7-9 décembre, 2015, p. 6 ; CEA, *Politiques d'investissement et accords bilatéraux d'investissement en Afrique : Implications pour l'intégration régionale*, Addis-Abeba (Ethiopie), 2016, p. VII et p. IX-X.

<sup>514</sup> CNUCED, *Différends entre investisseurs et État : Prévention et modes de règlement autres que l'arbitrage*, New York et Genève, 2010, p. 1



---

plutôt remarquer qu'assez peu d'affaires ont, par exemple, exploré la relation entre les AII et les droits de l'Homme<sup>515</sup>, de sorte que les décisions arbitrales ne semblent pas très utiles dans l'affirmation des obligations des investisseurs étrangers à cet égard<sup>516</sup>. Hormis ces aspects spécifiques, les griefs à l'égard du système d'arbitrage international tiennent à certaines de ses caractéristiques intrinsèques qui sont, elles aussi, de nature à dissuader l'action publique en faveur du développement durable<sup>517</sup>.

237. En effet, « [...] les litiges entre investisseurs et États coûtent beaucoup aux pays africains en indemnisations et en frais de justice. Outre les coûts financiers, le manque de cohérence, de transparence et de légitimité des sentences arbitrales a suscité un certain degré d'incertitude et d'inquiétude parmi les gouvernements africains »<sup>518</sup>. Sur la question particulière de la légitimité, plusieurs spécialistes se sont interrogés sur la pertinence du fait de confier à un panel au « profil privatiste ou commercialiste »<sup>519</sup> la responsabilité d'apprécier le bien-fondé de lois nationales, surtout lorsque celles-ci concernent des questions de politique publique. La question s'est posée avec encore plus d'acuité lorsqu'il a été donné de constater que « le nombre de plaintes déposées devant la justice par des investisseurs contre des pays africains s'accroît [...] ce qui va à l'encontre de l'objectif des TBI et des traités multilatéraux sur lesquels repose le système de règlement actuel. »<sup>520</sup>. La somme combinée de ces facteurs a donc fait naître des craintes de voir s'amplifier des plaintes futiles susceptibles d'entraver l'action réglementaire des États.

---

<sup>515</sup> Dans quelques rares cas, les tribunaux ont toutefois reconnu que les droits de l'Homme pouvaient être utilisés comme un outil d'interprétation. Voir notamment l'Affaire *Biwater v. Tanzania*.

<sup>516</sup> VANDUZER (J. A.), SIMONS (P) et MAYEDA (G), *Integrating Sustainable Development into International Investment Agreements : A Guide for Developing Countries*, London, Commonwealth Secretariat, 2012, p. 256

<sup>517</sup> Selon la CNUCED, « l'arbitrage n'est guère favorable au développement, même si le pays d'accueil en développement finit par obtenir gain de cause ». In CNUCED, *Définition de règles internationales en matière d'investissement : état des lieux, défis à relever et perspectives*, New York et Genève, 2008, p. 68-69

<sup>518</sup> CEA, doc. E/ECA/CRCI/9/5, *Situation relative aux accords d'investissement en Afrique*, Rapport de la 9<sup>ème</sup> session du Comité de la coopération et de l'intégration régionale, Addis Abeba, 7-9 décembre, 2015, p.14.

<sup>519</sup> L'expression est empruntée à BURDEAU dans son intervention lors de la table ronde portant sur « Le système actuel est-il déséquilibré en faveur de l'investisseur privé étranger et au détriment de l'État d'accueil », in LEBEN (C) (dir), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement. Nouveaux développements*, LGDJ, coll. Anthémis, 2006, p. 188. Si l'arbitrage international reflétait une garantie de neutralité et d'indépendance, il se pose de plus en plus la question des conflits d'intérêts et du manque, réel ou ressenti, d'indépendance des arbitres. Il est en effet préoccupant de constater que les arbitres trouvent un intérêt à changer de « casquette » selon les affaires ; de sorte qu'un conseiller juridique d'une grande entreprise peut faire office à la fois d'avocat et d'arbitre.

<sup>520</sup> CEA, *Politiques d'investissement et accords bilatéraux d'investissement en Afrique : Implications pour l'intégration régionale*, Addis-Abeba (Ethiopie), 2016, p. 26

238. En réponse, il a été procédé à une substitution pure et simple de l'arbitrage international au profit de mécanismes régionaux. Conformément à l'article 33 § 6 de l'Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO, les parties à un différend pourront déposer une plainte auprès d'une juridiction nationale ou, en cas de désaccord, auprès de la Cour de Justice de la Communauté (CJC)<sup>521</sup>. Si les premières attributions de la CJC concernaient l'interprétation du traité constitutif, des textes dérivés, la Cour remplit désormais les fonctions d'instance arbitrale, en attendant la mise en place d'un tribunal arbitral régional<sup>522</sup>. En optant pour un recours arbitral exclusivement communautaire, les rédacteurs de l'Acte additionnel sur l'investissement chercheraient ainsi à remédier à la crise de légitimité que connaît le système de règlement des litiges au plan international. Il s'agirait surtout de garantir la cohérence de la jurisprudence en la matière et, ainsi, de rendre l'application de texte régional plus prévisible<sup>523</sup>.
239. Dans une approche plus extrême, le TBI modèle de la SADC exclut totalement la possibilité pour les investisseurs d'engager une procédure d'arbitrage. Il suggère, en effet, l'abandon du système de règlement investisseurs-États pour revenir au règlement interétatique des différends comme seul mécanisme de résolution des litiges. Deux cas sont prévus à cet effet. Le premier concerne celui d'un État réclamant des dommages-intérêts pour le compte d'un investisseur au motif d'une présumée violation du traité<sup>524</sup>. Le second

---

<sup>521</sup> Prévus à l'article 15 du traité de la CEDEAO, la CJC a été établie par le Protocole A/P1/7/91 de 1991 relatif à la Cour de Justice de la Communauté et mise en vigueur en 1996. Elle est devenue opérationnelle en 2002 et a entendu sa première affaire en 2004. Pour des développements complets, V. SALL (A), *La justice de l'intégration : réflexions sur les institutions judiciaires de la CEDEAO et de l'UEMOA*, CREDILA, Dakar, 2011, 398 p.

<sup>522</sup> L'article 3 § 5 du Protocole additionnel A/SP.1/01/05 du 19 janvier 2005 portant amendement du Protocole A/P /17 /91 relatif à la Cour de justice de la Communauté dispose en effet qu'« en attendant la mise en place du Tribunal Arbitral, prévu à l'article 16 du Traité révisé, la Cour remplit également des fonctions d'arbitre ».

<sup>523</sup> En ce qui concerne la cohérence des décisions arbitrales, il semble évident que les fluctuations de la jurisprudence constituent un frein à la mise en œuvre des politiques nationales de développement durable. En effet, il ressort des conclusions souvent contradictoires des tribunaux d'arbitrage de réelles incertitudes quant au sens des obligations découlant des AII et une difficulté à prévoir de quelle manière elles seront interprétées dans des affaires ultérieures. À l'opposé, « le schéma institutionnel des organisations communautaires confie le règlement des différends à des organes judiciaires qui sont chargés de veiller à une interprétation et à une application uniforme de la législation communautaire dans tous les États membres, c'est-à-dire de garantir que le droit sera identique pour toutes les parties et en toutes circonstances ». In TALL (S. N.), *Droit des organisations internationales africaines, théorie générale – droit communautaire comparé, droit de l'Homme, paix et sécurité*, Paris, l'Harmattan, 2015, 547 p. 178

<sup>524</sup> Les rédacteurs du TBI modèle rappellent d'ailleurs que les États ont, conformément au droit international coutumier, le droit de faire des réclamations pour des dommages subis par leurs citoyens ou les entreprises en raison de violations du droit international par l'État. V., commentaire de l'art. 28 § 3 du TBI modèle *in SADC Model Bilateral Investment Treaty Template with Commentary*, Gaborone (Botswana), juillet 2012, p. 52

---

cas porte quant à lui sur un litige purement interétatique relatif à l'interprétation ou l'application du traité. Le TBI modèle prévoit également que les différends évoqués se déroulent au sein d'un centre d'arbitrage régional ou en vertu d'un processus ad hoc<sup>525</sup>. Il convient de préciser que l'approche introduite par le TBI modèle de la SADC n'est, en réalité, qu'un retour à la pratique conventionnelle originelle en matière d'investissement<sup>526</sup>. Toutefois, les détracteurs de cette approche redoutent le risque de « repolitisation » du système de règlement des différends<sup>527</sup>, à l'image de l'affaire *Campbell contre le Zimbabwe* dans laquelle le tribunal de la SADC a été suspendu après avoir rendu une décision contre le gouvernement du Zimbabwe<sup>528</sup>. Sans pour autant tomber dans la généralisation, l'affaire *Campbell* révèle certainement que des efforts doivent être encore entrepris sur le continent pour pallier les faiblesses institutionnelles en matière de résolution des différends.

---

<sup>525</sup> L'article 28 § 5 du TBI modèle de la SADC stipule ainsi : « *Subject to paragraphs 28.3 and 28.4, a State Party may request an arbitration [at a designated **regional arbitration center** in accordance with its Rules or] under an **ad hoc process** [...] ». [Caractères gras ajoutés].*

<sup>526</sup> En effet, « à l'origine, les premiers TBI prévoyaient certes le recours à l'arbitrage, mais uniquement dans les rapports entre États. Ce n'est qu'à partir du début des années 1970 que certains TBI ont commencé à prévoir un règlement arbitral des différends nés entre l'État d'accueil et l'investisseur ressortissant de l'autre État partie. ». In AUDIT (M), BOLLEE (S), CALLE (P), *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, LGDJ-Lextenso, 2014, p. 245

<sup>527</sup> AGYEMANG affirmait à cet égard que les juridictions nationales africaines étaient déjà peu, ou pas, sollicitées dans le cadre de la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales « parce qu'elles sont enclines aux pressions (politiques) de leurs gouvernements respectifs leur enjoignant de refuser la reconnaissance et l'exécution des sentences les commandant à payer des dommages et intérêts aux investisseurs privés. ». AGYEMANG (A.A.), cité in OKILASSALI (M), « La participation des États africains à l'arbitrage du CIRDI », *Revue camerounaise de l'Arbitrage*, avril-mai-juin 2001, n°13, p. 19

<sup>528</sup> Voir., *Mike Campbell (Pvt) Ltd. v. Zimbabwe*, 28 novembre 2008, n° 2/2007 [2008] SADC (T) 2, SADC (T) n° 8/2008

---

## § 2. UN AJUSTEMENT PROCÉDURAL

240. Sur le plan procédural, l'ajustement opéré par les traités régionaux sur l'investissement concerne l'organisation d'une procédure plus transparente de règlement des différends (A) et la possibilité offerte aux États d'adopter des déclarations interprétatives (B).

### A. L'ORGANISATION D'UNE PROCÉDURE PLUS TRANSPARENTE

241. Le principe de transparence est important dans le contexte de l'affermissement des marges de manœuvre des États, en ce qu'il limite ou atténue les éventuels effets dissuasifs inhérents au caractère opaque des systèmes traditionnels de règlement des différends. En effet, le fonctionnement en *vase clos* de l'arbitrage international et ses effets sur les marges d'action politique a été pendant longtemps l'une des principales préoccupations des États. *A contrario*, le fait de porter à l'attention d'un public plus large les litiges nés de la lésion présumée des intérêts des investisseurs suite à des actions étatiques semble plus approprié, voir légitime ; puisque les tribunaux se prononcent sur des décisions généralement motivées par l'intérêt général. Bien que la transparence se soit améliorée au cours de la dernière décennie, les procédures de résolution des différends entre investisseurs et États peuvent encore rester totalement confidentielles si les deux parties concernées le souhaitent et même lorsque leur différend porte sur des questions d'intérêt public<sup>529</sup>.

242. Dans une démarche qui se veut plus ouverte, les instruments régionaux prévoient désormais que tous les différends soient ouverts à un examen du public. Conformément à l'article 34 § 2 de l'Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO, « les audiences orales, qu'elles soient procédurales ou au fond, sont ouvertes au public ». L'instrument ouest-africain reste tout de même attaché à un certain classicisme en ce qui concerne l'accès aux documents. En effet, il prévoit que « tous les documents relatifs à un avis d'intention de recourir à l'arbitrage, au règlement de tout différend, à l'engagement d'une instance devant le tribunal arbitral ou en appel ou aux actes de procédure, témoignages et décisions qu'ils comportent, sont **mis uniquement à la disposition des parties intéressées** »<sup>530</sup>.

243. Le traité type de la SADC adopte pour sa part une approche plus progressiste ; et ce, à plusieurs égards. Tout d'abord, il exige des tribunaux que les audiences soient ouvertes au

---

<sup>529</sup> CNUCED, *Réunion d'experts sur la transformation du régime des accords internationaux d'investissement : les perspectives*, Commission de l'investissement, des entreprises et du développement, Genève, 25-27 février, 2015, p. 4

<sup>530</sup> Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO, art. 34 § 1 [caractères gras ajoutés].

---

public et renvoie aux parties les conditions et modes de divulgation : « *The tribunal shall conduct hearings open to the public and shall determine, in consultation with the disputing parties, the appropriate logistical arrangements* »<sup>531</sup>. Le TBI modèle stipule ensuite que l'État partie à l'arbitrage devra, dans les meilleurs délais, mettre à la disposition du public les documents relatifs à l'affaire en question : « [...] *the State Party that is party to the arbitration shall, after receiving the following documents, promptly make them available to the public and the non-disputing State Party : (i) the Notice of Intent ; (ii) the Notice of Arbitration ; (iii) pleadings, memorials, and briefs submitted to the tribunal by a disputing party and any written submissions submitted in the form of amicus submissions ; (iv) minutes or transcripts of hearings of the tribunal, where available; and ; (v) orders, awards, and decisions of the tribunal* »<sup>532</sup>.

244. Le principe de transparence est ainsi clairement admis, même s'il est prévu des réserves légitimes permettant aux parties et au tribunal de s'assurer que les renseignements commerciaux confidentiels sont protégés<sup>533</sup>. La question de la protection des informations devra aussi respecter une procédure détaillée énoncée à l'article 29 § 17 (d) du traité. Afin de donner une plus grande transparence aux procédures de règlement des litiges, le TBI modèle de la SADC prévoit en outre la participation d'intervenants désintéressés, notamment en tant qu'*amicus curiae*<sup>534</sup> : « *The tribunal shall have the authority to accept and consider amicus curiae submissions from a person or entity that is not a disputing party [...]* »<sup>535</sup>. Si l'acceptation formelle des communications d'*amicus curiae* ne signifie pas nécessairement qu'une importance substantielle leur sera accordée, il n'en demeure pas moins qu'elle est maintenant comprise comme une pratique courante dans l'arbitrage d'investissement et qu'elle peut, par ailleurs, être d'un réel apport dans la prise en compte

---

<sup>531</sup> TBI modèle de la SADC, art. 29 § 17 (b).

<sup>532</sup> TBI modèle de la SADC, art. 29 § 17 (a).

<sup>533</sup> L'article 29 § 17 (c) du TBI modèle de la SADC prévoit à cet effet que : « *Any disputing party that intends to use information designated as protected information in a hearing shall so advise the tribunal. The tribunal shall make appropriate arrangements to protect the information from disclosure* ».

<sup>534</sup> L'expression *amicus curiae* provient du latin et signifie littéralement « ami de la cour ». Selon Antonio CRIVELLARO, « l'*amicus* est une non-partie, qui aspire à participer à la procédure pour éclairer le tribunal sur des éléments de fait ou de droit susceptibles d'influencer sa décision. Il peut être titulaire d'intérêts autonomes ou bien représenter l'intérêt collectif d'une communauté, intérêt qui est mis en cause dans la résolution du différend. Il s'agit d'ONG, d'associations de catégories provenant de la société civile, de syndicats, de groupes d'utilisateurs d'un service public et d'entité similaires ». In CRIVELLARO (A), « Transparence de la procédure et l'accès des tiers : *amicus curiae* », in LEBEN (C) (dir.), *Le CIRDI, 45 ans après : Bilan d'un système*, Paris, Pédone, 2010, p. 225

<sup>535</sup> TBI modèle de la SADC, art. 29 § 15

---

des impératifs de développement durable. On se souvient notamment de l'affaire *Biwater v. Tanzanie* dans laquelle un certain nombre d'*amici curiae* a fait valoir que le droit humain à l'eau justifiait l'action du gouvernement tanzanien<sup>536</sup>.

245. Enfin, le TBI modèle de la SADC autorise le tribunal à nommer un ou plusieurs experts chargés de présenter un rapport écrit sur toutes les questions de fait, notamment en matière d'environnement, de santé, de sécurité ou d'autres questions scientifiques soulevées par une partie au différend ; sous réserve des modalités et conditions que lesdites parties pourront convenir : « *Without prejudice to the appointment of other kinds of experts where authorized by the applicable arbitration rules, a tribunal, at the request of a disputing party or, on its own initiative subject to the consent of the disputing parties, which consent shall not be unreasonably withheld, may appoint one or more experts to report to it in writing on any factual issue concerning environmental, health, safety or other scientific matters raised by a disputing party in a proceeding, subject to such terms and conditions as the disputing parties may agree* »<sup>537</sup>.
246. Au-delà des questions liées à la transparence *stricto sensu*, le recours aux services d'experts dans le cadre de l'arbitrage revêt une importance pour le développement durable, surtout lorsqu'il s'agit d'affaires portant sur des domaines complexes tels que la santé humaine et l'environnement<sup>538</sup>. Il permet de surcroît au tribunal de prendre en considération un éventail plus large de facteurs et ne pas avoir à s'appuyer uniquement sur des éléments de preuve des parties au différend<sup>539</sup>.

---

<sup>536</sup> En l'espèce, le tribunal CIRDI avait accordé à un groupe constitué d'individus et d'ONG internationales l'autorisation de déposer un mémoire d'*amicus curiae* à l'appui du gouvernement tanzanien. Ce mémoire soutenait que les actes et omissions commises par BGT ont causé l'échec de son investissement et que les investisseurs opérant dans le secteur de l'eau ont un plus haut niveau de responsabilité, au regard de l'impact direct sur la réalisation d'un droit humain fondamental, en l'occurrence, le droit à une eau propre et salubre. Le dossier fait également valoir qu'en tenant compte des DH et exigences du développement durable, la résiliation du contrat par un gouvernement, faite en toute bonne foi, et visant à prévenir l'aggravation ou l'abus des droits de l'homme, ne doit pas être considérée comme une violation contractuelle ; surtout lorsque le contrat en question a eu pour but de promouvoir et d'améliorer la réalisation de ces droits. Tenant compte de cet avis, le tribunal a interprété l'obligation de traitement juste et équitable prévu dans le TBI Tanzanie-Royaume Unie à la lumière de l'obligation de la Tanzanie de protéger le droit à l'eau de ses citoyens. Voir., *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case n°.ARB/05/22, § 379-380, 387 et 601.

<sup>537</sup> TBI modèle de la SADC, art. 29 § 16

<sup>538</sup> MANN (H), VON MOLTKE (K), PETERSON (L.E.), COSBEY (A), *Accord international sur l'investissement pour le développement durable : Guide du négociateur*, Winnipeg, IIDD, 2006, p. 75.

<sup>539</sup> Voir le commentaire de l'article 29 § 16 du TBI modèle de la SADC in SADC, *SADC Model Bilateral Investment Treaty Template with Commentary*, Gaborone (Botswana), juillet 2012, p. 64

---

## B. L'INTÉGRATION DES DÉCLARATIONS INTERPRÉTATIVES

247. Dans la perspective du droit à réglementer en faveur du développement durable, la reconnaissance de la capacité des États à adopter des déclarations interprétatives est sans doute l'un des éléments les plus importants prévus par le TBI modèle de la SADC. Selon la Commission du droit international, « l'expression "déclaration interprétative" s'entend d'une déclaration unilatérale, quel que soit son libellé ou sa désignation, faite par un État ou par une organisation internationale, par laquelle cet État ou cette organisation vise à préciser ou à clarifier le sens ou la portée d'un traité ou de certaines de ses dispositions »<sup>540</sup>. Partant, il est donc clairement admis qu'« un État peut faire une déclaration sur la façon dont il comprend un passage ou interprète une disposition particulière d'un traité »<sup>541</sup>.
248. Dans un sens similaire, le TBI type introduit une clause qui permet aux États parties de s'entendre conjointement<sup>542</sup> sur la façon d'interpréter l'Accord : « *A joint decision of the State Parties, each acting through its representative designated for purposes of this Article, declaring their joint interpretation of a provision of this Agreement, shall be binding on any tribunal, and any decision or award issued by a tribunal must apply and be consistent with that joint decision* »<sup>543</sup>. La disposition n'est pas anodine, surtout lorsqu'on sait que ces déclarations « [...] n'ont pendant longtemps été abordées, en droit, que sous une approche essentiellement négative puisque la seule règle apparemment utile retenue à leur égard était qu'elles ne sauraient être assimilées aux réserves »<sup>544</sup>.

---

<sup>540</sup> ONU, *Guide de la pratique sur les réserves aux traités*, New York, 2011, p. 3. Le guide précise que la définition proposée est issue du rapport de la Commission du droit international adopté à sa soixante-troisième session en 2011 et soumis à l'Assemblée générale (A/66/10). Le rapport a été reproduit dans l'Annuaire de la Commission du droit international, 2011, vol. II(2) (spéc. p. 190-193).

<sup>541</sup> ONU, *Manuel des Traités*, New York, 2013, p. 16

<sup>542</sup> La Commission du droit international précisera sur ce point précis que « la formulation conjointe d'une déclaration interprétative par plusieurs États ou organisations internationales n'affecte pas le caractère unilatéral de cette déclaration interprétative ». ONU, *Guide de la pratique sur les réserves aux traités*, New York, 2011, p. 3 ; Voir Rapport de la CDI sur les travaux de la 53<sup>ème</sup> session (A/56/10), in *A.C.D.I.*, 2011, vol. II (2), p. 191

<sup>543</sup> TBI modèle de la SADC, art. 30

<sup>544</sup> THOUVENIN (J-M), « Le 'mode d'emploi' des déclarations interprétatives », in FORTEAU (M), UBEDA-SAILLARD (M) (dir.), *Actualité des réserves aux traités*, SFDI, Pedone, 2014, p. 65. À cet égard, certains spécialistes font toutefois valoir que les « [...] déclarations interprétatives, au contraire des réserves, n'ont pas pour objectif d'exclure ou de modifier les effets juridiques d'un traité. Une déclaration interprétative a pour objectif d'éclaircir la signification de certaines dispositions ou du traité dans son ensemble ». Pour ces derniers, « une déclaration interprétative est une déclaration par laquelle un État indique la manière dont il comprend une question donnée ou interprète une disposition donnée. Contrairement aux réserves, les déclarations se bornent à préciser la position des États et n'ont pas pour objet d'écartier ou de modifier l'effet juridique du traité ». Voir ONU, *Manuel des Traités*, New York, 2013, p. 16 et 65

249. L'approche adoptée dans le texte de la SADC se justifierait par la nécessité de tenir compte de la manière dont les États interprètent l'engagement qu'ils prennent. Pour bon nombre d'observateurs, les États, en tant que parties contractantes, doivent pouvoir légitimement interpréter ou réexaminer l'interprétation des dispositions relatives à la protection des investissements ; et ce, même après l'entrée en vigueur de l'accord<sup>545</sup>. Les parties pourraient ainsi émettre, à tout moment, des déclarations interprétatives, notamment pour apporter des clarifications supplémentaires aux règles conventionnelles les plus controversées auxquelles les tribunaux ont parfois donné des sens contradictoires.
250. En outre, l'article du TBI modèle stipule que les interprétations conjointes des Parties engageront tout tribunal ; ce qui signifie que les décisions ou sentences émises par les juges devront être compatibles avec les déclarations interprétatives conjointes des États<sup>546</sup>. L'article renforce de la sorte le rôle des parties à se mettre d'accord sur une interprétation contraignante, afin d'éviter que les interprétations données par les tribunaux n'outrepassent leurs intentions initiales. Il s'agit ainsi de « [...] garanties supplémentaires, permettant aux parties d'exercer leur influence et de corriger toutes les éventuelles interprétations erronées par les tribunaux, dans la mesure où les États pourront influencer la façon dont les dispositions relatives aux investissements sont interprétées. »<sup>547</sup>. Selon, l'IIDD, « cette approche offre un "filet de sécurité" face à des décisions que l'on pourrait qualifier d'"indésirables" [...] »<sup>548</sup>.
251. En droit conventionnel des investissements, la déclaration d'interprétation semble avoir été utilisée en premier dans le cadre l'accord ALENA pour restreindre l'interprétation large de l'obligation de traitement juste et équitable par les tribunaux d'arbitrage statuant en vertu de ce traité<sup>549</sup>. Les États parties avaient en effet estimé que la décision des arbitres étendait de façon inappropriée et erronée l'interprétation de la norme, bien au-delà de leur

---

<sup>545</sup> UE, « Vers un nouveau moyen de régler les différends entre États et investisseurs », [en ligne], publié en mai 2015, p. 5, [consulté le 18 septembre 2015].

<sup>546</sup> SADC, *SADC Model Bilateral Investment Treaty Template with Commentary*, Gaborone (Botswana), juillet 2012, p. 69

<sup>547</sup> UE, « Protection des investissements et règlement des différends entre investisseurs et États dans les accords de l'UE », Fiche d'information de la Commission européenne [en ligne], publié en novembre 2013, p. 11, [consulté le 18 septembre 2015].

<sup>548</sup> MANN (H), VON MOLTKE (K), PETERSON (L.E.), COSBEY (A), *Accord international sur l'investissement pour le développement durable : Guide du négociateur*, Winnipeg, IIDD, 2006, p. 62

<sup>549</sup> V., Commission du libre-échange de l'ALENA, *Notes d'interprétation de certaines dispositions du chapitre 11*, 31 juillet 2001 [en ligne] [consulté le 30 octobre 2018].



---

intention<sup>550</sup>. Aujourd'hui, plusieurs autres accords internationaux d'investissement possèdent de telles dispositions, notamment les modèles américain et canadien et les traités qui en dérivent. D'après la CNUCED, «les parties à un accord international d'investissement peuvent utiliser et ont utilisé des déclarations interprétatives conjointes relatives à un traité existant, par exemple sous forme de mémorandums d'accord. En outre, plusieurs accords internationaux d'investissement récents contiennent des dispositions expresses sur le pouvoir des États d'établir des interprétations contraignantes conjointes portant sur tout ou partie des dispositions de l'accord en question »<sup>551</sup>.

---

<sup>550</sup> MANN (H), VON MOLTKE (K), PETERSON (L.E.), COSBEY (A), *Ibid.*, p. 62

<sup>551</sup> CNUCED, *Investissement, innovation et entrepreneuriat pour le renforcement des capacités productives et un développement durable*, Note du secrétariat de la CNUCED, Conseil du commerce et du développement Commission de l'investissement, des entreprises et du développement : Réunion d'experts pluriannuelle sur l'investissement, l'innovation et l'entrepreneuriat pour le renforcement des capacités productives et un développement durable, quatrième session Genève, 16-17 mars, 2016, p. 4

---

---

## **CONCLUSION DU TITRE II**

---

---



---

**252.** Dans le souci de mieux adapter la protection conventionnelle des investissements avec les exigences du développement durable, les traités d'investissement de la CEDEAO et de la SADC ont procédé au renforcement des marges de manœuvre des États. Ce renforcement s'observe d'abord au niveau des règles substantielles, par la réaffirmation de certaines prérogatives étatiques, telles que le droit de recourir aux exigences de rendement. Il a aussi été prévues des exceptions d'ordre économique, sécuritaire et socio-environnemental qui garantissent que les mesures légitimes prises par les États pour promouvoir le développement durable ne violent pas lesdits accords. Le renforcement des marges de manœuvre s'observe ensuite dans le cadre des règles relatives aux litiges, à travers, d'une part, l'insertion de la prévention et la consécration du règlement extra-judiciaire des litiges ; et, d'autre part, l'ajustement du règlement juridictionnel des litiges, tant au niveau institutionnel que procédural.



---

---

## **CONCLUSION DE LA PARTIE I**

---

---



---

**253.** Les nouveaux traités d'investissement de la CEDEAO et de la SADC se distinguent de la plupart des AII classiques par leur tendance à adapter les règles conventionnelles traditionnelles à la lumière du développement durable. Conformément à leur unique objectif, à savoir, promouvoir les investissements qui soutiennent le développement durable, ces instruments octroient des droits aux investisseurs tout en veillant à ce que la protection offerte ne restreigne pas la capacité des États à poursuivre leurs objectifs sociaux et environnementaux. Les nouveaux modèles d'accords régionaux sur l'investissement viennent en réponse aux préoccupations croissantes des États africains concernant l'interprétation de leurs obligations ; ils traduisent un certain équilibre entre les intérêts des investisseurs et les impératifs du développement durable. Les traités régionaux ne se limitent toutefois pas à cette étape. Bien plus ambitieux, ceux-ci intègrent des dispositions novatrices dans l'optique du développement durable.





---

---

**PARTIE II.**  
**DES TRAITÉS INNOVANTS DANS L'OPTIQUE**  
**DU DÉVELOPPEMENT DURABLE**

---

---



---

254. Les traités d'investissement de la CEDEAO et de la SADC se démarquent clairement des modèles traditionnels d'accord sur l'investissement en intégrant de nouvelles catégories de dispositions inhérentes aux principes de développement durable. Cette innovation apparaît comme une réponse régionale à la question, de plus en plus récurrente en droit conventionnel des investissements, de savoir comment les AII pourraient davantage contribuer au développement durable des États parties<sup>552</sup>. Comme le soulignait la CNUCED, « la grande majorité des AII ne traitent pas spécialement des questions de développement ou ne le font que de façon marginale ou en passant »<sup>553</sup>. Généralement, « les mécanismes actuels conçus pour prendre en compte les questions de développement sont notamment les réserves, les exceptions, les dérogations temporaires, les arrangements transitoires et les mécanismes de suivi et de consultation institutionnalisés »<sup>554</sup>.

255. Toutefois, ces exceptions et réserves ne sont pas spécialement conçues à des fins de développement. Elles peuvent bien s'appliquer à toutes les dispositions de fond et tout pays, quel que soit son degré de développement, peut y avoir recours<sup>555</sup>. S'il est vrai que certains des accords classiques font référence au développement durable dans leur préambule, une telle mention semble beaucoup plus relever du cosmétique que d'un réel engagement, puisqu'elle n'est pas suivie, dans le corpus conventionnel, de clauses pertinentes liées notamment aux impacts socio-environnementaux des investissements couverts. Il faudrait rajouter à cela le fait que la mention du développement durable se trouve noyée parmi tant

---

<sup>552</sup> Voir notamment, CNUCED, *Investment policy framework for sustainable development*, New York, 2015, 155 p. ; CNUCED, *Réunion d'experts sur la transformation du régime des accords internationaux d'investissement : les perspectives*, Commission de l'investissement, des entreprises et du développement, note du secrétariat, Genève, 25-27 février, 2015, p. 15 ; OCDE, *Investment for Sustainable Development*, OECD and Post-2015 Reflections Series, Element 11, paper 3, OECD, Paris, 2013, 11 p. ; OCDE, *Cadre d'action pour l'investissement*, éditions OCDE, Paris, 2015, 151 p. ; CORDONIER SEGGER (M-C) & NEWCOMBE (A), « An integrated Agenda for Sustainable Development in International Investment Law », in CORDONIER SEGGER (M-C), NEWCOMBE (A) et GEHRING (M), *Sustainable Development in World Investment Law*, Kluwer law international BV, The Netherlands, 2011, pp. 99-142 ; GEHRING (M), NEWCOMBE (A), « An introduction to Sustainable Development in World Investment Law », in CORDONIER SEGGER (M-C), NEWCOMBE (A) et GEHRING (M), *Sustainable Development in World Investment Law*, Kluwer law international BV, The Netherlands, 2011, p. 7

<sup>553</sup> CNUCED, *Définition de règles internationales en matière d'investissement : état des lieux, défis à relever et perspectives*, Coll., Études de la CNUCED sur les politiques d'investissement international au service du développement, New York et Genève, 2008, p. 64

<sup>554</sup> CNUCED, *Ibid*, p. 64

<sup>555</sup> La CNUCED précisera d'ailleurs que « la méthode consistant à adopter des exceptions, des réserves, etc., vise à éviter aux parties contractantes, de façon permanente ou temporaire, d'assumer toutes les responsabilités qui leur incombent en vertu des AII ». Voir., CNUCED, *Ibid*, p. 64-65

---

d'autres objectifs poursuivis, qui paraissent d'ailleurs largement prédominants (protection des investisseurs, croissance économique, etc.).

**256.** En un mot, « la dimension développement ne figure pas au premier rang des préoccupations dans le cadre de l'action entreprise pour fixer des règles internationales en matière d'investissement »<sup>556</sup>. Partant de ce constat, il s'est donc agi de concevoir une ossature textuelle des AII susceptible de promouvoir le développement durable de manière plus explicite et plus directe<sup>557</sup>. En ce qui concerne les traités d'investissement de la CEDEAO et de la SADC, l'innovation en faveur du développement durable s'est traduite par l'introduction de nouvelles obligations tant à l'égard des investisseurs (Titre I) que des États parties (Titre II).

---

<sup>556</sup> CNUCED, *Définition de règles internationales en matière d'investissement : état des lieux, défis à relever et perspectives*, Coll., Études de la CNUCED sur les politiques d'investissement international au service du développement, New York et Genève, 2008, p. 65

<sup>557</sup> VANDUZER (J. A.), SIMONS (P) et MAYEDA (G), *Integrating Sustainable Development into International Investment Agreements : A Guide for Developing Countries*, London, Commonwealth Secretariat, 2012, p. 259

---

---

**TITRE I.**  
**L'INTRODUCTION D'OBLIGATIONS À L'ÉGARD**  
**DES INVESTISSEURS**

---

---



---

257. Si les traités d'investissement de la CEDEAO et de la SADC contiennent, comme tout AII, des règles de protection des investisseurs, ils prévoient également des dispositions qui obligent ces derniers à agir conformément aux principes du développement durable<sup>558</sup>. Il s'agit bien là d'une innovation majeure dans la pratique conventionnelle, qui cherche certainement à pallier les insuffisances du droit des investissements (ou du droit international tout court) dans le cadre de la responsabilisation des investisseurs pour les dommages sociaux et environnementaux qu'ils causent<sup>559</sup>. Il nous appartiendra dès lors d'exposer les obligations, pour le moins audacieuses, prévues par les instruments de la CEDEAO et de la SADC (Chapitre I) ainsi que les mécanismes d'exécution prévus à cet effet par lesdits instruments (Chapitre II).

---

<sup>558</sup> On aura compris qu'il ne s'agira pas pour nous de voir ici les obligations conventionnelles générales relatives à la soumission des investisseurs au droit interne du pays hôte. De telles dispositions sont certes nécessaires, en ce qu'elles permettent de rappeler le principe de base selon lequel les investisseurs devraient constamment respecter les lois et réglementations de l'État récepteur. Néanmoins, elles ne sont pas systématiquement suffisantes ou satisfaisantes sous l'angle du développement durable. En effet, elles établissent une obligation juridique qui ne va pas au-delà de ce qui est prévu dans le droit interne de l'État hôte ; lequel pouvant être bien en deçà des principes de développement durable internationalement reconnus. Ainsi, les investisseurs respecteraient pleinement l'obligation de conformité au droit national sans toutefois se conformer aux principes de développement durable. Au demeurant, la mention de la soumission de l'investisseur au droit national n'est pas en soi une innovation ; elle semble devenue familière à la majorité des traités régionaux africains d'investissement. Voir notamment : Accord d'investissement pour la zone commune d'investissement du COMESA, art. 13 ; PFI de la SADC, Annexe 1, art.10 ; Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO, art. 11§ 1 et 2 ; TBI modèle de la SADC, art 11.

<sup>559</sup> Les tentatives internationales de réglementation des EMN ont été nombreuses mais peu couronnées de succès comme le témoignent les déclarations et décisions des Nations Unies, de l'OCDE sur l'investissement international. Voir sur la question CARREAU (D.), JUILLARD (P.), *Droit international économique*, Paris, Collection Précis, Dalloz, 2013, p. 43-52 ; SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL, *L'entreprise multinationale et le droit international*, Paris, Pedone, 2017, 521 p ; MUCHLINSKI (P. T.), *Multinational enterprises and the Law*, The Oxford International Law Library, 2007, 856 p.





---

---

**CHAPITRE I.**  
**L'EXPOSÉ D'OBLIGATIONS AUDACIEUSES**

---

---



---

**258.** Les traités d'investissement de la CEDEAO et de SADC prévoient des obligations à l'égard des investisseurs que l'on ne retrouvait pas jusque-là dans la pratique conventionnelle des États en matière d'investissement. Il s'agit d'abord d'une obligation préalable à l'établissement qui concerne essentiellement l'évaluation des impacts (Section 1), à laquelle s'ajoutent d'autres exigences qui sont pour leur part postérieures à l'établissement (Section 2).



---

## SECTION I.

### L'OBLIGATION PRÉALABLE D'ÉVALUATION DES IMPACTS

259. L'évaluation ou l'étude des impacts (EI) est définie comme un « processus formel utilisé pour prédire les conséquences environnementales et sociales (à la fois positives et négatives) de tout plan, politique, projet ou programme avant la décision de mise en œuvre de la mesure proposée. »<sup>560</sup>. Ainsi appréhendée, l'étude des impacts serait un outil essentiel, susceptible de promouvoir, voire de garantir, la compatibilité des projets d'investissement aux politiques et lois adoptées par l'État hôte dans la perspective du développement durable. Nous verrons successivement l'objet de l'évaluation des impacts tel que prévu par les traités régionaux (§ 1) et les modalités de sa mise en œuvre (§ 2).

#### § 1. L'OBJET DE L'ÉVALUATION DES IMPACTS

260. L'obligation d'étude des impacts prévue dans les instruments de la CEDEAO et de SADC porte dans un premier temps sur deux aspects classiques que sont les dimensions environnementales et sociales (A). À celles-ci s'ajoute un autre aspect, bien plus récent, qui concerne l'étude d'impact sur les droits l'Homme (B).

##### A. UNE ÉVALUATION DES IMPACTS ENVIRONNEMENTAUX ET SOCIAUX

261. Conformément aux dispositions de l'article 12 § 1 de l'Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO : « Les investisseurs réalisent une étude des impacts socio-culturels et environnementaux de l'investissement potentiel. Les investisseurs ou les investissements se conforment [...] aux processus d'évaluation applicables à leurs investissements proposé avant leur établissement [...] ». Cette exigence s'est développée en raison des insuffisances des processus traditionnels de planification de projets ainsi que des préoccupations croissantes quant à leurs répercussions sur les communautés locales et l'environnement. Initialement, l'exigence d'étude des impacts était presque exclusivement appréhendée sous le seul angle environnemental (EIE) ; elle consistait en une « évaluation

---

<sup>560</sup> LUTHER (M. M) et COLLINSON (H), « Accords d'investissement internationaux : Guide de sensibilisation pour la société civile », sur *SEATINI et TRAUDCRAFT* [en ligne], publié en 2015, p. 24, [consulté le 20 avril 2016].

---

de la probabilité ou l'impact environnemental potentiel d'une activité proposée »<sup>561</sup>. Partant de là, certains on fait valoir que l'EIE renferme un triple objectif, à savoir, la connaissance la plus exacte possible de l'impact environnemental des projets, la réduction éventuelle de celui-ci et la compréhension et l'approbation par le milieu des conséquences du projet<sup>562</sup>.

262. Plus précisément, « il s'agit d'abord de connaître le plus précisément possible toutes les conséquences environnementales que les diverses activités du projet à l'étude auront sur les différents éléments du milieu d'implantation concerné. Par la suite, l'étude visera à incorporer des mesures cherchant à atténuer la plupart des impacts néfastes à l'environnement, et accessoirement à optimiser (maximiser) au contraire les impacts positifs. Enfin, le processus même de l'EIE est une démarche d'approbation du projet total par les différents acteurs sociaux impliqués »<sup>563</sup>. Les EIE sont désormais devenues monnaie courante tant à l'échelle nationale qu'internationale.

263. Il y a toutefois lieu de faire observer qu'elles ont été beaucoup plus développées dans le droit international non contraignant constitué de Déclarations diverses<sup>564</sup>. Les plus importantes d'entre elles sont la Déclaration de Stockholm (1972)<sup>565</sup>, les lignes directrices relatives à l'EIE élaborées par le Programme des Nations Unies pour l'Environnement (PNUE)<sup>566</sup>, les dispositions de la Charte mondiale de la nature<sup>567</sup>, et plus récemment la Déclaration de Rio (1992), qui consacrera l'EIE en ces termes : « une étude d'impact sur l'environnement, en tant qu'instrument national, doit être entreprise dans le cas des activités envisagées qui risquent d'avoir des effets nocifs importants sur l'environnement et dépendent la décision d'une autorité nationale compétente »<sup>568</sup>. Ce sont autant d'instruments

---

<sup>561</sup> Résolution 14/25 du Conseil d'administration du PNUE, Nairobi, 17 juin 1987, UNEP/GC.14/17, Annexe III.

<sup>562</sup> LEDUC (G.A.), RAYMOND (M), *L'évaluation des impacts environnementaux : un outil d'aide à la décision*, Montréal, éditions MultiMondes, 2000, p. 27

<sup>563</sup> *Ibid.*

<sup>564</sup> Russel Mezeme MBA faisait à juste titre remarquer que très peu de conventions internationales ont consacré les EIE de manière expresse. Voir, de façon plus détaillée, MBA (R. M.), *L'étude d'impact en droit international et en droit gabonais*, Univ Européenne, 2012, 72 p.

<sup>565</sup> La Déclaration de Stockholm ne fait pas expressément référence à l'EIE mais elle prévoit des obligations qui ont servi de base à la consécration, au plan interne et international, du principe de l'EIE préalable à toute activité susceptible de détériorer l'environnement. Il s'agit en l'occurrence des Principes 14, 15 et 21 qui exigent des États de veiller à ce que les activités exercées sous leur juridiction ne causent pas de dommages à l'environnement dans d'autres États.

<sup>566</sup> Conseil du PNUE, Résolution 14/25, Nairobi, 17 juin 1987.

<sup>567</sup> Adoptée par l'Assemblée Générale des Nations Unies en 1982, la Charte mondiale de la nature consacre l'EIE en son principe 11.

<sup>568</sup> Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement (1992), Principe 17.

---

qui, bien que relevant de la *soft law*, auront cependant joué un rôle décisif dans la promotion et la reconnaissance internationale des EIE. En effet, « l'étude d'impact va devenir à la fois un instrument généralisé au plan national et systématiquement évoqué dans les institutions internationales et les conventions internationales sur l'environnement, ce qui va contribuer à donner aux études d'impact un statut coutumier »<sup>569</sup>.

264. À cet égard, la Cour internationale de justice (CIJ) admettait « 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 »<sup>570</sup>. En tant qu'instrument scientifique et juridique original et spécifique à l'environnement<sup>571</sup>, l'EIE constituerait ainsi un important outil de gestion visant à s'assurer que les questions environnementales sont prises en compte dans la planification et l'exécution des projets de développement.

265. Selon certains spécialistes, la réalisation du développement durable nécessite également une évaluation de l'impact social (EIS)<sup>572</sup> ; laquelle « consiste en l'analyse, le suivi et la gestion des conséquences sociales du développement »<sup>573</sup>. C'est certainement dans cette optique que l'Acte additionnel sur l'investissement adjoint à l'EIE une évaluation de l'impact socio-culturel. Cependant, l'instrument régional reste imprécis quant au sens réel de la conjonction « et » contenue dans l'obligation de réaliser une « étude d'impacts socio-culturels *et* environnementaux de l'investissement potentiel »<sup>574</sup>. La question est importante, surtout lorsqu'on sait les divergences conceptuelles y afférent. En effet, si certains considèrent les EIS comme une composante des EIE<sup>575</sup>, d'autres établissent une nette

---

<sup>569</sup> PRIEUR (M), « Instruments internationaux et évaluation environnementale de la biodiversité : enjeux et obstacles », *Revue juridique de l'environnement*, 2011, vol 5, n° spécial, p. 9

<sup>570</sup> CIJ, 20 avril 2010, *Argentine c/ Uruguay, Affaire relative à des usines de pâte de papier le long du fleuve Uruguay*, § 204, *RJE*, n° 4-2010, p. 605 et s., note SOHNLE (J).

<sup>571</sup> PRIEUR (M), « Instruments internationaux et évaluation environnementale de la biodiversité : enjeux et obstacles », *Revue juridique de l'environnement*, 2011, vol 5, n° spécial, p. 7

<sup>572</sup> Pour ces derniers, « *in order to achieve sustainable regional development, an analysis of potential social impacts should be used as a guide against which to assess strategies for local economic development* », Conf. ESTEVES (A. M.), FRANKS (D) and VANCLAY (F), « Social Impact Assessment : The State of the Art », *Impact Assessment and Project Appraisal*, march 2012, vol. 30, n°1, p. 39

<sup>573</sup> VANCLAY (F), « L'évaluation des impacts sociaux : Principes internationaux », *International Association for Impact Assessment*, mai 2003, Publications spécialisées, n°2, p. 2

<sup>574</sup> Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO, 12 § 1 [caractères gras et italiques ajoutés].

<sup>575</sup> Selon ce courant, les EIE s'inscriraient dans une conception exhaustive de l'environnement ; laquelle inclut également la question des rapports sociaux. Dans cette perspective, les EIS pourraient bien être réalisées



---

distinction en envisageant plutôt les EIE sous un angle purement biophysique, tandis que les EIS seraient de nature à s'étendre à l'examen des impacts sur les droits de propriété, le mode de vie, la santé, le bien-être et sur les aspirations des communautés<sup>576</sup>. Dans ce cas-ci, l'investisseur serait amené à réaliser une étude des impacts à un double niveau avec, d'une part, un volet EIE et, d'autre part, un volet EIS ; les deux volets utilisant des procédures et méthodologies bien distinctes.

266. Un troisième courant pourrait même être envisagé dans lequel l'on serait amené à considérer l'EIE comme partie intégrante des EIS, dès lors que l'EIS est défini comme « un cadre de travail à l'intérieur duquel on évalue tous les types d'impacts sur les êtres humains et toutes les manières par lesquelles ces derniers et les communautés interagissent avec leur environnement socioculturel, économique et biophysique »<sup>577</sup>. L'intérêt d'une clarification prend ainsi tout son sens. L'imprécision de l'article s'expliquerait néanmoins par le fait qu'un nombre largement inférieur de gouvernements ont établi des processus d'étude des impacts sociaux dans leur législation<sup>578</sup>. En tout état de cause, l'inclusion d'une telle exigence dans un traité d'investissement constitue une avancée notable, qui augure d'une meilleure prise en compte de la question dans la pratique conventionnelle africaine en matière d'investissement.

---

dans le cadre d'une EIE. C'est en ce sens que SALDER appréhendera l'EIE comme « le processus d'identification, de prévision, d'évaluation et d'atténuation de la **biophysique, social**, et d'autres effets pertinents des projets de développement avant les grandes décisions et les engagements pris » [caractères gras ajoutés]. Voir., SALDER (B), *L'évaluation environnementale dans un monde en évolution : Évaluer la pratique pour améliorer le rendement*, Rapport final de l'étude internationale sur l'efficacité de l'évaluation environnementale, Agence canadienne d'évaluation environnementale, 1996, p. 15

<sup>576</sup> VANCLAY (F), « International Principles for Social Impact Assessment », *Impact Assessment and Project Appraisal*, march 2003, vol. 21, n°1, p. 8

<sup>577</sup> *Ibid.*

<sup>578</sup> L'analyse est empruntée au commentaire d'une disposition similaire prévue à l'article 12 de l'Accord modèle de l'IIDD in MANN (H), VON MOLTKE (K), PETERSON (L.E.), COSBEY (A), *Accord international sur l'investissement pour le développement durable, Guide du négociateur*, Winnipeg, IIDD, mai 2006, p. 29-30

---

## B. UNE ÉVALUATION DES IMPACTS SUR LES DROITS DE L'HOMME

267. À côté des EIE et des EIS sont apparus, plus récemment, les évaluations d'impacts sur les droits de l'Homme (EIDH). Le TBI modèle de la SADC s'inscrit dans cette nouvelle tendance, en consacrant premièrement l'obligation préalable d'évaluation des impacts environnementaux et sociaux : « *Investors or their Investments shall comply with **environmental and social** assessment screening criteria and assessment processes applicable to their proposed investments prior to their establishment, as required by the laws of the Host State for such an investment [...]* »<sup>579</sup>. En second lieu, le TBI type met de l'emphase sur la prise en compte des droits de l'Homme dans le cadre de l'étude des impacts des projets d'investissement. Il est ainsi prévu que : « *the impact assessments required [...]* shall include assessments of the impacts on the **human rights of the persons** in the areas potentially impacted by the investment, including the progressive realization of human rights in those areas. »<sup>580</sup>.
268. Conceptuellement, l'EIDH a été définie comme « la mesure de l'impact des politiques, programmes, projets et interventions sur les droits de l'Homme »<sup>581</sup>. Selon certains auteurs, son but premier est d'examiner comment un projet influence la situation globale des DH dans une communauté locale ou nationale<sup>582</sup>. De la sorte, les EIDH permettent de cibler les effets positifs et négatifs sur les divers DH mais aussi d'assurer un suivi et une évaluation des activités<sup>583</sup>. Elles constitueraient, à cet égard, une manière nouvelle de rendre des comptes aux personnes dont certains droits humains ont été violés<sup>584</sup>. Historiquement, la pratique de l'évaluation de l'impact (EI) ne prenait pas explicitement en compte les DH<sup>585</sup>. L'avènement des EIDH au cours des dernières décennies est dû, en grande partie, aux

---

<sup>579</sup> TBI modèle de la SADC, art. 13 § 1 [caractères gras ajoutés].

<sup>580</sup> TBI modèle de la SADC, art. 13 § 2 [caractères gras ajoutés].

<sup>581</sup> HARRISON (J), « Measuring Human Rights: Reflections on the Practice of Human Rights Impact Assessment and Lessons for the Future », *Warwick School of Law Research* [en ligne], 10 november, 2010, n°26, p. 5, [consulté le 18 avril 2018] (traduction libre).

<sup>582</sup> ANDREASSEN, (B. A.), HANS-OTTO (S), *What's the Goal ? What's the Purpose ? Observations on Human Rights Impact Assessment*, The Norwegian Centre for Human Rights, 2004, p. 7

<sup>583</sup> MICHAUD (E), « Les études d'impact des politiques économiques internationales sur les droits de l'homme », in CHAMPEIL-DESPLATS (V) et LOCHAK (D) (dir.), *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Nanterre, Presses universitaires de Paris Nanterre, 2008, p. 229

<sup>584</sup> *Ibid.*

<sup>585</sup> KEMP (D), VANCLAY (F), « Human rights and impact assessment: clarifying the connections in practice », *Impact Assessment and Project Appraisal* [en ligne], 22 May 2013, vol. 31, n°2, p. 86, [consulté le 18 avril 2018].

---

travaux du Professeur John RUGGIE<sup>586</sup> ; lesquels ont par ailleurs abouti à l'élaboration de Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux DH<sup>587</sup>.

269. À cet égard, RUGGIE a identifié les EIDH comme un élément-clé de la célèbre exigence de « diligence raisonnable »<sup>588</sup>, comme des outils d'évaluation utilisés pour mesurer les incidences sur les DH des sociétés multinationales. En effet, les Principes Directeurs suggèrent que les entreprises respectent les droits de l'homme en s'acquittant d'une évaluation des impacts de leurs activités sur les DH : « afin d'identifier leurs incidences sur les droits de l'homme, prévenir ces incidences et en atténuer les effets, et rendre compte de la manière dont elles y remédient, les entreprises doivent faire preuve de diligence raisonnable en matière de droits de l'homme. Ce processus devrait consister à évaluer les incidences effectives et potentielles sur les droits de l'homme, à regrouper les constatations et à leur donner une suite, à suivre les mesures prises et à faire savoir comment il est remédié à ces incidences »<sup>589</sup>.

270. Les EIDH sont de ce fait important pour réaffirmer le devoir des investisseurs de protéger les personnes susceptibles d'être touchées par l'investissement<sup>590</sup>. Autrement dit, les considérations touchant aux DH devraient être au centre de l'évaluation de l'impact des projets du secteur privé, en particulier celles qui affectent les moyens de subsistance, l'environnement, la santé, la sécurité des terres et des biens, la culture et la diversité des sexes<sup>591</sup>. Les EIDH semblent de ce point de vue se rapprocher de l'évaluation de l'impact social (EIS) même si, pour certains auteurs, elles diffèrent de l'EIS du fait qu'elles sont

---

<sup>586</sup> M. John RUGGIE fut le Représentant spécial du Secrétaire général de l'ONU chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises (2005-2011).

<sup>587</sup> Ces Principes directeurs ont été approuvés par le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies dans sa résolution 17/4 du 16 juillet 2011 (A/HRC/RES/17/4). Voir, HCDH, *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme, mise en œuvre du cadre de référence « protéger, respecter et réparer » des Nations Unies*, New York et Genève, 2011, 41 p.

<sup>588</sup> La diligence raisonnable en matière de droits humains est un concept essentiel des principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme. Elle vise les incidences négatives sur les DH auxquelles l'entreprise peut ou pourrait contribuer par le biais de ses propres activités. Le concept soulève donc la question de la responsabilité des entreprises ; lesquelles devraient identifier, prévenir, atténuer et rendre compte de la manière dont elles remédient aux nuisances qu'elles causent ou auxquelles elles contribuent.

<sup>589</sup> Principes directeurs 17.

<sup>590</sup> VANDUZER (J. A), SIMONS (P) et MAYEDA (G), *Integrating Sustainable Development into International Investment Agreements : A Guide for Developing Countries*, London, Commonwealth Secretariat, 2012, p. 266

<sup>591</sup> KEMP (D), VANCLAY (F), « Human rights and impact assessment : clarifying the connections in practice », *Impact Assessment and Project Appraisal* [en ligne], 22 May 2013, vol. 31, n°2, p. 86, [consulté le 18 avril 2018].

---

basées sur les normes juridiques internationales en matière de droits de l'Homme, plutôt que sur la réalisation de résultats ou d'actions souhaitables dans le domaine social<sup>592</sup>.

271. Les EIDH sont désormais développés par une variété d'acteurs comme une extension indépendante de l'évaluation d'impact social. À ce propos, James HARRISON rappellera qu'avant d'être reconnu comme un processus autonome, les EIDH étaient une partie intégrante d'évaluation d'impact sociale<sup>593</sup>. Elles peuvent donc coexister avec les évaluations d'impact social, bien qu'elles soient encore à leurs balbutiements en raison de leur émergence relativement récente<sup>594</sup>. Toutefois, l'intérêt accordé aux droits de la diligence dans le cadre des Nations Unies<sup>595</sup>, ainsi que les différentes méthodologies développées<sup>596</sup> sont susceptibles d'encourager un recours accru aux EIDH.

---

<sup>592</sup> Selon le Principe 5 des principes directeurs de l'impact des accords commerciaux et d'investissement sur les droits de l'homme : « le point de départ pour l'évaluation des impacts sur les droits de l'Homme doit être les obligations internationales relatives aux droits de l'Homme contractées par les États parties à un AII » (traduction de l'auteur). In Report of the Special Rapporteur on the right to food DE SCHUTTER (O), *Guiding principles on human rights impact assessments of trade and investment agreements*, Human Rights Council (HRC), nineteenth session, A/HRC/19/59/Add.5, 19 December 2011. Voir également sur la question., HARRISON (J), « Human Rights Measurement: Reflections on the Current Practice and Future Potential of Human Rights Impact Assessment », *Journal of Human Rights Practice* [en ligne], 1 juin 2011, vol 3, n°2, p.162-167 [consulté le 19 avril 2018].

<sup>593</sup> HARRISON (J), « Measuring Human Rights: Reflections on the Practice of Human Rights Impact Assessment and Lessons for the Future », *Warwick School of Law Research* [en ligne], 10 november, 2010, n°26, p. 3, [consulté le 18 avril 2018].

<sup>594</sup> VANDUZER (J. A.), SIMONS (P) et MAYEDA (G), *Integrating Sustainable Development into International Investment Agreements: A Guide for Developing Countries*, London, Commonwealth Secretariat, 2012, p. 268

<sup>595</sup> RUGGI, *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme* : Il n'a pas lui-même défini comment une EIDH doit être réalisée, mais au lieu de cela renvoie à un certain nombre de méthodologies pour la conduite des HRIAs. HARRISON (J), « Measuring Human Rights: Reflections on the Practice of Human Rights Impact Assessment and Lessons for the Future », *Warwick School of Law Research* [en ligne], 10 november, 2010, n°26, p. 10, [consulté le 18 avril 2018].

<sup>596</sup> De plus en plus d'outils sont adoptés pour mesurer les incidences sur les DH dans une grande variété de domaines tels que les projets de développement des activités des entreprises multinationales, les autorités publiques et de nombreuses autres politiques, des pratiques et des activités. Voir notamment, les travaux du Rapporteur Spécial des Nations Unies sur le droit à l'alimentation relatifs aux différentes étapes et méthodologies d'un processus d'évaluation effectif des droits de l'Homme, In Report of the Special Rapporteur on the right to food DE SCHUTTER (O), *Guiding principles on human rights impact assessments of trade and investment agreements*, Human Rights Council (HRC), nineteenth session, A/HRC/19/59/Add.5, 19 december 2011, p. 9-11. Par ailleurs, HARRISON a produit un catalogue complet des outils d'évaluation existants en matière de droits de l'Homme qui peut être utile pour l'intégration d'un processus d'étude d'impact dans un AII, voir HARRISON (J), « Measuring Human Rights: Reflections on the Practice of Human Rights Impact Assessment and Lessons for the Future », *Warwick School of Law Research* [en ligne], 10 november, 2010, n°26, p. 6-23, [consulté le 18 avril 2018].

---

## § 2. LES MODALITÉS DE L'ÉVALUATION DES IMPACTS

272. La prise de conscience de la nécessité de mener des évaluations d'impact a été également suivi de la nécessité d'en formaliser la procédure. Dans ce sens, les traités régionaux sur l'investissement ont d'abord prévu que l'obligation d'étude des impacts soit elle-même sujette à des critères d'examen préalable (A). Les instruments régionaux prévoient ensuite que la mise en œuvre de l'évaluation des impacts s'articule autour d'un certain nombre de principes essentiels du développement durable. Il s'agit, d'une part, de l'application du principe de précaution (B) et, d'autre part, de la divulgation des informations ainsi que la participation du public au processus d'évaluation (C).

### A. LA QUESTION DES CRITÈRES D'EXAMEN

273. Généralement, les critères d'examen préalable incluent les questions liées aux intrants et extrants de l'entreprise, à la taille de l'investissement, à son emplacement ou à son coût<sup>597</sup>. Sans être autant précis, l'Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO stipule que : « les investisseurs ou les investissements **se conforment aux critères d'étude d'impact environnemental préalable** et aux processus d'évaluation applicables à leurs investissements proposé avant leur établissement [...] »<sup>598</sup>. Dans tous les cas, ces critères d'examen préalables, tout comme le processus d'étude d'impact en lui-même, devront se faire « [...] selon les exigences des lois de l'État d'accueil ou des lois de l'État d'origine à l'égard d'un tel investissement »<sup>599</sup>. Cette visée purement nationale ne semble cependant plus suffire à assurer une approche systématique et efficiente de l'étude d'impact<sup>600</sup>.

274. Avec le développement des relations internationales et surtout les enjeux transnationaux que soulèvent les problématiques environnementales, il a paru indispensable aux rédacteurs

---

<sup>597</sup> MANN (H), VON MOLTKE (K), PETERSON (L.E.), COSBEY (A), *Accord international sur l'investissement pour le développement durable, Guide du négociateur*, Winnipeg, IIDD, 2006, p. 299

<sup>598</sup> Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO, art. 12 § 1 [caractères gras ajoutés].

<sup>599</sup> Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO, art. 12 § 1.

<sup>600</sup> D'ALMEIDA Koassi affirmait à juste titre que « si de nos jours, l'évaluation environnementale est perçue comme un instrument de développement durable, il nous faut reconnaître que l'efficacité de cet outil dépend des capacités institutionnelles et humaines dont dispose chaque pays dans ce domaine. Sur ce dernier point, plusieurs pays doivent surmonter de nombreuses difficultés d'ordre institutionnel, législatif, humain, matériel et financier pour asseoir cette pratique. C'est le cas en Afrique où, les pays francophones accusent un retard vis-à-vis des pays anglophones dans ce secteur ». In D'ALMEIDA (K), *Cadre institutionnel législatif et réglementaire de l'évaluation environnementale dans les pays francophones d'Afrique et de l'Océan Indien : Les indicateurs de fonctionnalité, les écarts fondamentaux et les besoins prioritaires. Essai de typologie*, Québec, IÉPF & Secrétariat francophone de l'AIEI/IAIA, Collection Évaluations Environnementales 2001, vol. 1, p. 20

---

de l'Acte additionnel d'inclure une stipulation prévoyant l'adoption de normes minimales régionales en la matière. La disposition est ainsi rédigée : « [...] dans la mesure où elles sont applicables à l'investissement en question, l'investisseur respecte les normes minimales sur l'étude d'impact socio-culturel et environnemental et l'examen préalable que les États Membres adoptent lors de leur première rencontre »<sup>601</sup>. Selon l'IIDD, « la notion d'utilisation de la première rencontre des Parties pour adopter des normes minimales clé sur l'étude de l'impact environnemental et l'étude des impacts sociaux découle de nombreux précédents créés dans les accords multilatéraux sur l'environnement [...]. Le fait d'exiger que cela soit effectué lors de la première rencontre des Parties fixe un calendrier clair qui reflète l'importance de la question »<sup>602</sup>. La rigueur calendaire ne semble toutefois pas être de mise au niveau de la CEDEAO, puisque près de dix ans après l'adoption de l'instrument régional sur l'investissement, il n'existe toujours pas de normes régionales d'étude d'impact.

275. Abordant la question sous un angle moins régionaliste que l'Acte additionnel de la CEDEAO, le TBI modèle de la SADC exige pour sa part que les investisseurs appliquent les règles d'EIE et d'EIS les plus rigoureuses, que celles-ci proviennent des droits internes ou de normes internationales, telles que celles utilisées par la Société Financière Internationale (SFI)<sup>603</sup>. Il est ainsi prévu que les « *investors or their Investments shall comply with environmental and social assessment screening criteria and assessment processes applicable to their proposed investments prior to their establishment, as required by the laws of the Host State for such an investment [[or the laws of the Home State for such an investment][for the International Finance Corporation's performance standards on Environmental and Social Impact Assessment], whichever is more rigorous in relation to the Investment in question.* »<sup>604</sup>. Pour plusieurs, le recours des normes de performance de la SFI permettrait de faciliter la conduite des évaluations et de garantir la cohérence des résultats d'évaluation des impacts environnementaux et sociaux<sup>605</sup>.

---

<sup>601</sup> Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO, art. 12 § 1.

<sup>602</sup> MANN (H), VON MOLTKE (K), PETERSON (L.E.), COSBEY (A), *Accord international sur l'investissement pour le développement durable, Guide du négociateur*, Winnipeg, IIDD, mai 2006, p. 30

<sup>603</sup> La Société financière internationale (SFI) ou *International Finance Corporation* (IFC), est une organisation du Groupe de la Banque mondiale dédiée au secteur privé. Créée en 1956, elle a pour rôle est de faciliter le développement des entreprises dans les PED, en particulier dans les marchés émergents.

<sup>604</sup> TBI modèle de la SADC, art. 13 § 1.

<sup>605</sup> On estime en effet que les normes SFI traduisent un bel exemple d'approche intégrée du processus d'évaluation des impacts sociaux et environnementaux d'investissement. V., IFC-World Bank, *IFC Performance Standards on Environmental and Social Sustainability* [en ligne], January 2012 [consulté le 01 juin 2017].

---

## B. L'APPLICATION DU PRINCIPE DE PRÉCAUTION

276. Un processus d'évaluation conçu pour promouvoir le développement durable devrait également donner effet aux principes du droit international de l'environnement<sup>606</sup>. Dans cette optique, les traités régionaux prévoient l'application du « principe de précaution », comme le témoigne l'article 12 § 3 de l'Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO : « les investisseurs, les investissements et les autorités de l'État d'accueil appliquent le principe de précaution à leur étude d'impact socio-culturel et environnemental ». Le principe trouve son origine dans la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement (1992)<sup>607</sup>, plus tard repris et développé par d'autres instruments tels que la Déclaration de New Delhi sur les principes de droit international relatifs au développement durable (2002)<sup>608</sup>.
277. Considéré par plusieurs auteurs comme la forme de prévention la plus développée, le principe de précaution signifierait la préparation à des menaces potentielles, incertaines ou même hypothétiques, lorsqu'il n'existe aucune preuve irréfutable que le dommage se produira<sup>609</sup>. Il est donc fondé sur des probabilités ou des éventualités et s'applique particulièrement lorsque les conséquences d'une absence d'action pourraient être graves<sup>610</sup>. Il importe cependant de préciser que le principe ne détermine pas, en soi, de résultats particuliers pour un processus d'évaluation donné, mais il exige un examen complet des mesures de prévention lorsqu'une activité donnée est susceptible de causer un dommage significatif à la santé de l'homme, aux ressources naturelles et aux écosystèmes.
278. Le principe de précaution est de plus en plus interprété comme le fait qu'il incombera à la personne qui veut s'engager dans une activité, que ce soit un investisseur privé ou public, de démontrer que ses activités ne nuiront pas à l'environnement avant que l'État accorde le

---

<sup>606</sup> VANDUZER (J. A), SIMONS (P) et MAYEDA (G), *Integrating Sustainable Development into International Investment Agreements: A Guide for Developing Countries*, London, Commonwealth Secretariat, 2012, p. 274

<sup>607</sup> L'article 15 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement expose le principe de précaution de la façon suivante : « Pour protéger l'environnement, des mesures de précaution doivent être largement appliquées par les États selon leurs capacités. En cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement. ».

<sup>608</sup> Déclaration de New Delhi sur les principes de droit international relatifs au développement durable, Principe 4.

<sup>609</sup> CANIVET (G), LAVRYSEN (L) et GUIHAL (D), *Manuel judiciaire de droit de l'environnement*, Nairobi, PNUE, 2006, p. 53

<sup>610</sup> *Ibid.*

---

droit d'exercer l'activité proposée<sup>611</sup>. Dans ce sens, le processus de l'exécution d'une étude des impacts pourrait être lui-même perçu comme une application du principe de précaution, à partir du moment où les objectifs de l'évaluation sont d'identifier les risques et d'élaborer un plan visant à les éliminer ou à les atténuer. En outre, le principe de précaution réaffirme implicitement le devoir des États de réglementer les investissements étrangers de manière à éviter que ceux-ci ne causent à l'avenir des dommages à l'environnement. Ainsi, les États d'accueil pourront mettre en place des mesures pour protéger la santé humaine ou l'environnement, même là où il n'y a pas encore de consensus dans la communauté scientifique que les mesures sont nécessaires<sup>612</sup>.

279. À cet égard, l'article 13 § 4 du TBI modèle de la SADC stipule que l'application du principe de précaution inclut toute approche d'atténuation, de rechange de l'investissement ou d'interdiction de celui-ci, si cela est nécessaire : « *Investors, their Investments and the Host State authorities shall apply the precautionary principle to their environmental impact assessment and to decisions taken in relation to a proposed investment, including any necessary mitigating or alternative approaches to the Investment, or precluding the Investment if necessary.* »<sup>613</sup>. Enfin, les traités de la CEDEAO et de la SADC exigent que l'application du principe de précaution par l'investisseur et les investissements soit décrite dans l'étude d'impact qu'ils entreprennent<sup>614</sup>.

### C. LA DIVULGATION DES INFORMATIONS ET LA PARTICIPATION DU PUBLIC

280. Les traités régionaux d'investissement prévoient une dernière exigence au titre des modalités de l'évaluation des impacts. Celle-ci consistera pour les investisseurs à communiquer les résultats de l'EI à la communauté dans laquelle l'investissement est réalisé ainsi qu'aux autres parties affectées. En effet, l'Acte additionnel dispose que « les investisseurs ou les investissements publient les résultats de l'étude d'impact socio-culturel et environnemental et les mettent à la disposition de la collectivité locale et des intérêts affectés dans l'État d'accueil dans lequel l'investissement doit être réalisé »<sup>615</sup>. Le TBI

---

<sup>611</sup> SANDS (P), *Principles of International Environmental Law*, 2d ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2003, p. 27

<sup>612</sup> VANDUZER (J. A), SIMONS (P) et MAYEDA (G), *Integrating Sustainable Development into International Investment Agreements: A Guide for Developing Countries*, London, Commonwealth Secretariat, 2012, p. 274

<sup>613</sup> TBI modèle de la SADC, art. 13 § 4.

<sup>614</sup> Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO, art. 12 § 2 ; TBI modèle de la SADC, art. 13 § 4.

<sup>615</sup> Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO, art. 12 § 2.



---

modèle de la SADC abonde dans le même sens, allant jusqu'à prévoir expressément l'usage de l'internet comme mode de divulgation de l'information auquel les investisseurs pourront recourir<sup>616</sup>. Bien évidemment, l'exigence de publicité serait *de facto* inapplicable, dès lors que les critères d'examen préalable établissent que le projet considéré ne nécessite aucune étude d'impact.

281. L'obligation de publicité est très souvent perçue comme l'antichambre du principe de la participation du public<sup>617</sup> ; principe essentiel du développement durable<sup>618</sup> qui, en l'espèce, sous-entend une réelle implication des communautés au processus d'approbation du projet d'investissement. Selon certains, « l'information et la participation du public sont inhérentes au droit des études d'impact puisqu'il s'agit, avec ces deux procédures complémentaires et congruentes, d'améliorer le processus de décision grâce aux observations, suggestions et critiques du public [...] »<sup>619</sup>. Cependant, en se contentant d'exiger la publicité « des résultats » de l'étude d'impact, l'Acte additionnel ne garantit, en réalité, qu'un engagement *a minima* des communautés locales<sup>620</sup>. Au-delà de l'information, l'évaluation de l'impact devrait permettre aux citoyens potentiellement affectés par les projets d'accéder aux processus décisionnels<sup>621</sup>.

---

<sup>616</sup> TBI modèle de la SADC, art. 13 § 3 (a).

<sup>617</sup> D'après certains auteurs, « la participation publique peut être définie comme l'implication d'individus et de groupes, positivement ou négativement touchés ou intéressés par une intervention proposée (par ex. un projet, un programme, un plan, une politique) sujette à un processus de prise de décision ». In ANDRE (P), ENSERINK (B), CONNOR (D) et CROAL (P), « Participation publique : Principes internationaux pour une meilleure pratique », *International Association for Impact Assessment*, août 2006, Publication spéciale Série n°4, p. 1

<sup>618</sup> Selon l'article 5 § 1 de la Déclaration de new Delhi sur les principes de droit international relatifs au développement durable de 2002 : « La participation du public est un élément essentiel du développement durable et de la bonne gouvernance en ce qu'elle est la condition de l'existence de gouvernements transparents, responsables et réceptifs aux aspirations de la population tout comme la condition de l'engagement actif d'organisations de la société civile, notamment des milieux industriels et des syndicats, également transparentes, responsables et réceptives. [...] ».

<sup>619</sup> Aoustin (T), *L'évaluation environnementale des plans et programmes : vers l'ouverture d'un cadre stratégique au pilier procédural du droit de l'environnement*, [MONEDIAIRE (G) (dir.)], thèse de doctorat, droit public, Université de Limoges, 2015, p. 6

<sup>620</sup> L'on précisera à cet égard que « les niveaux de participation dans l'ÉI varient, de la participation passive ou de la réception d'information (une forme de participation unidirectionnelle), à une participation par consultation (comme les audiences publiques et les portes-ouvertes), à la participation interactive (comme les ateliers, la négociation, la médiation et même la co-gestion) ». In ANDRE (P), ENSERINK (B), CONNOR (D) et CROAL (P), « Participation publique : Principes internationaux pour une meilleure pratique », *International Association for Impact Assessment*, août 2006, Publication spéciale Série n°4, p. 1

<sup>621</sup> L'article 5 § 2 de la Déclaration de new Delhi stipule à cet effet que « la participation du public dans le contexte du développement durable exige une protection efficace du droit fondamental d'avoir et d'exprimer des opinions et de solliciter, recevoir et exprimer des idées. Elle exige aussi un droit d'accès à des informations appropriées, compréhensibles et à jour, tenues par des gouvernements et des sociétés industrielles et des échanges sur les politiques économiques et sociales relatives à l'utilisation durable des ressources naturelles

---

282. Le TBI modèle rectifie quelque peu le tir, en garantissant que les collectivités seront non seulement informées de façon adéquate des possibles activités d'investissement dans leur région mais que celles-ci auront, le cas échéant, l'occasion de fournir des commentaires sur un projet proposé : « *Investors or their Investments shall make the environmental and social impact assessments : (b) accessible to the local communities, or other areas with potentially affected interests, in an effective and sufficiently timely manner so as to allow comments to be made to the Investor, Investment and/or government prior to the completion of the Host State processes for establishing an Investment.* »<sup>622</sup>.

283. Le traité ne précise toutefois pas les procédures de la participation du public<sup>623</sup>. Il est probable que de telles dispositions découleront du droit interne des États parties, même si l'on doit reconnaître, qu'en l'état actuel des choses, « il n'existe pas de règles cohérentes pour la participation du public dans le processus d'étude d'impact »<sup>624</sup>. En effet, « même au sein d'un pays donné, il peut exister des variations dans la qualité et l'étendue de la participation du public dans le processus de l'EIE, dépendant du type de projet à l'étude, des communautés qui pourraient être touchées ou des agences gouvernementales qui supervisent le projet »<sup>625</sup>. Dans tous les cas, les États parties devront veiller à ce que leur dispositif national limite les risques de conflit d'intérêts et garantisse une certaine transparence dans la façon dont les entreprises s'acquitteront de leurs obligations<sup>626</sup>.

---

et à la protection de l'environnement, sans que cela impose de charges financières indues aux demandeurs d'informations et compte dûment tenu de la confidentialité et de la nécessité de protéger adéquatement le secret des affaires ».

<sup>622</sup> TBI modèle de la SADC, art. 13§ 3 (b).

<sup>623</sup> La participation du public peut consister en des réunions d'information, des audiences publiques périodiques et des opportunités de fournir des commentaires écrits sur un projet proposé, etc. Voir, Environmental Law Alliance Worldwide (ELAW), *Guide pour l'évaluation des EIE de projets miniers*, Eugene, 2010, p. 24

<sup>624</sup> *Ibid*, p. 24

<sup>625</sup> *Ibid*.

<sup>626</sup> L'utilisation d'un consultant par l'investisseur comporte le risque que le document soit biaisé en faveur de la poursuite du projet. Pour y remédier, certaines lois exigent que les consultants soient enregistrés avec le gouvernement et/ou accrédités professionnellement dans la préparation de l'EIE.

## SECTION II.

### LES OBLIGATIONS POSTÉRIEURES À L'ÉTABLISSEMENT

284. Les obligations postérieures à l'établissement prévues par les instruments étudiés ne contiennent pas en soi un principe nouveau, mais elles font de l'application de normes ou techniques juridiques connues une exigence conventionnelle qui est imposée aux investisseurs régionaux ; en cela se trouve l'originalité. Il s'agit pour l'essentiel d'obligations relatives à l'environnement et aux droits humains (§ 1), ainsi que d'autres obligations provenant de diverses sources de régulation (§ 2).

#### § 1. LES OBLIGATIONS LIÉES À L'ENVIRONNEMENT ET AUX DROITS HUMAINS

285. Les obligations visées ici concernent en substance le respect des bonnes pratiques de gestion environnementale (A) auquel s'ajoute l'obligation pour les investisseurs de respecter les droits de l'Homme (B).

##### A. LE RESPECT DES BONNES PRATIQUES DE GESTION ENVIRONNEMENTALE

286. La gestion environnementale désigne les méthodes de gestion d'une entité (entreprise, service...) visant à prendre en compte l'impact environnemental de ses activités, à évaluer cet impact et à le réduire dans une perspective de développement durable<sup>627</sup>. Ainsi, elle consisterait pour les investisseurs à concilier les attentes d'efficacité financière et économique avec l'amélioration continue de la performance environnementale de leurs opérations<sup>628</sup>. Le développement de la gestion environnementale des entreprises semble relativement récent<sup>629</sup> et constitue certainement l'une des réponses aux préoccupations de plus en plus croissantes des pays africains face aux problématiques environnementales actuelles<sup>630</sup>. À cet égard, l'article 14 § 1 du TBI modèle de la SADC exige des investisseurs le maintien d'un système de gestion environnementale conforme aux normes

---

<sup>627</sup>YONKEU (S), « Système de gestion environnemental », In 15<sup>ème</sup> École d'été en évaluation environnementale : *Évaluation de la durabilité du développement urbain et industriel : outils d'analyse de l'empreinte écologique et des impacts sociaux et sanitaires*, Douala, OIF, IEPF et SIFEE, 5-10 septembre 2011, p. 2

<sup>628</sup> Certains auteurs précisent qu'au regard de la littérature actuelle, « le débat se concentre sur l'opposition qu'il y aurait entre la prise en compte des aspects environnementaux et la rentabilité des entreprises ». In RICHARD (J) et PLOT (E), *La gestion environnementale*, La Découverte, coll. Repères, 2014, p. 113

<sup>629</sup> *Ibid.*, p. 4.

<sup>630</sup> Il s'agit notamment des questions touchant au changement climatique, à la désertification, à la déforestation, à la pollution, à la destruction de la couche d'ozone, etc.

---

internationalement reconnues en la matière : « *Investments shall, in keeping with good practice requirements relating to the size and nature of the Investment, maintain an environmental management system consistent with recognized international environmental management standards and good business practice standards* ».

287. Bien qu'il reflète ce qu'exige aujourd'hui la bonne pratique des industries dans la gestion de l'environnement<sup>631</sup>, l'article du TBI modèle n'est cependant pas exempt de critiques. Pour certains, l'hétérogénéité des normes de certification et leur caractère évolutif soulèvent, au-delà des éventuels avantages, de réels défis d'assimilation et d'adaptation, tant pour les investisseurs que pour les organismes étatiques censés réguler. Ces obstacles potentiels justifient certainement l'approche plus circonspecte de l'Additionnel de la CEDEAO, qui se contente d'exiger le respect des mesures environnementales nationales : « les investisseurs ou les investissements doivent, conformément aux exigences de bonne pratique liées à leurs activités et à la taille de leurs investissements, s'efforcer de respecter les mesures garantissant les règles d'hygiène, de sécurité, de santé [...] en vigueur dans le pays d'accueil »<sup>632</sup>.

288. Si la démarche adoptée par l'Acte additionnel semble plus pratique et réaliste, elle présente tout de même des risques certains puisqu'il s'agira de soumettre les investisseurs à une obligation de moyen (« s'efforcer de respecter »), sur des exigences nationales qui peuvent être, elles-mêmes, en deçà des seuils minimums acceptables en la matière. L'équilibre semble être toutefois trouvé du côté du TBI type de la SADC, au dernier paragraphe de l'article 14. Celui-ci prévoit en effet que les obligations des investisseurs relatives à l'amélioration de la gestion environnementale de leurs investissements doivent être compatibles avec les lois nationales, mais que ceux-ci devraient s'efforcer de dépasser les normes légalement applicables et de toujours maintenir un haut niveau de performance environnementale conforme aux meilleures pratiques de l'industrie<sup>633</sup>. Une telle approche

---

<sup>631</sup> Les entreprises cherchent de plus en plus à démontrer un bon niveau de performance environnementale en maîtrisant l'impact de leurs activités, produits ou services sur l'environnement. À cet effet, un large éventail d'actions est envisagé, notamment : un écobilan des activités de l'entreprise, l'écoconception des produits, la prévention de la pollution, la diminution de la consommation d'énergie, la réduction des déchets, la certification suivant les normes environnementales, la mise en place de systèmes de production d'énergies renouvelables (photovoltaïque, solaire thermique...), démarche liée à la problématique des achats durables, etc. Voir à ce sujet, CHAFFARD-SYLLA (S), *Trousse à outils de gestion environnementale et de développement durable*, Québec, Institut de l'énergie et de l'environnement de la Francophonie (IEPF), 2007, 108 p. ; IFC-World Bank Group, *Système de gestion environnementale et sociale : Manuel d'application - général*, Washington DC, novembre 2015, 64 p.

<sup>632</sup> Additionnel sur l'investissement de la CEDEAO, art. 14 § 1.

<sup>633</sup> TBI modèle de la SADC, art. 14 § 4.

---

garantie non seulement que les lois environnementales nationales sont effectivement respectées, mais incite surtout les investisseurs à aller bien au-delà, lorsque cela est nécessaire, en vue d'améliorer leur système de gestion environnementale de façon permanente<sup>634</sup>. L'objectif ici est donc d'examiner les efforts réalisés en toute bonne foi par un investisseur pour surmonter le manque de capacité, par opposition à l'utilisation de ce manque de capacité comme excuse pour une absence répétée de conformité<sup>635</sup>. En outre, la disposition ne crée pas de *one-size-fits-all obligation* (obligation unique à tous), mais plutôt une obligation flexible, proportionnée à la nature et à la taille de l'investissement<sup>636</sup>.

289. Le TBI modèle contient par ailleurs d'autres orientations précises pour mieux guider les États membres, les investisseurs et toutes les parties concernées vers des solutions pratiques. Il est notamment prévu que la meilleure réponse d'urgence et les *decommissioning plans* (plans de déclassement ou de démantèlement) soient inclus et régulièrement revus et mis à jour dans le processus du système de gestion<sup>637</sup>. Ceux-ci devront également être mis à la disposition de l'État hôte et du public<sup>638</sup>. Il est aussi exigé de l'investisseur l'établissement et le maintien d'un fonds de fermeture afin de s'assurer que les ressources sont disponibles pour la mise en œuvre du plan de déclassement, conformément aux bonnes pratiques de l'industrie pour de tels fonds<sup>639</sup>. Enfin, le TBI modèle prend soin d'inscrire l'obligation minimale de gestion environnementale dans la durée, en précisant que les plans de gestion des investisseurs doivent inclure des dispositions pour l'amélioration continue des technologies et des pratiques de gestion environnementale, tout au long de la durée de la vie de l'investissement<sup>640</sup>.

---

<sup>634</sup> De plus, les commentateurs du TBI modèle de la SADC font clairement référence à la famille de normes ISO 14000 ; normes qui donnent des outils pratiques aux entreprises et aux organisations de tous types qui souhaitent maîtriser leurs responsabilités environnementales. Tout particulièrement, la norme ISO 14001 est internationalement reconnue comme une référence pour la mise en place d'un système de management environnemental. Elle aide les organismes à améliorer leur performance environnementale grâce à une utilisation plus rationnelle des ressources et à la réduction des déchets, gagnant, par là même, un avantage concurrentiel et la confiance des parties prenantes. Voir., Organisation internationale de normalisation (ISO), *Une introduction à la norme ISO 14001* [en ligne], Genève, 2015, p. 1, [consulté le 22 avril 2018].

<sup>635</sup> MANN (H), VON MOLTKE (K), PETERSON (L.E.), COSBEY (A), *Accord international sur l'investissement pour le développement durable, Guide du négociateur*, Winnipeg, IIDD, mai 2006, p. 32

<sup>636</sup> TBI modèle de la SADC, commentaire art. 14 § 1. In *SADC Model Bilateral Investment Treaty Template with Commentary*, Gaborone (Botswana), juin 2012, p. 35

<sup>637</sup> TBI modèle de la SADC, art. 14 § 2.

<sup>638</sup> *Ibid.*

<sup>639</sup> TBI modèle de la SADC, art. 14 § 3.

<sup>640</sup> TBI modèle de la SADC, art. 14 § 4.

---

## B. LE RESPECT DES DROITS DE L'HOMME

290. Les droits de l'Homme (DH) constituent un pan essentiel du développement durable<sup>641</sup>. De ce fait, les traités d'investissement qui prétendent soutenir le développement durable doivent aussi soutenir la protection des DH. En effet, si les investissements étrangers peuvent avoir des impacts positifs sur les DH dans l'État récepteur<sup>642</sup>, ils peuvent aussi porter atteinte aux droits des personnes ; qu'il s'agisse des droits des employés de l'investisseur ou ceux des communautés locales susceptibles d'être affectées par la pollution environnementale résultant des activités effectuées sur le site de l'investissement<sup>643</sup>. Cependant, aucun traité d'investissement n'incluait jusqu'alors d'obligations fermes à l'égard des investisseurs en matière de respect des DH<sup>644</sup>. Les traités de la CEDEAO et de la SADC tentent ainsi de *rectifier le tir* en intégrant, à l'égard des investisseurs, une obligation générale (1) et une obligation spécifique liées aux droits des travailleurs (2).

### 1. L'obligation générale de respect

291. Pour que l'investissement contribue au mieux à l'objectif de développement durable, l'Acte additionnel de la CEDEAO exige des investisseurs qu'ils se comportent de façon à respecter les DH et que ceux-ci s'abstiennent de tous actes de violation de tels droits : « les investisseurs n'entreprennent ni ne font entreprendre d'actes qui violent les droits de l'Homme »<sup>645</sup>. L'article 15 § 1 du TBI modèle de la SADC reprend les mêmes termes en précisant que l'obligation de respect des DH doit être observée au sein de l'État hôte afin de s'assurer qu'une violation de la disposition déclenche une obligation de faire des réparations aux victimes de tels abus en vertu du droit national dudit État. Bien évidemment, les

---

<sup>641</sup> Voir notamment COURNIL (C), « Le lien "droits de l'Homme et développement durable" après RIO + 20 : influence, genèse et portée », *Droits fondamentaux* [en ligne], janvier 2011 - décembre 2012, n° 9, 30 p., [consulté le 19 avril 2018].

<sup>642</sup> Sur le plan positif, l'augmentation des flux d'investissements conduit généralement à la croissance économique et peut fournir à l'État hôte les ressources nécessaires à la garantie et la réalisation des DH. Dans le domaine de l'éducation, par exemple, les revenus accrus de l'investissement peuvent fournir aux États hôtes les moyens de financer l'enseignement primaire, secondaire et supérieur et donc garantir le droit à l'éducation. Op. cit., VANDUZER (J. A.), SIMONS (P) et MAYEDA (G), *Integrating Sustainable Development into International Investment Agreements: A Guide for Developing Countries*, London, Commonwealth Secretariat, 2012, p. 291

<sup>643</sup> *Ibid.*

<sup>644</sup> Dans certains AII, les Parties se contentaient d'affirmer, dans le préambule, leur attachement aux DH en faisant référence aux principes exposés dans la Charte de l'ONU et la Déclaration universelle des DH. Plus récemment, des États ont commencé à inclure des dispositions traitant de la RSE et font référence aux DH ; mais il ne s'agit, ici, que d'engagements volontaires, dénués de toute force exécutoire.

<sup>645</sup> Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO, art. 14 § 2.

---

investissements n'auront tous pas les mêmes impacts sur les DH ; ceux-ci différeront selon la nature et la taille, l'emplacement de l'investissement proposé, ou encore le contexte social, politique, juridique et écologique<sup>646</sup>.

292. Les traités régionaux élargissent, par ailleurs, le champ de l'obligation en imposant aux investisseurs le respect des normes de DH adoptées par l'État d'accueil et/ou d'origine, à l'échelle régionale<sup>647</sup> ou internationale<sup>648</sup>. Cette disposition diffère de celle précédemment évoquée en ce qu'elle cherche à garantir que les investisseurs opérant au sein des espaces régionaux ne recherchent pas de nouveaux endroits où investir dans le but de contourner les normes régionales ou internationales applicables dans leur État d'accueil et/ou d'origine. Elle ajoute, en outre, un certain degré de précision et de certitude pour les investisseurs, puisqu'il ne s'agit pas d'« obligations ouvertes », mais celles qui tirent expressément leur source de la loi ou de la ratification d'une convention par l'État hôte ou l'État d'origine<sup>649</sup>.
293. Enfin, les traités régionaux stipulent que « les investisseurs ne doivent, ni se rendre complices, ni porter assistance à des tiers y compris les pouvoirs publics, en vue de porter atteinte aux droits de l'Homme en période normale ou de troubles sociopolitiques »<sup>650</sup>. Deux observations peuvent être faites à cet égard. D'abord, la disposition conventionnelle, qui

---

<sup>646</sup> Ainsi, par exemple, le risque d'incidences sur les DH sera différent et moins grave dans le cadre de la création d'une banque en zone urbaine, comparé à une mine d'or ou d'autres entreprises d'extraction situées sur des terres autochtones ou dans une zone écologiquement sensible. Cependant, les droits de groupes vulnérables comme les enfants, les handicapés et les travailleurs émigrés, aussi bien que des droits touchant à la discrimination raciale (y compris à l'égard des peuples autochtones), seront toujours applicables. *Op. cit.*, VANDUZER (J. A.), SIMONS (P) et MAYEDA (G), *Integrating Sustainable Development into International Investment Agreements: A Guide for Developing Countries*, London, Commonwealth Secretariat, 2012, p. 305

<sup>647</sup> L'article 14 § 2 de l'Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO se limite aux exigences régionales et dispose que : « les investisseurs ne doivent pas gérer ou exploiter les investissements d'une façon qui élude les **obligations régionales** en matière de normes sociales, de santé publique, d'environnement, de travail et de droit de l'Homme auxquels sont Parties, l'État d'accueil et/ou l'État d'origine. » [Caractères gras ajoutés].

<sup>648</sup> L'article 15 § 3 du TBI modèle de la SADC s'inscrit plutôt dans une visée internationaliste et stipule pour sa part : « *Investors and their investments shall not [establish,] manage or operate Investments in a manner inconsistent with international environmental, labour, and human rights obligations binding on the Host State or the Home State, whichever obligations are higher* » [caractères gras ajoutés].

<sup>649</sup> Commentaire de l'article 15 § 3 du TBI type de la SADC, *in SADC Model Bilateral Investment Treaty Template with Commentary*, Gaborone (Botswana), juillet 2012, p. 36

<sup>650</sup> Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO, art. 14 § 3. Une disposition identique est prévue à l'article 15 § 1 du TBI type de la SADC : « [...] *Investors and their investments shall not assist in, or be complicit in, the violation of the human rights by others in the Host State, including by public authorities or during civil strife.* ».

---

semble d'ailleurs s'inspirer des normes onusiennes<sup>651</sup>, vise à clarifier les obligations des investisseurs quant à la commission, ou la complicité, de violation des DH. Jusque-là, aucun AII ne prévoyait pareille clause, bien qu'il soit maintenant largement admis en droit international que les sociétés et autres entités commerciales ont, comme les individus, l'obligation de ne pas commettre, ou d'être complice de tels abus et crimes<sup>652</sup>. Précisons que la notion de *complicité*<sup>653</sup> pourrait, en l'espèce, être appréhendée comme une certaine forme d'affiliation ou d'omission délibérée d'agir face aux violations des droits humains<sup>654</sup>. Cette disposition diffère, elle aussi, des obligations sus évoquées en ce qu'elle interdit des types de conduites pouvant mener à des sanctions pénales.

294. On doit admettre à cet effet que les traités régionaux pèchent par leur manque de précision sur les infractions visées. Néanmoins, l'idée qui semble sous-tendre l'obligation est celle de cibler des violations flagrantes, susceptibles d'enfreindre le droit international pénal et pour lequel les simples réparations seraient complètement inadéquates. L'article interdirait alors la complicité dans une gamme variée d'actes, tels que les génocides, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre, le travail forcé, la torture, etc. Il exigerait, en outre, que les investisseurs prennent des mesures pour assurer que leurs investissements ne contribuent pas directement ou indirectement à la commission de tels actes. Dans cette même logique, les investisseurs devraient aussi s'assurer que les fournisseurs de services de sécurité, public ou privé, respectent les normes de DH lorsqu'ils ont recours à l'usage de la force pour protéger les biens et les installations de l'investissement<sup>655</sup>.

---

<sup>651</sup> Voir, entre autres, les paragraphes introductifs des principes 1 et 2 du Pacte mondial du 26 juillet 2000 ; les normes sur les responsabilités des sociétés transnationales et autres entreprises commerciales en matière de Droits de l'Homme, de l'ECOSOC, UN Doc E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rév. 2 (2003).

<sup>652</sup> Voir à ce sujet, KAMMINGA (M.T.), ZIA-ZARM (S), (eds), *Liability of Multinational Corporations under International Law*, The Hague, Kluwer Law International, 2000, 432 p. ; CLAPHAM (A), « State Responsibility, Corporate Responsibility, and Complicity in Human Rights Violations », in BOMANN-LARSEN (L), WIGGEN (O) (eds), *Responsibility in World Business : Managing Harmful Side-Effects of Corporate Activity*, United Nations University Press, Tokyo, 2004, p. 50-81.

<sup>653</sup> La complicité désigne une « situation de celui qui, par aide ou assistance, facilite la préparation ou la consommation d'une infraction, sans en réaliser lui-même les éléments constitutifs, ou encore provoque à une infraction ou donne des instructions pour la commettre ». (Conf. GUINCHARD (S), MONTAGNIER (G), *Lexique des termes juridiques*, 16<sup>ème</sup> éd, Lyon et Paris, Dalloz, 2007, p.145-146).

<sup>654</sup> Commentaire de l'article 15 § 1 du TBI modèle in *SADC Model Bilateral Investment Treaty Template with Commentary*, Gaborone (Botswana), juillet 2012, p. 36. Il s'agirait, par exemple, de payer des personnes ou des groupes pour mettre fin à une réunion syndicale, apporter un soutien quelconque à des tiers qui commettent des actes en violation des obligations à l'égard des DH.

<sup>655</sup> Dans le cadre de la protection des investisseurs ou de l'investissement, les forces de sécurité peuvent commettre des atteintes aux droits humains, dont certaines peuvent constituer des crimes internationaux. Voir par exemple, les allégations de complicité dans le déplacement forcé, les exécutions extrajudiciaires, les disparitions, les viols et les enlèvements, l'utilisation du travail forcé et la répression violente de



295. La seconde observation concerne la période couverte par l'obligation. Sur ce point, l'article 15 § 1 du TBI modèle précise que les investisseurs doivent respecter les DH en période de guerre civile (« *during civil strife* »). En effet, les investisseurs peuvent parfois se trouver dans des zones de conflits armés ou de guerres civiles où les violations les plus flagrantes des DH se produisent fréquemment<sup>656</sup>. Cela est particulièrement vrai pour les investisseurs opérant dans les industries extractives, dont les décisions d'établissement sont généralement conditionnées par la localisation des ressources<sup>657</sup>.
296. Toutefois, la prescription conventionnelle ne devrait pas être limitée à de telles situations. Elle devrait également s'appliquer dans des contextes et zones à déficit de gouvernance<sup>658</sup> et pourrait, par exemple, inclure le meurtre ou la disparition des syndicalistes<sup>659</sup>. En cela, la formulation proposée à l'article 14 § 3 de l'Acte additionnel de

---

manifestations pacifiques ont été faites à l'encontre d'investisseurs. Voir en l'occurrence l'affaire *Association canadienne contre l'impunité (ACCI) c Anvil Mining Ltd 2011 QCCS 1966 (CanLII)*. Dans cette affaire, l'ACCI a allégué que l'investisseur canadien Anvil Mining, propriétaire de la mine Dikulushi située à 50 kilomètres de Kilwa, une ville isolée de la province du Katanga, en RDC, s'est fait complice des exactions (exécution sommaires, détentions illégales et pillage, notamment) commises par les FARDC ayant repris la ville de Kilwa des mains d'un petit groupe de rebelles, appelé Mouvement révolutionnaire pour la Libération du Katanga (MRLK), en transportant ces troupes par camions et par avion et en les nourrissant. Affaire disponible en ligne, sur le site de *Business & Human Right Resource Centre* : <https://www.business-humanrights.org/.../pdf-association-canadienne-contre-limpunité>

<sup>656</sup> Lire à ce sujet OCDE, *Les entreprises multinationales dans des situations de conflits violents et de violations généralisées des droits de l'homme*, [en ligne], Paris, éditions OCDE, 2002, 38 p. [consulté le 29 août 2018].

<sup>657</sup> Voir, ECOSOC, *Human Rights Principles for Transnational Corporations and Other Business Enterprises, Introduction*, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2001/WG.2/WP.1/ Add.1, 2002, p. 3. Un excellent cas d'espèce nous est exposé par Lahra LIBERTI en ces termes « [...] en 2000, le Conseil de sécurité a demandé au Secrétaire général des Nations Unies la mise en place d'un groupe d'experts sur l'exploitation illégale des ressources naturelles en République démocratique du Congo. Sous mandat du Conseil de sécurité, le groupe d'experts 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 et il a formulé des recommandations sur l'adoption des sanctions adressées directement aux entreprises. Le groupe d'experts a mis en évidence le rôle déterminant joué par le secteur privé dans l'exploitation illégale des ressources et la poursuite de la guerre et il a dressé une liste des entreprises impliquées dans ces activités, qui alimentent le conflit en cours et ajoutent aux violations des droits de l'homme [...]. Les rapports présentés par le groupe d'experts représentent le premier exemple d'analyse approfondie du rôle des entreprises qui investissent dans des zones de conflit. La majorité des entreprises visées dans les rapports se sont confrontées avec le groupe d'experts et certaines d'entre elles ont reconnu avoir porté atteinte par leur conduite à la jouissance des droits de l'homme ; elles ont pris des mesures correctives ou bien elles se sont engagées à le faire dans des délais précis ». Voir LIBERTI (L.), « Investissements et droits de l'homme », in *Global forum VII on International Investment*, OCDE, 27-28 mars 2008, p. 798

<sup>658</sup> L'OCDE définit les "zones à déficit de gouvernance" comme étant « des environnements d'investissement dans lesquels les pouvoirs publics ne peuvent pas ou ne veulent pas assumer leur rôle de protection des droits [...], fournir les services publics fondamentaux (programmes sociaux, développement des infrastructures, application de la loi et surveillance prudentielle) et assurer l'efficacité et l'efficacités de la gestion du secteur public ». In OECD, *Outil de sensibilisation au risque de l'OCDE destiné aux entreprises multinationales opérant dans les zones à déficit de gouvernance*, Paris, 2006, p. 11

<sup>659</sup> VANDUZER (J. A.), SIMONS (P) et MAYEDA (G), *Integrating Sustainable Development into International Investment Agreements: A Guide for Developing Countries*, London, Commonwealth Secretariat, 2012, p. 317

la CEDEAO semble plus aboutie, vu qu'elle impose aux investisseurs l'obligation de ne pas commettre ou se rendre complices d'actes qui violent les droits de l'Homme « [...] en période normale ou de troubles sociopolitiques ». D'autres observateurs préciseront que ces obligations n'ont cependant pas vocation à couvrir des exigences proactives, telles que celles relatives à la responsabilité sociale de l'entreprise<sup>660</sup>. Il ne s'agira pas non plus de rendre les investisseurs responsables, par exemple, de la construction d'écoles pour respecter le droit d'une enfant à l'éducation<sup>661</sup>.

## 2. L'obligation spécifique de respect des droits des travailleurs

297. Les traités régionaux prévoient des dispositions relatives au respect des principes et droits fondamentaux du travail, considérés comme étant l'application des droits de l'Homme au contexte spécifique des travailleurs et employeurs. Ceux-ci commencent d'abord par relever que les investisseurs doivent respecter les droits de l'Homme sur le lieu de travail<sup>662</sup>. Encore plus inhabituel dans la pratique des IIA, les instruments régionaux introduisent une clause imposant aux investisseurs d'agir conformément aux normes fondamentales du travail prévues par la Déclaration de l'OIT<sup>663</sup> de 1998 : « les investisseurs agissent en conformité avec les normes fondamentales du travail tel que l'exige la déclaration de l'OIT relative aux principes et aux droits fondamentaux du travail de 1998 »<sup>664</sup>. Le choix de cet instrument traduit clairement l'ambition qu'ont les nouveaux traités à contribuer au développement durable. Pour s'en convaincre, il suffit de se souvenir que la Déclaration de l'OIT de 1998 a

<sup>660</sup> MANN (H), VON MOLTKE (K), PETERSON (L.E.), COSBEY (A), *Accord international sur l'investissement pour le développement durable, Guide du négociateur*, Winnipeg, IIDD, mai 2006, p. 32-33

<sup>661</sup> *Ibid.*

<sup>662</sup> Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO, art. 14 § 2 ; TBI modèle de la SADC, art.15 § 1.

<sup>663</sup> L'Organisation Internationale du Travail (OIT) a été fondée en 1919, au lendemain de la première guerre mondiale, avec pour principal objectif de promouvoir les droits au travail, d'encourager la création d'emplois décents, de développer la protection sociale et de renforcer le dialogue social dans la gestion des problèmes liés au monde du travail. Elle est régie par un « système tripartite », qui permet aux représentants des employeurs et des employés de décider plus ou moins sur un pied d'égalité avec les représentants des gouvernements, a élaboré de nombreuses conventions internationales, recommandations et procédures qui sont fondamentales pour la protection des droits économiques et d'autres DH. Les conventions internationales adoptées sont ensuite ratifiées par ses 187 États membres et transposées dans leurs droits internes. En 1946, l'OIT est devenue la première institution spécialisée des Nations unies dont les objectifs de développement durable contiennent de nombreuses références à l'Agenda du travail décent de l'OIT, tel que l'objectif 8 qui vise à promouvoir une croissance économique soutenue, partagée et durable, le plein-emploi productif et un travail décent pour tous. Voir., OIT, *A propos de l'OIT* [en ligne], [consulté le 24 avril 2018].

<sup>664</sup> Acte additionnel de la CEDEAO sur l'investissement, art.14 § 4 ; TBI modèle de la SADC, art. 15 § 2.

---

été adoptée à la suite de l'appel lancé à l'occasion du Sommet mondial de Copenhague, qui préconisait de protéger et promouvoir les droits fondamentaux des travailleurs afin de réaliser une croissance économique soutenue et un développement durable<sup>665</sup>. Adoptée par la Conférence internationale du Travail (CIT)<sup>666</sup>, « la Déclaration de l'OIT définit ce qui est considéré comme le minimum global de la norme ou des normes fondamentales du travail »<sup>667</sup>. À la base, la Déclaration de 1998 visait uniquement les États Membres de l'OIT et avait pour objectif d'inciter ces derniers à observer un certain nombre de principes fondamentaux<sup>668</sup> ; tels que la liberté d'association et la reconnaissance effective du droit de négociation collective, l'élimination de toute forme de travail forcé ou obligatoire, l'abolition effective du travail des enfants, l'élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession<sup>669</sup>.

298. En procédant par un renvoi direct aux dispositions de la Déclaration, les traités d'investissement érigent celles-ci en normes minimales de référence que les investisseurs régionaux doivent désormais prendre en compte, indépendamment de la question de savoir si le respect de ces normes est requis par les législations nationales. Une telle approche, pour le moins audacieuse, peut néanmoins s'avérer contre-productive, si l'on s'en tient à certaines considérations faisant état de ce que l'obligation de respect des normes fondamentales du travail est souvent de nature à décourager les investisseurs étrangers<sup>670</sup>. Contrairement à ce

---

<sup>665</sup> ONU, Rapport du Sommet mondial pour le développement social : *Déclaration de Copenhague sur le développement social et programme d'action du Sommet mondial pour le développement social*, Copenhague, 6-12 mars 1995, A/CONF.166/9, § 54.

<sup>666</sup> Considérée comme une sorte de parlement international du travail, la CIT est constituée de chaque État membre représenté par une délégation composée de deux délégués gouvernementaux, un délégué employeur et un délégué travailleur, assistés de conseillers. Cette instance remplit de multiples fonctions, notamment l'élaboration et l'adoption des normes internationales du travail, le suivi de l'application des conventions et recommandations au niveau national, etc. Voir OIT, *A propos de la CIT* [en ligne], [consulté le 24 avril 2018].

<sup>667</sup> TBI modèle de la SADC, Commentaire de l'article 15 § 2, in *SADC Model Bilateral Investment Treaty Template with Commentary*, Gaborone (Botswana), juin 2012, p. 36

<sup>668</sup> Précisons que les droits et principes sont dits « fondamentaux », non pas en fonction d'une hiérarchie ni au mépris d'autres normes internationales du travail mais plutôt sur la justice sociale parce qu'ils sont utiles pour promouvoir les normes internationales du travail dans leur ensemble et constituent un moyen essentiel pour réaliser tous les objectifs constitutionnels de l'Organisation. Voir BIT, *Déclaration de l'OIT sur la justice sociale pour une mondialisation équitable*, CIT, 97<sup>ème</sup> session, Genève, 10 juin 2008.

<sup>669</sup> BIT, *Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail et son suivi*, CIT, 86<sup>ème</sup> session, Genève, 18 juin 1998, art. 2.

<sup>670</sup> Ce raisonnement se fonde sur le fait que certains investisseurs pourraient être davantage attirés par les États où les normes du travail sont moins exigeantes et qui se traduirait par un faible coût de la main d'œuvre. Voir : HOWSE (R), LANGILLE (B) and BURDA (J), « The World Trade Organization and Labour Rights: Man Bites Dog », in LEARY (V. A.) and WARNER (D) (eds), *Social Issues, Globalisation and International Institutions*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2006, p. 157-168.

---

point de vue, des études empiriques menées au cours de la dernière décennie ont montré que le maintien de normes du travail ne se trouve pas être un moyen de dissuasion à l'investissement<sup>671</sup>. Comme le note si bien l'OCDE, les craintes que pourraient avoir les pays en voie de développement de ce que des normes élevées de travail affectent négativement leur performance économique ou leur compétitivité sur les marchés mondiaux n'ont aucune justification économique. Non seulement le niveau de normes locales de travail n'est pas un facteur significatif dans la prise de décision d'investissement, mais il est aussi envisageable que le respect des normes principales renforce la performance économique à long terme du pays<sup>672</sup>.

299. *A contrario*, les violations des droits du travail auraient, selon certains, l'effet de décourager l'investissement étranger, même lorsque l'État hôte est un pays pauvre ou en développement<sup>673</sup>. Par ailleurs, les rédacteurs du TBI de la SADC précisent que presque tous les États ont souscrit aux normes de l'OIT, de sorte qu'il n'y a aucun argument évident pour tout investisseur de fonctionner de manière à nier ces normes<sup>674</sup>. Les rédacteurs affirment également que les investisseurs sont de plus en plus familiers avec les normes internationales imposées dans la présente disposition, compte tenu de la nature tripartite du processus par lequel les normes de l'OIT sont adoptées (gouvernement, entreprises et travailleurs)<sup>675</sup>. Sur cette base, la conformité aux normes fondamentales du travail devrait être moins lourde que ce qui peut être pensé. Enfin, l'inclusion de telles dispositions aide non seulement à équilibrer les droits et les obligations des investisseurs dans les traités d'investissement, mais donne en outre aux États la possibilité de compléter leurs lois nationales et de renforcer les mécanismes d'exécution fondés sur ces traités<sup>676</sup>. La disposition permettrait ainsi d'atténuer le risque que l'adoption ou l'application de ces normes dans l'ordre interne soient contestées par le biais de l'arbitrage investisseur-État.

---

<sup>671</sup> OECD, *Trade, Employment and Labour Standards : A Study of Core Worker's Rights and International Trade*, OECD, Paris, 1996, p. 105

<sup>672</sup> *Ibid.*

<sup>673</sup> BUSSE (M), NUNNENKAMP (P) and SPATAREANU (M), « Foreign Direct Investment and Labour Rights: A Panel Analysis of Bilateral FDI Flows », *Applied Economics Letters*, 2011, vol. 18, issue 2, 149-152

<sup>674</sup> Commentaire de l'article 15 § 2 du TBI modèle de la SADC, in SADC, *SADC Model Bilateral Investment Treaty Template with Commentary*, Gaborone (Botswana), juillet 2012, p. 36. Voir aussi à cet effet, OIT, *Normes du travail en Afrique* [en ligne], [consulté le 24 avril 2018].

<sup>675</sup> *Ibid.*

<sup>676</sup> VANDUZER (J. A.), SIMONS (P) et MAYEDA (G), *Integrating Sustainable Development into International Investment Agreements: A Guide for Developing Countries*, London, Commonwealth Secretariat, 2012, p. 328

---

## § 2. L'INCLUSION D'OBLIGATIONS PROVENANT DE DIVERSES SOURCES DE RÉGULATION

300. Hormis les exigences relatives aux droits de l'Homme et à l'environnement, les traités d'investissement de la CEDEAO et de la SADC ont prévu d'autres obligations à la charge des investisseurs qui procèdent d'une variété de sources de régulation. Ces obligations concernent essentiellement l'observation des normes de gouvernance d'entreprise (A) et l'engagement à s'abstenir d'actes de corruption (B).

### A. L'OBSERVATION DES NORMES DE GOUVERNANCE D'ENTREPRISE

301. La gouvernance ou gouvernement d'entreprise (GE) est un concept récent qui est apparu au début des années 1990<sup>677</sup>. Même s'il n'existe pas de définition unique, la gouvernance d'entreprise ou gouvernement d'entreprise renvoie généralement « aux relations entre la direction d'une entreprise, son conseil d'administration, ses actionnaires et d'autres parties prenantes. Il détermine également la structure par laquelle sont définis les objectifs d'une entreprise, ainsi que les moyens de les atteindre et d'assurer une surveillance des résultats obtenus »<sup>678</sup>. Elle est aussi appréhendée comme « [...] le cadre institutionnel, juridique et réglementaire qui régit la relation entre les dirigeants et les investisseurs au sein d'une entreprise, que celle-ci soit privée, cotée en Bourse ou publique »<sup>679</sup>. Selon les rédacteurs du TBI modèle de la SADC, l'inclusion d'une clause relative à la gouvernance d'entreprise n'était pas *a priori* indispensable, mais les pratiques de nombreuses EMN rendaient de telles dispositions toujours nécessaires<sup>680</sup>. En effet, la succession des scandales résultant d'une gouvernance défaillante et leurs conséquences socio-environnementales a entraîné une prise

---

<sup>677</sup> CABANE (P), *Manuel de gouvernance d'entreprise, les meilleures pratiques pour créer de la valeur*, Paris, Eyrolles, p. 25

<sup>678</sup> OCDE, *Principes de gouvernance d'entreprise du G20 et de l'OCDE*, Paris, 2015, p. 11. Pour Frédéric PARRAT, la structure de gouvernance d'une entreprise doit prendre en compte trois grandes dimensions, à savoir : « une dimension disciplinaire qui consiste à définir les modalités de contrôle et le niveau des marges de manœuvre dont doivent disposer les managers pour s'impliquer efficacement dans le processus de création de valeur ; une dimension cognitive et comportementale, qui vise à capter les ressources externes dont a besoin l'entreprise pour assurer son développement à long terme et qui aide à réduire les erreurs de raisonnement dont peuvent être victimes les différents partenaires ; [et enfin], une dimension relative à la finalité de la gouvernance qui doit s'inscrire dans une optique actionnariale, partenariale, voire partagée ». In PARRAT (F), *Théorie et pratique de la gouvernance d'entreprise*, Paris, Maxima, 2014, p. 14

<sup>679</sup> BAfD, *Le développement du secteur privé comme moteur du développement économique en Afrique*, Rapport sur le développement en Afrique, Tunis, 2011, p. 150

<sup>680</sup> Commentaire de l'article 16 du TBI type de la SADC in SADC, *SADC Model Bilateral Investment Treaty Template with Commentary*, Gaborone (Botswana), juillet 2012, p. 37

---

de conscience de l'opinion publique internationale quant à la nécessité d'un encadrement juridique<sup>681</sup>.

302. Au niveau continental, la BAD faisait remarquer qu'« en lançant le Nouveau Partenariat pour le développement de l'Afrique (NEPAD) en 1992, les chefs d'État et de gouvernement africains ont reconnu que la mauvaise gouvernance d'entreprise avait empêché le secteur privé africain de mobiliser des ressources financières sur les marchés financiers nationaux et internationaux et de fonctionner de manière transparente et socialement responsable »<sup>682</sup>. La GE est dès lors devenue un aspect essentiel à la réalisation des objectifs du développement durable. Dans le cadre des traités régionaux, essentiellement deux principes sont retenus parmi les multiples aspects que recouvre la notion de GE ; à savoir, la transparence et le respect de principes comptables. En effet, l'Acte additionnel de la CEDEAO dispose que « les investissements doivent se conformer aux normes de gouvernance d'entreprise acceptées à l'échelle nationale et internationale pour le secteur en question, et surtout en ce qui concerne la **transparence** et les **principes comptables** »<sup>683</sup>. Le TBI modèle est encore plus exigeant, puisqu'il stipule que les investissements doivent atteindre, ou même « dépasser », les normes nationales et internationalement reconnues en la matière : « *Investments shall meet or exceed national and internationally accepted standards of corporate governance for the sector involved, in particular for **transparency** and in the application of internationally accepted **accounting standards*** »<sup>684</sup>.
303. Concernant le cas spécifique de la transparence, l'Acte additionnel de la CEDEAO dispose en son article 15 § 2 que « les investisseurs et les autorités compétentes de l'État ou des États d'accueil doivent mettre à la disposition du public tout contrat ou toute convention d'investissement, signée avec le ou les gouvernements de l'État d'accueil [...] ». La disposition est importante, surtout dans le contexte africain où plusieurs pays tentent de répondre aux préoccupations croissantes quant à la transparence des négociations des

---

<sup>681</sup> On en veut pour preuve les scandales financiers WorldCom, Enron ou encore Vivendi Universal. Voir., OCDE, *Gouvernement d'entreprise et crise financière : conclusions principales et messages clés*, Paris, 2009, 57 p.

<sup>682</sup> BfAD, *Le développement du secteur privé comme moteur du développement économique en Afrique*, Rapport sur le développement en Afrique, Tunis, 2011, p. 149. Pour une étude plus détaillée sur le sujet, voir TRAORE (B), *Gouvernance d'entreprise en Afrique*, Paris, L'Harmattan, Étude africaine, 2015, 250 p.

<sup>683</sup> Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO, art.15 § 1 [caractères gras ajoutés].

<sup>684</sup> Traité type de la SADC, art.16 § 1 [caractères gras ajoutés].

---

contrats d'investissement, notamment dans les industries extractives<sup>685</sup>. Elle précise toutefois que son application devra se faire sous réserve de toute législation régissant la divulgation de tout renseignement commercial confidentiel<sup>686</sup>.

304. Le TBI modèle de la SADC adopte une approche similaire, mais expose de manière plus détaillée les différentes exigences conventionnelles découlant de ce principe. Ainsi prévoit-il que les investisseurs rendent public, en temps opportun, tous les paiements effectués à un gouvernement liés à l'établissement ou au droit d'exploitation d'un investissement (art. 18 § 1), y compris les taxes, redevances et paiements semblables (art. 18 § 2). Le TBI modèle se prononce même sur le mode de divulgation des informations, en précisant que lorsque cela est réalisable, les contrats et les paiements devront être rendus disponibles via internet et librement accessibles au public (art. 18 § 3).

305. Concomitamment au principe de transparence, la GE s'apprécie aussi par le respect des principes comptables. Si l'Acte additionnel se contente uniquement d'énoncer le principe en son article 15 § 1, le TBI type de la SADC se montre beaucoup plus explicite. En effet, il précise que les investisseurs et leurs investissements s'assureront que toutes les transactions avec des entreprises liées ou affiliées seront des transactions de concurrence normale au juste prix du marché et que ceux-ci n'entreprendront pas de transfert des pratiques tarifaires entre eux ou avec toutes autres entreprises liées ou affiliées<sup>687</sup>. L'article tente ainsi d'apporter une solution à la problématique des prix de transfert<sup>688</sup> et exige que les transactions entre un groupe d'entreprises soient évaluées comme s'ils avaient été effectués entre des parties non liées. Selon les rédacteurs du TBI modèle, la question du prix de transfert est un facteur majeur dans la protection des revenus gouvernementaux, face aux pratiques malveillantes de certaines entreprises qui répartissent les coûts et les dépenses en vue de réduire ou d'éviter les impôts dans l'État d'accueil<sup>689</sup>. De telles pratiques ont indéniablement un impact

---

<sup>685</sup> Voir., SEATINI et DIAKONIA, « Assessment study of the draft EAC Framework and Investment Model Treaty : Key provisions and proposals for pro-development investment policies and agreement », sur SEATINI [en ligne], publié en juin 2015, p. 25, [consulté le 3 novembre 2016].

<sup>686</sup> Acte additionnel de la CEDEAO sur l'investissement, art.15 § 2.

<sup>687</sup> TBI modèle de la SADC, art.16 § 2. La disposition est ainsi rédigée : « *Investors and their investments shall ensure that all transactions with related or affiliated companies shall be arm's length transactions at fair market price. Investors and their investments shall not undertake any transfer pricing practices between themselves or any other related or affiliated companies* ».

<sup>688</sup> Les prix de transfert ou encore tarification de transfert désigne un mécanisme par lequel le bénéfice est affecté (alloué, réparti) au sein d'un groupe de sociétés.

<sup>689</sup> Commentaire de l'article 16 § 2 du TBI type de la SADC in *SADC Model Bilateral Investment Treaty Template with Commentary*, Gaborone (Botswana), juin 2012, p. 37

---

significatif sur les recettes fiscales de nombreux pays africains disposant de moyens de contrôle limités<sup>690</sup>. Ainsi, l'article établit des attentes claires et offre aux États parties la possibilité de procéder à des réclamations contre les entreprises en cause<sup>691</sup>.

## B. L'ENGAGEMENT À S'ABSTENIR D'ACTES DE CORRUPTION

306. Une autre obligation conventionnelle à l'égard des investisseurs concerne l'abstention de toutes pratiques corruptrices. L'Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO commence d'abord par définir la notion de corruption comme étant « l'offre, la promesse ou le don de tout argent ou présent de toute autre nature, directement ou par des intermédiaires, à un agent public de l'État d'accueil, à son profit ou au profit d'un tiers, pour ce que cet agent agisse ou s'abstienne d'agir dans l'exécution de fonctions officielles, en vue d'obtenir toute préférence quant à un investissement envisagé ou à des licences, permis, contrats ou un autre quelconque droit connexe à un investissement [...] »<sup>692</sup>. Ainsi appréhendée, la corruption peut entraver l'objectif de développement durable à bien des égards.
307. En effet, la corruption peut entraîner le détournement de l'aide et la perte de recettes fiscales, ce qui affecterait directement la capacité des États à financer leurs politiques sociales, notamment dans les secteurs de la santé et de l'éducation<sup>693</sup>. Elle peut également causer des distorsions dans les marchés publics qui auront, à leur tour, un impact sur le coût, l'efficacité ou la qualité des infrastructures et les services publics<sup>694</sup>. En outre, la corruption fausse la concurrence, conduit à la violation des droits humains<sup>695</sup>, à la dégradation de

---

<sup>690</sup> *Ibid.* Au cours des 50 dernières années l'Afrique aurait perdu plus d'un milliard de dollars du fait des flux financiers illicites (FFI) ; un chiffre est à peu près équivalent à l'ensemble de l'aide publique au développement reçue par l'Afrique pendant le même laps de temps. Op. cit., in UA/CEA, *Flux financiers illicites*, Rapport du Groupe de haut niveau sur les flux financiers illicites en provenance d'Afrique, Addis-Abeba, 2013, p. 15 ; Voir aussi BAFD/OCDE, *Flux financiers illicites, l'économie du commerce illicite en Afrique de l'ouest*, 2018, 8 p.

<sup>691</sup> Commentaire de l'article 16 § 2 du TBI type de la SADC in *SADC Model Bilateral Investment Treaty Template with Commentary*, Gaborone (Botswana), juin 2012, p. 37

<sup>692</sup> Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO, art. 30 § 1 (a).

<sup>693</sup> MAURO (P), « The Effects of Corruption on Growth, Investment, and Government Expenditure », *IMF Working Paper*, n°96/98, septembre 1996, p. 7-8

<sup>694</sup> *Ibid.* Voir également IGWIKE (R.S.), HUSSAIN (M. E.) et NOMAN (A), « The Impact of Corruption on Economic Development: A Panel Data Analysis », sur *SSRN Electronic Journal* [en ligne], February 2012, p. 5 [consulté le 25 avril 2018].

<sup>695</sup> Selon l'organisation Transparency International (TI), « la corruption viole les droits politiques et civils en déformant et en rendant inutiles les institutions et processus politiques et en nuisant au fonctionnement des autorités judiciaires et des services de détection et de répression. La corruption viole également les droits économiques et sociaux en refusant l'accès équitable aux services publics comme la santé et l'éducation, en créant des obstacles pour ceux qui veulent gagner leur vie dans le secteur public ou privé, et [...] en déformant



l'environnement<sup>696</sup> et bien d'autres dommages ; vu que les manœuvres frauduleuses ont généralement pour effet le renoncement ou la non-exécution des procédures et des règles de fond établies<sup>697</sup>. Cependant, relativement peu d'AII existants s'attaquent à la corruption. Les accords les plus engagés abordent timidement la question dans leur préambule<sup>698</sup>, alors que d'autres imposent des obligations aux États parties à mettre en œuvre des mesures législatives et autres pour interdire et sanctionner la corruption<sup>699</sup>. Les instruments régionaux se distinguent ainsi de la pratique actuelle des AII en ce qu'ils ciblent directement les investisseurs et leur impose une obligation de s'abstenir d'actes de corruption. L'Acte additionnel dispose ainsi : « avant et après l'établissement d'un investissement, les investisseurs et les investissements s'abstiennent de tout acte de corruption [...]. »<sup>700</sup>. L'obligation vise alors à encadrer la conduite des investisseurs et surtout à interdire que ceux-ci s'engagent, directement ou même indirectement, dans des activités de corruption. À cet effet, sont également prohibés « l'incitation, l'aide et la complicité ainsi que la conspiration en vue de commettre ou d'autoriser de tels actes »<sup>701</sup>.

---

les processus de prise de décisions concernant l'affectation des ressources ». In Transparency international, *Les conventions contre la corruption en Afrique : que peut faire la société civile pour qu'elles fonctionnent ? Guide de plaidoyer pour la société civile*, Berlin, 2006, p. 5

<sup>696</sup> La corruption porte atteinte à l'environnement en ce qu'elle contribue à la dégradation de l'environnement et au mauvais usage des ressources naturelles. Elle empêche les gens de pouvoir jouir d'un environnement propre et dépourvu de produits toxiques et de bénéficier d'une juste part des ressources naturelles. *Op cit.*, in Transparency international, *Les conventions contre la corruption en Afrique : que peut faire la société civile pour qu'elles fonctionnent ? Guide de plaidoyer pour la société civile*, Berlin, 2006, p. 6

<sup>697</sup> Voir., EIGEN (P) and MOBERG (J), « Transparency and Accountability as a Driver for Growth » in MACGILLIVRAY (A), BEGLEY (P), and ZADEK (S) (eds), *The State of Responsible Competitiveness 2007, Making Sustainable Development Count in Global Markets*, London, AccountAbility, 2007, p. 71-72 ; PELLEGRINI (L), *Corruption, Development and the Environment*, Springer, Dordrecht, 2011, p. 149-150.

<sup>698</sup> Le préambule du TBI Autriche-Tadjikistan, par exemple, fait référence à la nécessité pour tous les gouvernements et les acteurs civils d'adhérer aux instruments internationaux sur la lutte contre la corruption, notamment les conventions de l'ONU et de l'OCDE contre la corruption. Il dispose ainsi : « emphasising the necessity for all governments and civil actors alike to adhere to UN and OECD anti-corruption efforts, most notably the UN Convention against Corruption (2003) ». Le TBI a été signé le 15/12/2010 et est entrée en vigueur le 21/12/2012, disponible en ligne sur <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3308> [consulté le 26 avril 2018].

<sup>699</sup> L'ALE UE-Corée rappelle les obligations des Parties en vertu de la convention de l'OCDE et exige que chaque partie adopte ou de maintienne des mesures appropriées pour interdire et punir la corruption dans l'industrie pharmaceutique et le secteur des soins de santé. Voir le préambule et l'article 4 de l'Annexe 2-D, L'Accord fut signé le 15 octobre 2009 et entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2011. Disponible en ligne sur <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2011:127:FULL&from=FR> [consulté le 26 avril 2018].

<sup>700</sup> Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO, art. 13 § 1 (a).

<sup>701</sup> Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO, art. 30 § 1 (c). L'article 10 § 2 du TBI modèle de la SADC dispose en des termes quasi identiques : « *Investors and their Investments shall not be complicit in any act [...] including incitement, aiding and abetting, and conspiracy to commit or authorization of such acts* ».

308. Le TBI modèle de la SADC va encore plus loin, en interdisant que soient offerts des présents ou d'autres avantages à un membre de la famille, aux associés ou autres proches d'un fonctionnaire : « *Investors and their Investments 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* »<sup>702</sup>.

309. De cette manière, le libellé du TBI modèle propose une norme plus élevée et garantit qu'un large éventail de conduites soit couvert de façon efficace<sup>703</sup>. L'approche referme surtout une brèche potentielle que l'Acte additionnel ne semble pas inclure dans la limite des activités illégales couvertes ; à savoir, les *pots-de-vin* versés à la famille, aux associés ou aux autres proches d'un agent public<sup>704</sup>. Par ailleurs, le traité modèle stipule que les informations fournies par les investisseurs doivent être non seulement disponibles et à jour, mais aussi exactes : « [...] *An Investor shall not commit fraud or provide false or misleading information provided in accordance with this Article* »<sup>705</sup>. Les rédacteurs de l'instrument régional soulignent qu'un tel dispositif est important dans la lutte contre la corruption parce qu'il interdit clairement le recours à la fraude et aux fausses déclarations dans la réalisation de l'investissement<sup>706</sup>. Ils rappelleront, par ailleurs, que l'approche est compatible avec les récentes décisions arbitrales qui ont trouvé de la matière sur les questions de fraude et toutes sortes d'informations trompeuses fournies par les investisseurs à l'État hôte<sup>707</sup>.

---

<sup>702</sup> TBI modèle de la SADC, art.10 § 1 [caractères gras ajoutés].

<sup>703</sup> L'analyse est empruntée au commentaire d'une disposition similaire prévue à l'article 13 de l'Accord modèle de l'IIDD. Voir., MANN (H), VON MOLTKE (K), PETERSON (L.E.), COSBEY (A), *Accord international sur l'investissement pour le développement durable, Guide du négociateur*, Winnipeg, IIDD, mai 2006, p. 31

<sup>704</sup> *Ibid.*

<sup>705</sup> TBI modèle de la SADC, art. 12 § 2.

<sup>706</sup> Commentaire de l'article 12 du TBI type de la SADC in SADC, *SADC Model Bilateral Investment Treaty Template with Commentary*, Gaborone (Botswana), juillet 2012, p. 33-34.

<sup>707</sup> *Ibid.* Sur la pratique arbitrale en matière de corruption, voir notamment YACKEE (J), « Traités d'investissement et corruption par l'investisseur : Une défense émergente pour les États d'accueil ? », *IIDD* [en ligne], octobre 2012, n°1. vol. 3, p. 3-4, [consulté le 26 août 2018].



---

---

**CHAPITRE II.  
LES MÉCANISMES D'EXÉCUTION DES  
OBLIGATIONS**

---

---



---

**310.** La question qui se pose fréquemment concernant l'inclusion d'obligations à l'endroit des investisseurs dans les traités d'investissement est leur application<sup>708</sup>. À cet égard, les traités régionaux étudiés prévoient deux moyens d'exécution des obligations des investisseurs qui se résument dans le déclenchement de leur responsabilité<sup>709</sup>. Le premier moyen d'exécution consiste en la mise en jeu de la responsabilité civile des investisseurs devant les juridictions nationales (Section 1). Il est complété par un second, qui porte pour sa part sur la mise en jeu d'une responsabilité juridique en matière de règlement des différends (Section 2).

---

<sup>708</sup> Comme nous l'avons évoqué précédemment, relativement peu d'AII prévoient des obligations à l'intention des investisseurs, de sorte que peu contiennent des mécanismes d'exécution de ces obligations.

<sup>709</sup> La notion de « responsabilité » se définit généralement comme « l'obligation de répondre d'un dommage devant la justice et d'en assumer les conséquences civiles, pénales, disciplinaires (soit envers la victime, soit envers la société », in CORNU (G), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2014, p. 807



---

## SECTION I.

### L'ÉBAUCHE PÉRILLEUSE D'UNE RESPONSABILITÉ CIVILE DEVANT LES JURIDICTIONS NATIONALES

311. Les traités d'investissement de la CEDEAO et de la SADC se sont avancés avec beaucoup de prudence sur la question de la mise en jeu de la responsabilité civile des investisseurs devant les tribunaux nationaux. Ceux-ci se contentent en effet de fonder cette responsabilité sur une simple déclaration de principe juridique, laissant aux États le soin de déterminer les règles de responsabilité civile envisageables. Néanmoins, les traités régionaux prévoient des orientations utiles qui devraient guider les Parties contractantes dans la mise en œuvre d'un régime de responsabilité effectif, aussi bien dans l'État d'accueil (§ 1) que dans l'État d'origine (§ 2) de l'investisseur.

#### § 1. LA RESPONSABILITÉ CIVILE DANS L'ÉTAT D'ACCUEIL

312. La question de la responsabilité civile des investisseurs dans l'État d'accueil revêt une grande importance aujourd'hui, surtout quand on considère la constante croissance des activités des entreprises multinationales africaines<sup>710</sup>. Bien que l'action en responsabilité à l'encontre des investisseurs s'avère nécessaire dans l'optique du développement durable (A), celle-ci reste toutefois limitée compte tenu des problématiques qu'elle soulève (B).

##### A. UNE ACTION NÉCESSAIRE

313. L'imposition d'une responsabilité civile à l'égard des investisseurs et de leurs investissements est un moyen non négligeable de garantir le respect, dans l'État d'accueil,

---

<sup>710</sup>Voir BAFD, OCDE, PNUD, *Perspectives économiques en Afrique 2017 : Entrepreneuriat et industrialisation*, Paris, éditions OCDE, 2017, p. 51-61. Le rapport de la CNUCED relève également que « les investissements à l'étranger des multinationales africaines ont légèrement progressé (de 1 %, à 18 milliards de dollars) [...] ». In CNUCED, *Rapport sur l'investissement dans le monde 2017, l'investissement et l'économie numérique : Repères et vue d'ensemble*, New York et Genève, 2017, p. 16 ; Voir également le rapport du Bureau International du Travail in BIT, *Les entreprises multinationales et le travail décent : rapport sur la promotion et l'application de la Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale en Afrique*, Unité des entreprises multinationales et de l'engagement auprès des entreprises, Genève, 2015, p. 13-14



---

des obligations énoncées dans les traités régionaux sur l'investissement<sup>711</sup>. Sur cette base, l'article 17 de l'Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO stipule que « les investisseurs sont soumis à des poursuites conformément aux procédures judiciaires de leur État d'accueil en raison d'actes réalisés ou de décisions prises à propos de l'investissement, lorsque lesdits actes ou décisions causent des dommages matériels importants, des préjudices corporels dans l'État d'accueil ». L'article semble, il est vrai, quelque peu ambigu, puisqu'il ne fournit pas d'indications suffisamment précises sur le lieu où l'action en responsabilité civile doit être engagée. En effet, l'article ne dit pas expressément que les poursuites à l'encontre de l'investisseur, fussent-elles conformes « aux procédures judiciaires de leur État d'accueil », se réaliseront dans l'État d'accueil<sup>712</sup>.

314. L'article le laisse certainement supposer ; ce qui serait tout à fait logique et pleinement envisageable dans la mesure où les investisseurs étrangers sont soumis à la législation de l'État hôte et que les mécanismes nationaux peuvent effectivement être utilisés pour engager leur responsabilité. Selon certains spécialistes, la mise en jeu de la responsabilité civile des investisseurs dans l'État hôte est nécessaire, en particulier dans les secteurs où les accidents, la négligence ou les choix en matière de gestion des risques peuvent avoir des répercussions importantes<sup>713</sup>. Elle permettrait ainsi d'éviter qu'il ne se reproduise avec les entreprises régionales émergentes, les mésaventures connues avec les multinationales, occidentales pour la plupart<sup>714</sup>. En effet, « tirant profit des avantages de la mondialisation, elles [ces EMN] ont su jouer sur les différences nationales relatives au coût des facteurs de production (main

---

<sup>711</sup>VANDUZER (J. A.), SIMONS (P) et MAYEDA (G), *Integrating Sustainable Development into International Investment Agreements: A Guide for Developing Countries*, London, Commonwealth Secretariat, 2012, p. 379

<sup>712</sup> On en veut pour preuve les dispositions de l'article 29 de l'Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO consacré à la responsabilité de l'investisseur *dans son État d'origine*, lesquelles stipulent également que « [...] les lois de l'État d'accueil en matière de responsabilité s'appliquent à ces poursuites. ».

<sup>713</sup> MANN (H), VON MOLTKE (K), PETERSON (L.E.), COSBEY (A), *Accord international sur l'investissement pour le développement durable : Guide du négociateur*, Winnipeg, IIDD, 2006, p. 35

<sup>714</sup> Les exemples en la matière sont légion. Au niveau extra-africains, l'on se souvient de notamment de la catastrophe de Bhopal, État du Madhya Pradesh en Inde, le 3 décembre 1984. Catastrophe qui survient à la suite de l'explosion d'une usine d'une filiale de la firme américaine Union Carbide produisant des pesticides. Sevilla ALBORNOZ rappelait aussi qu'« en Équateur, par exemple, l'extraction de pétrole par Chevron et la mauvaise gestion des déchets toxiques nuisent à l'environnement naturel du pays et à la santé et à l'intégrité des communautés équatoriennes ». In ALBORNOZ (C.A.S.), « Les investisseurs étrangers peuvent-ils être tenus responsables des violations des droits humains ? Droit international des droits humains et au-delà », *Investment treaty news – IISD* [en ligne], septembre 2017, n° 3, vol. 8, p. 10, [consulté le 27 avril 2018]. Sur le continent africain nous nous limiterons ici au cas de la pollution pétrolière de 2008, en pays ogoni, dans le delta du Niger, au Nigeria, depuis l'installation de Shell. Voir., Amnesty International, *Pétrole, pollution et pauvreté dans le delta du Niger : un environnement sain, c'est un droit humain* [en ligne], Londres, juin 2009, 8 p., [Consulté le 28 avril 2018].

---

d'œuvre, capital, ressource naturelle), mais également au coût découlant du caractère plus ou moins contraignant des législations notamment en matière fiscale, sociale, environnementale, et de mesures d'hygiène, de santé et de sécurité, afin de diminuer ses coûts de production »<sup>715</sup>.

315. Encore plus alarmant, « [...] de nombreuses entreprises dans leurs activités extractives ou d'exploitation portent atteinte à l'environnement et au droit à la santé. Parfois, elles usent aussi de moyens arbitraires pour s'appropriier les terres des populations, entraînant dans certains cas des déplacements forcés qui s'accompagnent de meurtres et parfois même de cas de tortures pour garder la mainmise sur les ressources »<sup>716</sup>. À l'époque, les pays africains, au-delà des questions de capacité, semblaient peu enclin à réguler l'activité des entreprises opérant sur leur territoire ; sans doute par crainte de se rendre moins attractifs aux yeux des investisseurs étrangers cruciaux à leur développement économique. Ceci avait permis, dans bien des cas, de conférer une certaine *immunité de fait* aux entreprises multinationales y exerçant leur activité<sup>717</sup>, y compris lorsque celle-ci se fait au mépris des droits de l'Homme pourtant internationalement reconnus et protégés<sup>718</sup>.

316. Dans un tel contexte, la mise en jeu d'une responsabilité civile dans l'État hôte contribuerait à dissuader les comportements abusifs futurs des investisseurs étrangers et les

---

<sup>715</sup> BRIGHT (C), *L'accès à la justice civile en cas de violations des droits de l'homme par des entreprises multinationales* [en ligne], [MOREAU (M-A) (dir)] thèse de doctorat, droit, European University Institute, Florence, 2013, p. 9, [consulté le 13 janvier 2018].

<sup>716</sup> BELPORO (C), *La responsabilité des entreprises multinationales pour les violations des droits de l'homme en Afrique*, Paris, l'Harmattan, coll. Études africaines, 2017, p. 27

<sup>717</sup> Voir à ce sujet, JOSEPH (S), « Taming the Leviathans : Multinational Enterprises and Human Rights », *Netherlands International Law Review*, vol. 46, issue 2, 1999, p. 171 ; RATNER (S.R.), « Corporations and Human Rights : A Theory of Legal Responsibility », *Yale Law Journal*, n°3, vol. 111, 2001, p. 443

<sup>718</sup> La majorité des régions en développement (dont les CERA) offre aux multinationales occidentales des zones de production à moindre coût, où l'on observe que les droits fondamentaux des travailleurs et des communautés locales sont bien souvent bafoués. Une étude des Nations Unies relative à l'étendue et les types de violations présumées des DH a clairement mis en cause des entreprises multinationales. Réalisée à partir de 320 cas de violations reportées entre février 2005 et décembre 2007, l'étude a en effet montré que, dans la quasi-totalité des cas, les violations en question affectaient un minimum de 100 individus. L'étude révèle par ailleurs que les EMN sont susceptibles d'affecter, directement ou indirectement, tous types de DH, et plus particulièrement les droits civils et politiques, ainsi que les droits économiques, sociaux et culturels. En outre, l'étude précise que les EMN étaient directement à l'origine des violations en question (par leurs propres actions ou omissions) dans près de 60% des cas reportés, tandis qu'elles y participaient indirectement dans les 40% restants, en s'approvisionnant auprès de fournisseurs accusés d'atteintes aux DH, ou en étant impliquées dans des atteintes commises par différents tiers tels que des États et d'autres entreprises. Au demeurant l'étude atteste que bien que toutes les régions du monde soient concernées par les abus, les régions en voie de développement sont les plus affectées. Voir., Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'Homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, « Entreprises et droits de l'homme : étude relative à l'étendue et aux types de violations présumées des droits de l'homme mettant en cause des entreprises », A/HRC/8/5/Add.2, 23 mai 2008.

---

inciterait plutôt à prévenir et à atténuer les impacts négatifs de leurs opérations. Par ailleurs, elle constituerait un moyen important de réparation pour les victimes, compte tenu de l'absence actuelle d'autres mécanismes internationaux susceptibles de remédier aux effets néfastes de l'investissement étranger<sup>719</sup>. Claire BRIGHT affirmait à cet égard qu'« en remplissant cette fonction de justice réparatrice, le droit de la responsabilité endosserait une fonction dissuasive et éducative vis-à-vis des responsables, une fonction thérapeutique et compensatoire vis-à-vis des victimes, mais également un rôle de régulateur économique et de médiateur pour la société »<sup>720</sup>.

317. Cette fonction dissuasive est d'autant plus évidente lorsque l'on considère les risques *réputationnel*<sup>721</sup> et financier<sup>722</sup> auxquels les investisseurs régionaux s'exposeraient. Enfin, l'inclusion d'une responsabilité civile dans les traités régionaux sur l'investissement contribue à réduire la probabilité de voir des investisseurs contester l'adoption de mesures nationales visant à ce qu'ils soient tenus civilement responsables des actes de violation des DH, des dommages causés par la corruption ou des dégâts environnementaux<sup>723</sup>. Toutefois, l'action en justice à l'encontre d'une filiale (donc devant les juridictions de l'État d'accueil) et les possibilités de réparation effective semblent assez limitées, compte tenu d'un certain nombre de facteurs qu'il convient d'examiner à présent.

---

<sup>719</sup> Les États ouest-africains pourraient s'inspirer des initiatives prises par d'autres États, même si nombre d'entre elles semblent pour le moment se limiter aux atteintes aux DH. En effet, « certains États, tels que l'Équateur, ont légalement établi que toute entité privée, y compris des sociétés étrangères, peuvent être tenues responsable des violations des droits humains en vertu du droit interne devant des tribunaux nationaux. Plus récemment, les États ont discuté d'un potentiel instrument des droits humains directement applicable aux entités privées ». In ALBORNOZ (C.A.S.), « Les investisseurs étrangers peuvent-ils être tenus responsables des violations des droits humains ? Droit international des droits humains et au-delà », *Investment treaty news – IISD* [en ligne], septembre 2017, n° 3, vol. 8., pp. 10, [consulté le 27 avril 2018].

<sup>720</sup> BRIGHT (C), *L'accès à la justice civile en cas de violations des droits de l'homme par des entreprises multinationales* [en ligne], [MOREAU (M-A) (dir)] thèse de doctorat, droit, European University Institute, Florence, 2013, p. 43, [consulté le 13 janvier 2018].

<sup>721</sup> Le « risque réputationnel » ou encore « risque de réputation » correspond à l'impact que peut avoir une faute de gestion sur l'image d'une organisation. Voir à ce sujet, WEIGELT (K.), CAMERER (C.), « Reputation and corporate strategy : A review of recent theory and applications », *Strategic Management Journal*, 1988, n°9, pp. 443-454 ; CAILLEBA (P), « L'entreprise face au risque de réputation », *Responsabilité & Environnement* [en ligne], juillet 2009, n°55, pp. 9-15, [consulté le 30 août 2018].

<sup>722</sup> Dans le cadre d'une action civile à leur encontre, les investisseurs pourraient dépenser des montants significatifs dans des frais de justice, même si un tel litige échoue.

<sup>723</sup> En effet, les investisseurs pourraient contester de telles mesures au motif qu'elles constituent une violation des clauses protectrices des investissements prévues dans les TBI et instruments régionaux antérieurs, telles que la règle du traitement juste et équitable. Cela est particulièrement vrai lorsque les nouvelles lois sont susceptibles d'altérer les profits réalisés par les investisseurs.

---

## B. UNE ACTION LIMITÉE

318. Quand bien même ce préalable serait acquis, le déclenchement de la responsabilité civile des investisseurs dans l'État d'accueil se heurte à la difficile appréhension juridique du caractère transnational de ces entités. En effet, nombre d'investisseurs sont organisés comme des groupes d'entreprises dont la structuration, assez particulière, permet la fragmentation de leurs activités dans différents pays tout en répondant toujours à un seul et même centre de décision (société mère) dans l'État d'origine<sup>724</sup>. Cette réalité économique est pourtant ignorée par le droit interne des États de la CEDEAO et de la SADC, qui a préféré considérer chaque entité comme autonome, dotée de la personnalité juridique, et donc régie par un ordre juridique distinct en fonction du pays dans lequel elle opère<sup>725</sup>. Chaque entité du groupe est dès lors soumise à une législation et un système judiciaire différent alors même que l'organisation économique de chaque entité est soumise à une stratégie de direction commune.
319. De cette manière, les investisseurs régionaux se situent au-delà de la compétence des tribunaux de l'État d'accueil et ne sont pas non plus dans les limites de la compétence de leur État d'origine en ce qui concerne les préjudices survenus ailleurs. Dans le même sens, Christelle BELPORO explique que « sur le plan interne, dans les droits nationaux, il existe une grande disparité dans l'encadrement des activités des EMN [...]. Ces derniers peuvent donc profiter des failles et des faiblesses de chaque système en instrumentalisant les normes disponibles en fonction de leurs intérêts »<sup>726</sup>. Cet état de fait rappelle clairement les carences réglementaires du droit international concernant les entreprises multinationales que l'on qualifie aussi de groupes internationaux de sociétés<sup>727</sup>. En effet, « en droit international, la

---

<sup>724</sup> Nous rappellerons à cet égard les dispositions de l'article 2 du TBI modèle de la SADC, selon lesquelles « *Investor means a natural person or a juridical person of the Home State Party making an investment into the territory of the Host State Party [...]* ». De même, l'article 1 § 2 de l'Annexe 1 révisée du PFI de la SADC précise que le terme "investisseur" « s'entend d'une personne physique ou morale d'un État partie qui réalise un investissement **dans un autre État partie** conformément aux lois et règlements de cet État partie » [caractères gras ajoutés].

<sup>725</sup> Les investisseurs peuvent choisir d'internationaliser leurs activités en créant un établissement dépourvu de personnalité morale, c'est le cas notamment des bureaux, succursales, ou encore des agences ; ce qui implique que la société mère sera responsable des éventuels dommages qu'il peut causer. Néanmoins, ils préfèrent généralement exercer leurs activités dans l'État hôte à travers la constitution ou l'acquisition d'un établissement jouissant de la personnalité morale, telle une filiale. C'est le cas de figure qui nous intéresse ici.

<sup>726</sup> BELPORO (C), *La responsabilité des entreprises multinationales pour les violations des droits de l'homme en Afrique*, Paris, l'Harmattan, coll. Etudes africaines, 2017, p. 60

<sup>727</sup> Cette appellation, empruntée au droit commercial, désigne selon M. JARROSSON « *l'ensemble constitué par plusieurs sociétés, ayant chacune leur existence juridique propre, mais unie entre elles par des liens divers en vertu desquels l'une d'elle, dite société mère, qui tient les autres sous sa dépendance, exerce un contrôle sur*

---

répression des violations commises par les EMN reste difficile à mettre en œuvre dans la mesure où ces derniers ne sont pas encore reconnus comme des sujets de droit international. Malgré la mondialisation et le développement des échanges internationaux, il subsiste toujours de grandes réticences de la part des États à octroyer un statut analogue aux EMN »<sup>728</sup>. En clair, la contradiction entre l'unité économique et la pluralité juridique des différentes entités qui la compose rend difficile l'exécution d'un jugement contre les investisseurs étrangers.

320. Par conséquent, relativement peu (ou pas) de sanctions sont disponibles à l'encontre des investisseurs dont les activités portent atteinte aux droits humains ou à l'environnement dans l'État hôte. Profitant de cette *compartimentalisation* du droit, certains investisseurs ont même pu se structurer de sorte à éviter l'exposition à la responsabilité dans l'État d'accueil, notamment à travers la sous-capitalisation de leur filiale ou encore le transfert des biens de l'État d'accueil à une autre entité au sein du groupe de sociétés dans un autre État pour éviter de payer tout jugement à l'encontre de son entité opérant dans l'État récepteur<sup>729</sup>. La FIDH affirmait à cet égard qu'« [...] il n'est pas rare que l'intermédiaire local de l'entreprise (filiale, sous-traitant ou partenaire commercial), auteur des faits, soit insolvable ou ne soit pas assuré, ou encore que les preuves soient localisées dans le pays d'origine de la multinationale, lorsqu'elle est elle-même l'auteur des faits incriminés ou, à tout le moins, à l'origine des décisions qui ont conduit à la violation »<sup>730</sup>. Face à cet état de fait, les

---

*l'ensemble et fait prévaloir une unité de décision* ». Voir., Ch. JARROSSON, « Convention d'arbitrage et groupes de sociétés », in *Groupe de sociétés : contrats et responsabilités* (actes de la journée d'études du 19 novembre 1993 organisée par le Laboratoire d'études et de recherches appliquées en droit privé (LERADP) de l'Université de Lille II et École des Hautes Études commerciales du Nord (EDHEC)), L.G.D.J., 1994, p. 53

<sup>728</sup> BELPORO (C), *La responsabilité des entreprises multinationales pour les violations des droits de l'homme en Afrique*, Paris, l'Harmattan, coll. Études africaines, 2017, p. 61. Meriem OUASSINI SAHLI propose une analyse similaire en ces termes : « Opérant, par définition, au-delà des frontières, les entreprises transnationales ont longtemps été considérées comme dépassant les capacités de réglementation de tout système étatique. Sur le plan international, leur nature d'acteurs non étatiques ne permet pas non plus de trouver un régime juridique directement contraignant pour ces entreprises », in OUASSINI SAHLI (M), *La responsabilité de la société mère du fait de ses filiales* [en ligne], [GASTAUD J-P (dir.)], thèse de doctorat, droit, Université Paris Dauphine - Paris IX, 2014, p. 245, [consulté le 16 décembre 2017].

<sup>729</sup> Dans le même sens, Claire BRIGHT affirmait qu'« une possibilité de déni de justice demeure en raison du risque que la filiale ou de l'établissement incriminé soit insolvable ou ne soit pas assuré. En effet, la complexité des structures des entreprises multinationales couplée avec le principe de séparation des personnes morales leur permet de ne laisser à l'entreprise locale poursuivie que très peu de fonds, si ce n'est de la faire disparaître complètement. » in BRIGHT (C), *L'accès à la justice civile en cas de violations des droits de l'homme par des entreprises multinationales* [en ligne], [MOREAU (M-A) (dir.)] thèse de doctorat, droit, European University Institute, Florence, 2013, p. 48, [consulté le 13 janvier 2018].

<sup>730</sup> FIDH, *Entreprises et violations des droits de l'homme, Un guide pratique sur les recours existants à l'intention des victimes et des ONG*, Paris, 2012, p. 183

---

instruments régionaux sur l'investissement ont prévu une disposition complémentaire consistant à rechercher la responsabilité civile de l'investisseur dans son État d'origine.

## § 2. LA RESPONSABILITÉ CIVILE DANS L'ÉTAT D'ORIGINE

321. Afin de contourner les obstacles que pourraient rencontrer les victimes devant les juridictions de l'État d'accueil (où la filiale est implantée), les traités régionaux prévoient la possibilité pour les victimes d'intenter leur action à l'encontre de la société mère, dans le pays d'origine de l'investisseur<sup>731</sup>, comme le témoigne l'intitulé de l'article 29 de l'Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO (« Responsabilité de l'investisseur dans l'État d'origine »). Nous verrons les incertitudes liées à cette action (A), avant d'explorer les éventuelles perspectives d'actions envisageables (B).

### A. UNE ACTION INCERTAINE

322. La recherche de la responsabilité de la société mère constitue un moyen de rendre encore plus effective la responsabilité des filiales qui ne respecteraient pas leurs obligations dans l'État d'accueil. Elle permettrait de s'assurer que les investisseurs peuvent être tenus civilement responsables, dans leur État d'origine, des impacts de leurs décisions dans les pays étrangers<sup>732</sup>. À cet effet, l'article 17 § 1 du TBI modèle de la SADC stipule que : « *Investors and Investments shall be subject to civil actions for **liability in the judicial process of their Home State** for the acts, decisions or omissions made in the Home State in relation to the Investment where such acts, decisions or omissions lead to significant damage, personal injuries or loss of life in the Host State* » [caractères gras ajoutés].

323. La disposition crée ainsi un moyen supplémentaire de réparation pour les personnes dont les droits ont été violés ou qui ont subi un préjudice causé par un investisseur, ou son investissement, dans des situations où les voies de recours dans l'État d'accueil peuvent être limitées ou inefficaces. Si la responsabilisation des sociétés mères est, à bien des égards, indéniable, un certain nombre d'obstacles légaux, juridictionnels et procéduraux font toutefois planer des ombres d'incertitudes quant aux poursuites civiles dans l'État d'origine de l'investisseur. Le premier obstacle réside dans le fait que le droit interne de la plupart des

---

<sup>731</sup> BRIGHT (C), *L'accès à la justice civile en cas de violations des droits de l'homme par des entreprises multinationales* [en ligne], [MOREAU (M-A) (dir)] thèse de doctorat, droit, European University Institute, Florence, 2013, p. 48, [consulté le 13 janvier 2018].

<sup>732</sup> Commentaire de l'article 17 du TBI modèle in SADC, *SADC Model Bilateral Investment Treaty Template with Commentary*, Gaborone (Botswana), juillet 2012, p. 37-38

---

États de la CEDEAO et de la SADC n'établit pas de lien juridique systématique entre les sociétés mères et leurs filiales.

324. L'analyse que nous abordons ici est, en réalité, l'envers (ou le *versa*) d'une seule et même problématique liée au principe de l'autonomie de la personnalité morale. Comme nous l'avons déjà relevé, l'approche traditionnelle des États a été de traiter les sociétés mères et leurs filiales comme des entités juridiques distinctes, jouissant toutes de leur propre personnalité juridique. Ainsi, les actes des unes n'engagent pas la responsabilité des autres. Cet état de fait est particulièrement vrai dans les pays africains de tradition civiliste, comme le montre le droit OHADA<sup>733</sup> ; le droit des affaires commun à certains États africains, dont dix (sur dix-sept) sont issus de la CEDEAO et de la SADC<sup>734</sup>. En effet, le législateur OHADA consacre le principe d'autonomie des personnes morales mais passe sous silence la question du régime juridique des groupes de sociétés<sup>735</sup>, tout en exigeant que le groupe (société mère et filiale) élabore et publie des comptes consolidés et combinés dans le cadre de leurs obligations comptables<sup>736</sup>.

325. Cette dichotomie entre « dépendance économique » et « indépendance juridique » concorde mal avec la réalité économique et pose même un problème d'éthique, dans la mesure où une société mère peut tirer profit de ses filiales étrangères sans s'exposer à aucune

---

<sup>733</sup> L'OHADA désigne l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires. Elle a été créée par le Traité de Port-Louis du 17 octobre 1993 (révisé le 17 octobre 2008 à Québec, Canada) en vue garantir la sécurité juridique des affaires en adoptant un droit commun des affaires. Compte tenu de la disparité des systèmes au sein des différents espaces régionaux, il ne sera pas pour nous question de procéder à l'analyse des liens juridiques société-filiale, telle que perçue dans l'ordre interne de chaque État. Nous nous limiterons au droit OHADA, qui a l'avantage d'offrir une meilleure lisibilité du droit des sociétés et un champ d'analyse spatialement plus étendue. Nous nous focaliserons donc sur un objet d'analyse bien plus fédérateur, comme celui que nous propose le droit OHADA.

<sup>734</sup> L'OHADA comprend actuellement 17 États parties dont neuf (09) sont issus de la CEDEAO, en l'occurrence : le Bénin, le Burkina-Faso, la Côte d'Ivoire, la Guinée, la Guinée-Bissau, le Mali, le Niger, le Sénégal, et le Togo. Et un (01) État de la SADC, à savoir la République démocratique du Congo. Pour des questions pratiques, nous nous limiterons, dans cette partie, à l'exemple du droit OHADA.

<sup>735</sup> L'article 173 AUSCGIE révisé de l'OHADA définit la notion de groupe de sociétés sans pour autant préciser le régime juridique qui lui est applicable. Patrick BADJI affirmait déjà à cet égard que « l'une des principales lacunes du droit OHADA est de n'avoir pas précisé le régime juridique du groupe de sociétés. Tout ce qu'on peut affirmer avec certitude c'est que le groupe de société n'a pas la personnalité morale ». Voir., BADJI (P), « Les liens entre sociétés en droit OHADA » [en ligne], publié le 6 novembre 2010, [consulté le 29 août 2018].

<sup>736</sup> OHADA, Acte uniforme portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises, art. 74 et suivants. Rappelons que l'objectif poursuivi par la consolidation des comptes est de présenter le patrimoine, la situation financière et le résultat d'un groupe d'entreprises comme si elles étaient une seule entité. Ainsi, pour des raisons de cohérence dans la tenue de leur comptabilité, le système comptable OHADA prévoit que société-mère et filiales élaborent et publient des comptes consolidés et combinés, par souci de présenter le patrimoine commun et unique du groupe formé. Pour une étude approfondie, voir MAKELA (M. R.), *Manuel de Droit et Comptabilité OHADA*, Kinshasa, Commission Nationale OHADA (CNO-RDC), 2015, 188 p.

---

responsabilité au regard des conséquences environnementales et humaines de leurs activités<sup>737</sup>. En clair, les systèmes nationaux actuels consistant à isoler chaque entité du groupe de sociétés des obligations civiles des autres membres demeurent inadaptés puisqu'il permet aux investisseurs étrangers d'échapper à presque toute forme de responsabilité dans leur État d'origine.

326. Quand bien même l'obstacle du principe de l'autonomie juridique serait levé, de nouvelles difficultés peuvent être posées par le droit des sociétés, en ce qui concerne notamment le fondement sur lequel une société mère peut être responsable des activités sa filiale. En effet, la plupart des ordres internes des espaces CEDEAO et SADC ne fournissent pas une base juridique spécifique pour les réclamations relatives aux violations des droits de l'Homme ou celles portant sur les dommages environnementaux. Il n'existe donc pas encore d'obligation des sociétés mères vis-à-vis des activités de leurs filiales ayant un impact sur l'environnement et les droits de l'Homme<sup>738</sup>. De tels abus sont généralement fondés sur d'autres motifs juridiques, qui ne semblent pas être à même de traiter convenablement les torts causés<sup>739</sup>.

---

<sup>737</sup> Selon Meriem OUASSINI SAHLI, « la notion d'autonomie trouve une traduction particulière dans le contexte de la relation entre une société-mère et sa fille, elle pose un écran juridique très résistant qui protège la mère de toute action menée à son encontre du fait de sa filiale. ». In OUASSINI SAHLI (M), *La responsabilité de la société mère du fait de ses filiales* [en ligne], [GASTAUD J-P (dir.)], thèse de doctorat, droit, Université Paris Dauphine - Paris IX, 2014, p. 16, [consulté le 16 décembre 2017].

<sup>738</sup> Voir., BELPORO (C), *La responsabilité des entreprises multinationales pour les violations des droits de l'homme en Afrique*, Paris, l'Harmattan, coll. Études africaines, 2017, p. 147-154

<sup>739</sup> *Ibid.*, p. 151-154



---

## B. LES PERSPECTIVES D' ACTIONS ENVISAGEABLES

327. Comme nous avons pu le constater, le principe l'autonomie de la personne morale a toujours constitué l'arme de défense pour éviter d'étendre la responsabilité de la société mère pour les dommages humains et environnementaux causés par sa filiale. Cependant, la volonté des États de la CEDEAO et de la SADC, traduite juridiquement par l'insertion d'une responsabilité civile des investisseurs dans les textes régionaux, devrait logiquement conduire à une réforme des cadres légaux nationaux. Différentes options juridiques pourraient être envisagées à cet égard. L'une d'entre elles consisterait à redéfinir la notion de « contrôle », tant elle est primordiale pour fonder ou établir la responsabilité d'une société mère pour les violations des droits humains ou de l'environnement commises par sa filiale. En effet, en l'état actuel des choses, le droit des sociétés des États OHADA, par exemple, demeurent encore fermement attaché à la notion classique de propriété.
328. Ainsi, aux termes des articles 174<sup>740</sup> et 175<sup>741</sup> de l'AUSCG révisé, ce sont plutôt uniquement les droits de vote qui permettent d'établir et de démontrer le contrôle effectif que peut exercer la société mère sur la société dans laquelle elle est actionnaire ou associée<sup>742</sup>. Dans une nouvelle approche, il s'agirait alors d'élargir la notion de *contrôle* afin de prendre davantage en compte les éléments factuels tels que le contrôle financier et économique. Dans une approche financière, on pourrait retenir le critère d'« influence déterminante » de la société mère sur sa filiale ; critère fondé sur la détention d'une part importante du capital<sup>743</sup>. En détenant plus de la majorité du capital social de la filiale, il semble en effet évident que la société mère exerce sur celle-ci un certain degré de contrôle

---

<sup>740</sup> L'article 174 de l'AUSCG révisé stipule que « le contrôle d'une société est la détention effective du pouvoir de décision au sein de cette société ».

<sup>741</sup> L'article 175 de l'AUSCGIE révisé précise pour sa part qu'« une personne physique ou morale est présumée détenir le contrôle d'une société : 1°) lorsqu'elle détient, directement ou indirectement ou par personne interposée, plus de la moitié des droits de vote d'une société ; 2°) lorsqu'elle dispose de plus de la moitié des droits de vote d'une société en vertu d'un accord ou d'accords conclus avec d'autres associés de cette société ».

<sup>742</sup> D'après l'approche OHADA, le contrôle de droit, se caractérisant par la détention de la majorité des droits de vote, semble être la situation la plus crédible de s'assurer que la société mère impose sa volonté à sa filiale. Suivant cette approche la détention de la majorité du capital d'une société n'implique pas forcément la détention de la majorité des droits de vote.

<sup>743</sup> Rappelons que l'article 179 de l'AUSCGIE révisé de l'OHADA définit les relations société mère et de filiale en ces termes : « une société est société mère d'une autre société quand elle possède dans la seconde plus de la moitié du capital. La seconde société est la filiale de la première ».

---

sur sa gestion ; « faire fi de cette réalité et traiter chaque société membre d'un groupe d'une manière autonome, serait bâtir un régime juridique fondé sur une fiction »<sup>744</sup>.

329. La société mère posséderait ainsi la capacité d'influer sur les décisions ou les activités du groupe dont elle est à la tête, et devrait pouvoir être civilement responsable des fautes de ses filiales. De ce fait, la remontée des dettes sociales et environnementales de la filiale vers la société mère se justifierait pleinement, surtout si l'on admet l'analyse suivante : « dès lors qu'une société-mère tire profit d'une activité de sa ou ses filiales, elle devrait également en assumer les risques »<sup>745</sup>. Une telle approche permettrait sans doute aux victimes d'abus dans l'État hôte de mener à bien une réclamation dans l'État d'origine, où l'investisseur est susceptible de détenir plus actifs<sup>746</sup>. Il incombera alors à la société mère de renverser cette présomption d'influence déterminante en démontrant, par éléments de preuve à l'appui, que sa filiale agit de façon autonome sur le marché.

330. On pourrait également intégrer la notion d'« influence notable », envisagée sous l'angle économique, comme critère de responsabilité de la société mère. Ainsi, l'action civile à l'encontre de la société mère se justifierait par l'influence notable que celle-ci exerce sur sa filiale. Cette notion est d'ailleurs admise dans le système comptable OHADA, puisqu'il fait peser sur les entreprises qui exercent une « influence notable »<sup>747</sup> la charge d'établir et de

---

<sup>744</sup> OUASSINI SAHLI (M), *La responsabilité de la société mère du fait de ses filiales* [en ligne], [GASTAUD J-P (dir.)], thèse de doctorat, droit, Université Paris Dauphine - Paris IX, 2014, p. 17, [consulté le 16 décembre 2017].

<sup>745</sup> Sciences Po, École de Droit, *Entreprises et droits de l'Homme, Réflexion sur la responsabilité juridique des multinationales* [en ligne], Étude réalisée par la Clinique de l'École de Droit de Sciences Po en partenariat avec Amnesty International France, CCFD-Terre Solidaire, Collectif Éthique sur l'Étiquette et Sherpa, publié en novembre 2013, p. 24 [consulté le 27 décembre 2017].

<sup>746</sup> Le législateur OHADA pourrait à cet égard s'inspirer de la manière dont le droit communautaire européen de la concurrence a appréhendé et structuré ce régime d'imputabilité des pratiques anticoncurrentielles d'une filiale à sa société mère. En effet, dans le célèbre arrêt *AzkoNobel*, la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) a considéré que « lorsqu'une société mère détient 100 % du capital de sa filiale, il existe une présomption réfragable selon laquelle cette société mère exerce une influence déterminante sur le comportement de sa filiale » (Voir. CJCE, n° C-97/08, Arrêt *Akzo Nobel NV et autres contre Commission des Communautés européennes*, 10 septembre 2009). L'idée essentielle à retenir ici est que la présomption d'influence déterminante établie par la jurisprudence communautaire repose ici sur la détention du capital de la filiale par la société mère. Que la présomption d'influence déterminante de la société mère sur sa filiale se fonde sur la détention de la totalité ou la quasi-totalité du capital, il apparaît clairement que le fait qu'une filiale ait une personnalité morale distincte ne suffit pas à écarter la possibilité que son comportement soit imputé à la société mère ; surtout lorsque la filiale ne détermine pas son comportement de façon autonome et applique pour l'essentiel les instructions qui lui sont imparties par la société mère.

<sup>747</sup> Aux termes de l'article 78 de l'Acte uniforme portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises : « L'influence notable sur la gestion et la politique financière d'une autre entreprise est présumée lorsqu'une entreprise dispose, directement ou indirectement, d'une fraction au moins égale au cinquième des droits de vote de cette autre entreprise ». Selon le Professeur Roger MASAMBA MAKELA, l'influence notable désigne « le pouvoir de participer aux politiques financières et opérationnelles de l'entreprise consolidée sans détention du contrôle ». Il l'illustre ensuite à travers l'exemple d'« une entreprise A du

---

publier chaque année les états financiers consolidés au nom de l'ensemble du groupe. Il est en effet prévu que « toute entreprise qui a son siège social ou son activité principale dans l'un des États parties et qui contrôle de manière exclusive ou conjointe une ou plusieurs autres entreprises, **ou qui exerce sur elle une influence notable**, établi et publie chaque année les états financiers consolidés de l'ensemble constitué par toutes ces entreprises ainsi qu'un rapport sur la gestion de cet ensemble »<sup>748</sup>.

331. En combinant sagement ces différentes options, les États de la CEDEAO et de la SADC pourraient bien neutraliser les effets négatifs de la doctrine de personnalité juridique propre en matière de protection des droits humains et de respect de l'environnement. Ceci se traduirait concrètement par l'établissement, en droit interne et/ou communautaire, d'un régime de responsabilité des sociétés mères au regard des impacts humains et environnementaux de leurs activités, ainsi que de celles de l'ensemble des structures sur lesquelles elles exercent un contrôle tant juridique, économique que financier.
332. L'approche pourrait ainsi fonder une nouvelle forme de responsabilité du fait d'autrui, qui faciliterait la charge de la preuve pour les victimes et prendrait en compte l'ensemble des réalités du contrôle exercé par des sociétés mères sur d'autres. Mais il ne s'agit là encore que d'hypothèses, car les traités régionaux sur l'investissement n'établissent aucune modalité ou condition particulière d'engagement de la responsabilité des sociétés mères<sup>749</sup>. Néanmoins, de telles réformes, si elles ont lieu, gagneraient surtout à être envisagées à une échelle régionale pour éviter la migration des investisseurs vers d'autres territoires au sein des espaces régionaux, où la législation serait plus clémente.

---

groupe ayant une représentation dans les organes de décision d'une autre entreprise B du fait de son lien de dépendance technique ou de manque d'une certaine expertise dans la gestion ». Il précise enfin que « les situations caractérisant une influence notable sont : participations aux décisions stratégiques ; existence de transactions importantes avec d'autres entreprises du périmètre de consolidation ; échange de personnel de direction avec d'autres ; lien de dépendance technique avec le groupe ». Voir., MAKELA (M. R.), *Manuel de Droit et Comptabilité OHADA*, Kinshasa, Commission Nationale OHADA (CNO), 2015, p. 173-174

<sup>748</sup> Article 74 de l'Acte uniforme portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises, [caractères gras ajoutés].

<sup>749</sup> Cependant, pour donner un effet à la déclaration de principe juridique relative à la responsabilisation des investisseurs dans leur État d'origine, les traités régionaux ont prévu une obligation connexe à l'intention de l'État d'origine selon laquelle l'État d'origine doit veiller à ce que ces juridictions soient compétentes pour entendre une affaire de réparation civile intentée contre un investisseur en raison d'actes ou de décisions, liés à l'investissement, qui ont causé des dommages à l'étranger. Nous y reviendrons plus tard.

## SECTION II.

### LA MISE EN JEU D'UNE RESPONSABILITÉ JURIDIQUE EN MATIÈRE DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS

333. Les traités régionaux prévoient un autre moyen d'exécution des obligations des investisseurs lié, cette fois-ci, à l'utilisation du système de règlement des différends. Diverses approches sont envisagées ici, en fonction du type d'obligations contrevenues. Nous verrons les cas ouvrant à l'abrogation du droit de recours au processus de règlement (§ 1) ainsi que les autres actions retenues dans le cadre d'une instance (§ 2).

#### § 1. LES CAS OUVRANT À L'ABROGATION DU DROIT DE RECOURS AU RÈGLEMENT

334. L'Acte additionnel de la CEDEAO sur l'investissement prévoit l'abrogation du droit des investisseurs d'accéder au mécanisme de résolution des litiges, lorsqu'il est établi que ceux-ci ont violé les dispositions de lutte contre la corruption (A). Nous aborderons également la question de l'abrogation du droit de recours au règlement dans l'hypothèse du défaut constant de respect de certaines obligations par l'investisseur (B).

##### A. LA COMMISSION D'ACTES DE CORRUPTION

335. On peut affirmer d'emblée que l'implication d'un investisseur dans la corruption en lien avec son investissement altérera sa capacité à bénéficier totalement de la protection offerte par le traité d'investissement de la CEDEAO. En effet, l'obligation d'abstention de pratiques corruptrices est rendue exécutoire au moyen d'une disposition qui permet l'abrogation des droits des investisseurs ou des investissements. Conformément à l'article 18 § 1 de l'instrument ouest-africain, la violation des règles anti-corruption par l'investisseur ou l'investissement conduirait à empêcher le recours au mécanisme de règlement des différends prévu par l'instrument régional : « lorsqu'il est établi par un tribunal d'une juridiction compétente d'un État d'accueil qu'un investisseur a violé l'article 13 [lutte contre la corruption] du présent Acte additionnel, ledit investisseur n'a pas le droit d'entamer quelque processus de règlement des différends que ce soit établi en vertu du présent Acte additionnel. [...] ». La disposition conventionnelle autorise également l'État d'accueil, ou même l'État d'origine, à soulever une objection devant une juridiction dans tout litige en vertu de l'Acte additionnel sur l'investissement : « un État d'accueil ou un État d'origine peut soulever cette

---

question à titre d'opposition à la compétence dans le cadre de tout litige survenant en vertu du présent Acte additionnel »<sup>750</sup>.

336. L'approche exige ainsi des tribunaux qu'ils traitent les allégations de corruption comme une question préliminaire. Si la corruption est avérée, le droit de recourir à un processus de résolution des litiges sera alors reconnu comme étant vicié, ce qui supprimerait la possibilité d'étude à l'étape du fonds<sup>751</sup>. En un mot, l'investisseur perdrait l'accès aux procédures de règlement des différends ou sa capacité à entamer un différend. L'infraction par l'investisseur de l'obligation d'abstention d'actes de corruption est donc assortie d'une sérieuse sanction qui, dans une certaine mesure, peut être perçue comme une consécration régionale de l'idéal anticorruption devenu partie intégrante de la pratique conventionnelle et arbitrale<sup>752</sup>. En effet, certains tribunaux ont refusé de s'impliquer dans le règlement de différends qui impliquaient des contrats ayant fait l'objet de corruption, comme le témoigne l'affaire *World Duty Free Co. Ltd. v. la République du Kenya*<sup>753</sup>, où l'État hôte (le Kenya) a pu être dégagé de ses responsabilités pour expropriation d'un contrat au motif que le contrat en question a été obtenu grâce à la corruption<sup>754</sup>.

337. L'Acte additionnel de la CEDEAO apporte ainsi une réponse conventionnelle ferme aux préjudices causés par les pratiques corruptrices auxquelles certains investisseurs régionaux pourraient s'adonner. L'approche permet également de soutenir les efforts de lutte contre la

---

<sup>750</sup> *Ibid.*

<sup>751</sup> L'analyse s'inspire des commentaires d'une disposition similaire prévue à l'article 18 de l'Accord modèle de l'IIDD in MANN (H), VON MOLTKE (K), PETERSON (L.E.), COSBEY (A), *Accord international sur l'investissement pour le développement durable : Guide du négociateur*, Winnipeg, IIDD, 2006, p. 36

<sup>752</sup> Voir., YACKEE (J), « Traités d'investissement et corruption par l'investisseur : Une défense émergente pour les États d'accueil ? », *Investment treaty news - IIDD* [en ligne], octobre 2012, n°1. vol. 3, p. 3-4, [consulté le 26 août 2018].

<sup>753</sup> Affaire *World Duty Free Co. Ltd. v. la République du Kenya*, CIRDI n°ARB/00/7, sentence du 4 octobre 2006, disponible en ligne sur <http://italaw.com/documents/WDFv.KenyaAward.pdf>.

<sup>754</sup> Dans cette affaire, le demandeur se plaignait de l'expropriation illicite de son investissement de la part du Kenya en se fondant sur un contrat d'investissement. Au cours de la procédure, l'investisseur a décrit dans le détail la manière dont il avait obtenu le contrat, en soudoyant le président kényan de l'époque. Le Kenya a profité de la phase de l'admissibilité afin d'avancer que l'affaire devait être rejetée. Le tribunal a cité la décision de LAGERGREN ainsi que d'autres sources pour affirmer que le soudoiment violait manifestement « la politique publique internationale » ainsi que les législations kényane et britannique auxquelles le contrat d'investissement faisait référence. L'investisseur n'était donc pas légalement autorisé à poursuivre ses demandes juridiques au motif qu'on ne peut fonder un recours sur une cause immorale ou illégale (*ex turpi non oritur action*) » car l'ensemble des demandes « reposaient ou se basaient sur » un accord de concession corrompu. In YACKEE (J), « Traités d'investissement et corruption par l'investisseur : Une défense émergente pour les États d'accueil ? », *Investment treaty news - IIDD* [en ligne], octobre 2012, n°1. vol. 3, p. 4, [consulté le 26 août 2018].

---

corruption dans l'État d'accueil<sup>755</sup> et, par-delà cela, le développement durable de ce dernier<sup>756</sup>. L'instrument régional pêche cependant par son silence sur certains éléments essentiels, tels que la procédure suivant laquelle les droits des investisseurs au règlement des différends seraient abrogés. L'instrument ne se prononce pas non plus sur le caractère temporaire ou permanent de la décision d'abrogation des droits en question. À cet égard, la CEDEAO pourrait s'inspirer des dispositions de l'Accord modèle de l'IIDD relatives aux procédures d'abrogation des droits de l'investisseur ou de l'investissement. Celles-ci permettent en effet l'abrogation temporaire des droits d'une durée minimum de trois ans et une abrogation permanente desdits droits, ainsi que le droit pour l'investisseur de déposer une demande pour que ses droits soient rétablis<sup>757</sup>. L'IIDD justifie cette approche par « la nécessité de conserver une capacité de reconstruction des relations si la situation change et de reconnaître que les violations peuvent exister à des degrés divers méritant chacun une sanction mais pas nécessairement une perte permanente des droits.»<sup>758</sup>.

---

<sup>755</sup> Le fait qu'une concession, par exemple, obtenue par la corruption puisse encore bénéficier de la protection du traité risque en effet d'obstruer les efforts de lutte contre les pratiques corruptrices.

<sup>756</sup> Comme nous l'avons déjà évoqué dans le chapitre relatif aux obligations des investisseurs, la corruption entrave à bien des égards le développement durable et ses objectifs de protection de l'environnement et de l'éradication de la pauvreté. Elle conduit à des inégalités sociales et viole les droits humains, vu que lesdites manœuvres frauduleuses engendrent un dysfonctionnement des règles et procédures établies dans l'intérêt général.

<sup>757</sup> L'article 44 (E) de l'Accord modèle de l'IIDD dispose ainsi : « La décision du tribunal arbitral ou de la division d'appel portant sur l'abrogation des droits peut être permanente ou pour une période quelconque, jugée appropriée, supérieure à trois ans au moins ou peut prévoir une période minimale après l'écoulement de laquelle l'investissement ou les investisseurs peuvent demander le rétablissement de leurs droits. ».

<sup>758</sup> Commentaire de l'article 44 de l'Accord modèle de l'IIDD, in MANN (H), VON MOLTKE (K), PETERSON (L.E.), COSBEY (A), *Accord international sur l'investissement pour le développement durable : Guide du négociateur*, Winnipeg, IIDD, 2006, p. 72-73

---

## B. L'HYPOTHÈSE DU DÉFAUT CONSTANT DE RESPECT DES OBLIGATIONS

338. Au-delà de la violation des dispositions anti-corruption, l'abrogation du droit des investisseurs d'intenter des poursuites pourrait bien être recherchée pour un défaut répété de respect des obligations dont ils sont débiteurs en vertu des traités régionaux d'investissement. Cet autre moyen d'exécution répond à la logique selon laquelle « les droits des investisseurs devraient dépendre du respect de leurs obligations »<sup>759</sup>. Sur cette base, les investisseurs responsables d'actes qui violent les droits humains ou causes des dommages à l'environnement n'auraient aucune légitimité à prétendre ou à faire valoir un droit quelconque devant les tribunaux nationaux ou communautaires. Cette approche pourrait également aider à s'assurer que les investisseurs et leurs investissements contribuent au développement durable des États dans lesquels ils opèrent ; ou, à tout le moins, que leurs activités ne violent pas les principes de développement durable prévus par les traités régionaux d'investissement.
339. Il ne devrait toutefois pas s'agir une abrogation automatique. Celle-ci devrait être soumise à certaines conditions telles que l'exigence d'une notification, par l'État hôte, à l'investisseur du fait que ses droits d'intenter des poursuites devant un tribunal pourraient être officiellement abrogés. L'analyse s'inspire ici aussi du modèle d'Accord sur l'investissement pour le développement durable élaboré par l'IIDD, dont l'article 18 (c) stipule que « lorsqu'un État d'accueil ou un État d'origine pense qu'un investisseur ou son investissement a violé l'article 13 ou ne s'est constamment pas acquitté des obligations qui lui incombent en vertu de l'article 14 ou 15, et que ledit investisseur ou investissement a été informé par l'État d'accueil ou l'État d'origine, selon le cas, **l'un ou l'autre des deux États peut entamer des poursuites devant un tribunal en vertu de la partie 9 du présent Accord pour faire abroger les droits de l'investisseur ou de l'investissement, selon le cas.** »<sup>760</sup>.
340. L'article 18 § 3 de l'Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO reprend quasi-intégralement les dispositions de l'Accord modèle de l'IIDD, mais omet toutefois la dernière assertion ; celle qui devrait consacrer le principe de l'abrogation des droits des investisseurs pour la violation continue de ses obligations. En effet, l'instrument régional stipule que « lorsqu'un État d'accueil ou un État d'origine pense qu'un investisseur ou son

---

<sup>759</sup> *Ibid.*, p. 72

<sup>760</sup> Accord modèle de l'IIDD, art. 18 (c), [caractères gras ajoutés].

---

investissement a violé l'article 13 [corruption] ci-dessus visé, ou ne s'est pas acquitté, de façon constante, des obligations qui lui incombent en application de l'article 14 [obligations post-établissement] ou 15 [gouvernance et pratiques d'entreprise], et que ledit investisseur ou investissement a été informé par l'État d'accueil ou l'État d'origine, selon le cas, l'un ou l'autre des deux États peut entamer des poursuites devant le tribunal établi en vertu du présent Acte additionnel »<sup>761</sup>.

**341.** Bien que le paragraphe ne précise pas la finalité des actions que les États ouest-africains sont autorisés à entamer devant les tribunaux, l'hypothèse de l'abrogation des droits des investisseurs pour un défaut constant de respect de ses obligations semble être, au regard du texte, incertaine voire non fondée. Cette approche demeure néanmoins utile et pourrait être envisagée à l'avenir, pour permettre aux traités régionaux de promouvoir l'investissement durable, et ainsi concilier la protection des investissements étrangers avec les impératifs de développement durable des États de la région.

---

<sup>761</sup> Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO, art. 18 § 3.



---

## § 2. LES ACTIONS RETENUES DANS LE CADRE D'UNE INSTANCE

342. Les traités régionaux prévoient des moyens d'exécution des obligations des investisseurs dans le cadre d'une instance. Ceux-ci concernent des actions spécifiques liées à une demande initiale (A), ainsi que le droit pour les États parties de formuler une demande reconventionnelle (B).

### A. LES ACTIONS PRÉVUES DANS LE CADRE D'UNE DEMANDE INITIALE

343. L'approche visée à ce stade-ci consiste à pouvoir soulever une violation des obligations des investisseurs comme facteur à prendre en compte à l'étape de l'examen du bien-fondé ou à l'étape des dommages-intérêts d'une instance. Ceci contribue à ce que les investisseurs assument leur responsabilité lorsqu'ils violent leurs obligations en vertu des instruments régionaux. D'autre part, la disposition offre aux États la possibilité de réclamer et, éventuellement, d'obtenir une compensation pour les pertes causées par les investisseurs ou leurs investissements. À cet effet, l'article 19 § 1 du TBI modèle stipule en substance que lorsque la question de la violation d'une obligation, par un investisseur ou son investissement, est soulevée par un État partie dans une procédure de règlement des litiges en vertu de l'Accord, le tribunal saisi d'un tel litige entend si cette infraction, si elle est prouvée, est substantiellement pertinente ; et, s'il en est ainsi, se prononce sur les effets atténuants ou compensatoires du bien-fondé d'une demande ou sur les dommages intérêts accordés dans le cas d'une telle sentence.

344. Il dispose ainsi : « *Subject to any other specific directions under this Agreement as to the consequences of a breach of an obligation, where an Investor or its Investment is alleged by a State Party in a dispute settlement proceeding under this Agreement to have failed to comply with its obligations under this Agreement, the tribunal hearing such a dispute shall consider whether this breach, if proven, is materially relevant to the issues before it, and if so, what mitigating or off-setting effects this may have on the merits of a claim or on any damages awarded in the event of such award* »<sup>762</sup>. L'article semble donc s'étendre à toutes les obligations des investisseurs prévues par le traité modèle de la SADC, sous réserve toutefois d'autres orientations spécifiques<sup>763</sup>. Il convient de noter que les orientations spécifiques évoquées ne sont cependant pas précisées, ni dans le texte régional, ni par les

---

<sup>762</sup> Traité modèle de la SADC, art. 19 § 1.

<sup>763</sup> SADC, *SADC Model Bilateral Investment Treaty Template with Commentary*, Gaborone (Botswana), juillet 2012, p. 39.

---

commentateurs du TBI modèle. Cette imprécision, sans doute intentionnelle, peut se justifier par la volonté des Parties de conférer un caractère évolutif à de telles réserves.

345. L'Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO procède quant à lui de façon plus méthodique, ciblant dans un premier temps la violation de l'obligation préalable à l'établissement, à savoir, celle relative à l'étude des impacts. Il est ainsi prévu que « lorsqu'un État d'accueil ou un intervenant soutient, dans le cadre d'un processus de règlement des différends prévu par le présent Acte additionnel, qu'un investisseur ne s'est pas acquitté de ses obligations liées à l'évaluation des impacts préalable à l'établissement, le tribunal qui est saisi du différend examine si la violation, est avérée, si elle a une pertinence importante à l'égard des questions dont il est saisi et le cas échéant, se prononce sur les effets atténuants ou compensatoires du bien-fondé d'une demande ou sur les dommages intérêts accordés »<sup>764</sup>.

346. L'instrument ouest-africain aborde ensuite la question du non-respect, par l'investisseur, de ses obligations postérieures à l'établissement<sup>765</sup> et celles relatives à la gouvernance d'entreprise. La clause est rédigée comme suit : « Lorsqu'un État d'accueil défendeur ou un intervenant dans un processus de règlement des différends prévu par le présent Acte additionnel, soulève la question d'un défaut constant de respect des articles 14 [obligations postérieures à l'établissement] ou 15 [gouvernance d'entreprise] ci-dessus, le tribunal saisi de ce différend examinera, si la violation est avérée, si elle a une pertinence importante à l'égard des questions dont il est saisi et le cas échéant, se prononcera sur les effets atténuants ou compensatoires du bien-fondé d'une demande ou sur les dommages intérêts accordés »<sup>766</sup>. Pour bon nombre d'observateurs, l'introduction d'un tel dispositif inciterait les investisseurs à évaluer de manière plus approfondie les impacts potentiels de leurs activités dans ces différents domaines, avant de réaliser leur investissement, afin de prévenir les effets négatifs et ainsi les atténuer<sup>767</sup>.

---

<sup>764</sup> Acte additionnel de la CEDEAO sur l'investissement, art.18 § 2.

<sup>765</sup> Rappelons ici que les obligations postérieures à l'établissement concernent, entre autres, le respect des droits de l'Homme et des normes fondamentales du travail ; les systèmes de gestion environnementale, le respect des mesures garantissant les règles d'hygiène, de sécurité, de santé et de couverture sociale en vigueur dans l'État hôte.

<sup>766</sup> Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO, art.18 § 4.

<sup>767</sup> VANDUZER (J. A.), SIMONS (P) et MAYEDA (G), *Integrating Sustainable Development into International Investment Agreements: A Guide for Developing Countries*, London, Commonwealth Secretariat, 2012, p. 396

---

## B. L'INCLUSION D'UNE DEMANDE RECONVENTIONNELLE

347. Un autre moyen de faire respecter les obligations de l'investisseur en vertu des traités sur l'investissement de la CEDEAO et de la SADC est l'insertion d'un mécanisme de demande reconventionnelle. Celui-ci consiste à ce que « le défendeur originaire prétend[e] obtenir un avantage autre que le simple rejet de son adversaire »<sup>768</sup>. Il ne se limite donc pas à demander l'anéantissement ou le rejet d'une requête présentée par l'investisseur étranger<sup>769</sup>, mais cherche soit à effacer totalement la demande principale par voie de compensation ; soit à attaquer le demandeur principal en allant au-delà de la simple compensation de ses conclusions<sup>770</sup>.
348. Ainsi, l'État hôte contre lequel une réclamation est faite dans le cadre de l'arbitrage investisseur-État pourrait présenter une demande reconventionnelle pour la réparation des préjudices subis en raison du non-respect, par l'investisseur, des obligations énoncées dans l'instrument régional. L'article 18 § 1 de l'Acte additionnel stipule à cet effet qu'« un État d'accueil peut déposer une demande reconventionnelle devant tout tribunal établi conformément au présent Acte additionnel en raison des préjudices causés par une violation présumée de cet Acte. »<sup>771</sup>. L'inclusion de cette clause constitue certainement une réponse régionale au système de règlement classique fondé sur la saisine unilatérale des tribunaux

---

<sup>768</sup> BONOMO (S), *Traités bilatéraux relatifs aux investissements : entre protection des investissements étrangers et sauvegarde de la souveraineté des États*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille (P.U.A.M.), Centre de droit économique, 2012, p. 221 [encadré ajouté].

<sup>769</sup> Pour obtenir satisfaction de telles prétentions limitées, il suffit en effet de présenter des conclusions en ce sens dans la procédure ordinaire. À ce sujet, Jean E. KALICKI affirme que, « dans les arbitrages en matière d'investissements, il est assez commun pour l'État défendeur d'inclure dans sa défense contre les plaintes au titre de traités une ou plusieurs critiques de la conduite sous-jacente de l'investisseur. Ces “contre-attaques” peuvent inclure des arguments selon lesquels l'investissement était illégal dès le commencement, ou que les opérations en temps voulu violaient la législation locale, ou que l'investisseur avait violé ses obligations directes envers l'État au titre d'un contrat. Pourtant, si ces arguments sont souvent présents dans la défense des États, ils sont rarement présentés comme des demandes reconventionnelles cherchant l'obtention d'une réparation positive ». In KALICKI (J. E.), « Les demandes reconventionnelles des États dans l'arbitrage relatif à l'investissement », *Investment treaty news – IIDD* [en ligne], n°2, vol. 3, janvier 2013, p. 3 [consulté le 13 mars 2018].

<sup>770</sup> Il existe une distinction importante entre une compensation et une demande reconventionnelle. Dans l'arbitrage investisseur-État, la compensation est une forme de défense. Elle est liée à la réclamation de l'investisseur dans laquelle l'État peut seulement demander la réduction du montant de l'indemnité à verser à l'investisseur. Si la réclamation de l'investisseur échoue pour une raison quelconque, aucune somme ne pourra être attribuée à l'État à titre de compensation. Contrairement à une compensation de la défense, si le montant attribué à l'investisseur est inférieur au montant de la demande reconventionnelle, l'investisseur sera responsable du paiement de la différence à l'État. Même si l'investisseur échoue dans sa demande, il serait toujours responsable du paiement du montant en faveur de l'État en vertu de la demande reconventionnelle.

<sup>771</sup> Acte additionnel de la CEDEAO sur l'investissement, art.18 § 5

---

arbitraux par les investisseurs<sup>772</sup>. Depuis lors, certains traités d'investissement permettent à l'État de formuler une demande reconventionnelle pour les infractions des obligations des investisseurs et autorisent un État de soulever la non-exécution par l'investisseur de ses obligations comme une défense ou compensation<sup>773</sup>.

349. À l'évidence, l'approche a le mérite de rééquilibrer les droits des États et des investisseurs à l'occasion d'un litige porté devant les tribunaux et participe, par la même occasion, à une meilleure administration de la justice<sup>774</sup>. Sous l'angle spécifique du développement durable, la capacité pour le pays récepteur de former une demande reconventionnelle en vertu des traités régionaux d'investissement contribue surtout à ce que les investisseurs soient tenus responsables des manquements avérés de leurs obligations en matière de DH ou d'environnement. La reconvention aiderait ainsi à réaffecter les risques de l'investissement aux investisseurs, plutôt qu'à l'État hôte et aux communautés locales<sup>775</sup>. Elle contribue, en outre, à dissuader l'utilisation offensive ou menaçante de l'arbitrage

---

<sup>772</sup> Selon la Commission économique pour l'Afrique, « Le règlement des différends opposant les investisseurs aux États demeure également un mécanisme controversé, car unilatéral, dans le sens où il permet à un investisseur privé de traîner un État devant les tribunaux internationaux, mais pas l'inverse ». In CEA, doc. E/ECA/CRCL/9/5, *Situation relative aux accords d'investissement en Afrique*, Rapport de la 9<sup>ème</sup> session du Comité de la coopération et de l'intégration régionale, Addis Abeba, 7-9 décembre, 2015, p. 7. Toutefois, cet état de fait se justifierait surtout par le fait que les traités classiques n'imposaient aucune obligation directe aux investisseurs. Sur ce point, Jean KALICKI faisait à juste titre remarquer que, « dans des affaires plus anciennes, la compétence en matière de demande reconventionnelle se basait sur les contrats plutôt que sur les Traités d'investissement, puisque ceux-ci permettent généralement aux deux parties de présenter une demande pour violation ». Il soutient son analyse par l'exemple de l'affaire *MINE v. Guinée*, dans laquelle les arbitres octroient à la Guinée des dommages et intérêts compte tenu du fait que le lancement par l'investisseur d'un arbitrage était une violation d'un accord de règlement des différends devant le CIRDI (affaire CIRDI n° ARB/84/4 du 6 janvier 1988). L'auteur évoque également l'Affaire *Atlantic Triton Co., Ltd. v. Guinée*, dans laquelle le tribunal rejette la demande reconventionnelle de la Guinée sur le fond (affaire CIRDI n° ARB/84/1 du 21 avril 1986). Dans d'autres affaires, par contre, les arbitres ont d'emblée considéré qu'il n'était pas nécessaire d'aborder la question de la compétence. Il en est ainsi de l'Affaire *Gustav F.W. Hamster GmbH & Co. v. Ghana*, dans laquelle la décision du tribunal consistait à dire que le Ghana n'avait pas poursuivi sa demande reconventionnelle après l'avoir mentionné dans sa demande initiale de réparation, et qu'il n'était donc pas nécessaire de déterminer si la demande reconventionnelle tombait dans la portée du consentement (affaire CIRDI n° ARB/07/24 (18 juin 2010). Voir., KALICKI (J. E.), « Les demandes reconventionnelles des États dans l'arbitrage relatif à l'investissement », *Investment treaty news – IIDD* [en ligne], n°2, vol. 3, janvier 2013, p. 3 [consulté le 13 mars 2018].

<sup>773</sup> Relativement peu d'AII existants traitent explicitement du droit de l'État d'accueil à introduire une demande reconventionnelle. Dans le contexte spécifique des CERA, seul l'accord sur l'investissement du COMESA prévoyait un tel mécanisme en son article 28 § 9.

<sup>774</sup> En permettant à la défense de faire valoir des droits dans la même instance, le mécanisme de demande reconventionnel cherche à servir l'égalité des parties et ainsi éradiquer toute velléité d'unilatéralité et de déséquilibre. En outre, l'approche favorise l'économie du procès en raison de la centralisation de l'enquête, de la réalisation d'une procédure intégrée plutôt que deux procédures séparées. Les tribunaux seront ainsi mis en position d'avoir une vision d'ensemble, et non segmentée, de l'affaire considérée.

<sup>775</sup> VANDUZER (J. A.), SIMONS (P) et MAYEDA (G), *Integrating Sustainable Development into International Investment Agreements: A Guide for Developing Countries*, London, Commonwealth Secretariat, 2012, p. 296

---

investisseur-État par les investisseurs dans les cas où ceux-ci ne viennent pas au processus de résolution des litiges les « mains propres »<sup>776</sup>, d'un point de vue social ou environnemental.

**350.** Les clauses du traité modèle de la SADC s'inscrivent dans une dynamique identique à celle de l'Acte additionnel de la CEDEAO mais proposent une solution extrême. En effet, si le TBI modèle ne recommande pas d'inclure de dispositions qui accordent aux investisseurs le droit d'initier une procédure d'arbitrage, il prévoit cependant une formulation qui permet aux pays où les investissements sont réalisés d'agir contre eux<sup>777</sup>. Le TBI modèle stipule ainsi que : « *A Host State may initiate a counterclaim against the Investor before any tribunal established pursuant to this Agreement for damages or other relief resulting from an alleged breach of the Agreement* »<sup>778</sup>. Selon plusieurs observateurs, une telle approche serait peu souhaitable au motif qu'elle fait passer les traités d'investissement d'un déséquilibre (en faveur des investisseurs) à un autre (en faveur de l'État hôte).

---

<sup>776</sup> *Ibid.*

<sup>777</sup> CEA, *Politiques d'investissement et accords bilatéraux d'investissement en Afrique : Implications pour l'intégration régionale*, Addis-Abeba (Ethiopie), 2016, p. 35

<sup>778</sup> Traité modèle de la SADC, art. 19 § 2.

---

---

## **CONCLUSION DU TITRE I**

---

---



---

351. Bien que la plupart des États admettent aujourd’hui la nécessité de réglementer le comportement des investisseurs étrangers, aucun d’entre eux ne prévoyait des obligations conventionnelles fermes à l’égard de ces derniers. Pour *rectifier le tir*, les traités d’investissement de la CEDEAO et de la SADC imposent des obligations antérieures et postérieures à l’établissement des investisseurs. Celles-ci concernent notamment l’évaluation des impacts socio-environnementaux, le respect des droits humains, la lutte contre la corruption et bien d’autres obligations provenant de diverses sources de régulation. Ces clauses, pour le moins novatrices et audacieuses, sont renforcées par des mécanismes d’exécution qui consistent en la mise en jeu de la responsabilité des investisseurs en matière civile et dans le cadre du règlement des litiges. Ce faisant, les traités régionaux opèrent une avancée significative vers la garantie de la contribution des investissements étrangers au développement durable de l’État dans lequel ils opèrent. Toutefois, la difficile appréhension de la personnalité juridique des EMN et l’imprécision des textes régionaux sur les modalités concrètes de mise en œuvre de la responsabilité des investisseurs, dans le pays hôte et/ou le pays d’origine, laissent planer de sérieuses interrogations quant à l’observation effective des obligations affirmées.





---

---

**TITRE II.**  
**L'INTRODUCTION D'OBLIGATIONS À L'ÉGARD**  
**DES ÉTATS**

---

---



---

352. À l'instar des investisseurs, les traités régionaux d'investissement intègrent également, à l'intention des États, des obligations articulées autour des principes de développement durable. Une telle démarche novatrice semble pour le moins logique, surtout si on considère le fait que les États sont non seulement Parties contractantes au traité mais également reconnus comme les principaux acteurs du développement durable<sup>779</sup>. Partant, il s'est donc agi de veiller à ce que les dispositions des instruments régionaux favorisent la cohérence des politiques d'investissement des États des espaces CEDEAO et SADC avec leurs engagements en faveur du développement durable<sup>780</sup>. Il faudra toutefois distinguer les obligations conventionnelles communes à l'ensemble des États parties (Chapitre I) de celles qui s'adressent spécifiquement à l'État d'origine de l'investisseur (Chapitre II).

---

<sup>779</sup> Abordant la définition du développement durable dans une visée purement étatique, CORDONIER SEGGER et NEWCOMBE affirmeront que « *sustainable development refers to State's effort to achieve progress (development), in a way that can be maintained over the long term (sustainable)* » in CORDONIER SEGGER (M-C) & NEWCOMBE (A), « An integrated Agenda for Sustainable Development in International Investment Law », in CORDONIER SEGGER (M-C), NEWCOMBE (A) et GEHRING (M), *Sustainable Development in World Investment Law*, Kluwer law international BV, The Netherland, 2011, p. 102. Pour AYONG LE KAMA Alain, « L'État (législateur, régulateur, gestionnaire, investisseur, acteur du marché, etc.), de par sa nature même, est le « principal » acteur du développement durable et ceci quelles que soient ses modalités d'intervention. D'une part, en tant qu'acteur comme les autres, il agit directement avec ses moyens propres, il est gestionnaire, investisseur, acheteur, etc. et doit, pour être crédible, se montrer exemplaire dans les actions qu'il entreprend au titre du développement durable. D'autre part, quand il agit en surplomb, il est régulateur, coordonnateur, législateur, etc., il a la capacité à inciter, accompagner, aider, les autres acteurs à internaliser une démarche aussi exigeante et qui nécessite un temps long dépendra, pour une grande partie, de la manière dont lui-même s'applique les enjeux qui y sont liés ». In AYONG LE KAMA (A), *Horizon 2020 : l'État face aux enjeux du développement durable*, Paris, Rapport, Commissariat général du Plan, 2005, p. 22

<sup>780</sup> Dans le même sens, le Forum régional africain pour le développement durable rappelait le rôle prépondérant que devraient jouer les Communautés économiques régionales dans l'appui aux efforts visant à mettre en œuvre l'Agenda 2063 et le Programme de développement durable à l'horizon 2030. Pour rappel, le Forum régional africain pour le développement durable a été créé en 2015 par la résolution 930 (XLVIII) de la huitième Réunion annuelle conjointe du Comité technique spécialisé de l'Union africaine sur les finances, les affaires monétaires, la planification économique et l'intégration et de la Conférence des ministres africains des finances, de la planification et du développement économique de la Commission économique pour l'Afrique. Voir CEA, *Forum régional africain pour le développement durable*, Le Caire, NU, 17-19 mai 2016, p. 1 et 9, [en ligne] [consulté le 11 juillet 2017]. Voir aussi Commission de l'UA, *Agenda 2063 : l'Afrique que nous voulons*, Addis Abeba (Éthiopie), 2015, 24 p. ; Commission de l'UA, *AGENDA 2063 : L'Afrique que nous voulons. Cadre stratégique commun pour une croissance inclusive et un développement durable : Premier plan décennal de mise en œuvre 2014-2023*, Addis Abeba (Éthiopie), Doc. SP15831, septembre 2015, 199 p. ; CEA, UA, BafD et PNUD, *Rapport sur le développement durable en Afrique : Suivi des progrès accomplis dans la mise en œuvre de l'Agenda 2063 et des objectifs de développement durable*, Addis-Abeba (Éthiopie), 2017, 15 p.



---

---

**CHAPITRE I.**  
**LES OBLIGATIONS COMMUNES AUX PARTIES**

---

---



---

**353.** Les traités sur l'investissement de la CEDEAO et de la SADC intègrent des obligations à l'égard de l'ensemble des États parties en vue de renforcer la contribution des investissements au développement durable. Ces obligations sont, pour certaines, relatives aux droits de l'Homme (section 1), tandis que d'autres portent sur des questions liées à des valeurs marchandes (section 2).





---

## SECTION I.

### DES OBLIGATIONS RELATIVES AUX DROITS DE L'HOMME

354. Les rédacteurs des traités régionaux africains sur l'investissement ont aménagé un espace pour les droits de l'Homme afin de s'assurer que les dispositions desdits accords ne puissent pas contrecarrer les obligations des États parties en la matière. Il importe dès lors de voir les fondements de ces obligations (§ 1), ainsi que leurs implications (§ 2).

#### § 1. FONDEMENT DES OBLIGATIONS

355. Au regard des dispositions de l'Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO, les États membres doivent veiller à ce que leurs lois, réglementations et politiques protègent les droits de l'Homme, conformément aux accords internationaux et régionaux que ceux-ci ont contracté<sup>781</sup>. L'Acte additionnel n'édicte donc pas de normes nouvelles, mais fonde les obligations des États au moyen d'un renvoi à d'autres instruments qui doivent être respectés. Sur cette base, il nous paraît utile de faire un bref survol des principaux instruments internationaux (A) et régionaux (B) relatifs aux droits humains ; l'objectif ici étant de rappeler l'existence d'un corpus de droit positif créant des obligations contraignantes à l'égard des États<sup>782</sup>.

#### A. LE RENVOI AUX INSTRUMENTS INTERNATIONAUX

356. Le recours aux textes internationaux de droits de l'Homme est spécifiquement le fait de l'Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO. Celui-ci prévoit en son article 21 § 5 que les États de l'espace régional doivent s'assurer que leur droit interne respecte leurs engagements internationaux relatifs aux DH. Il dispose en effet que « chaque État Membre veille à ce que ses législations, politiques et mesures respectent les accords internationaux en matière de droits de l'Homme auxquels ils sont partis et, pour le moins, la liste des obligations et accords en matière de droit de l'Homme déjà adoptés ». À cet effet, plusieurs instruments internationaux, assez bien connus d'ailleurs, précisent les obligations des États

---

<sup>781</sup> Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO, art. 21 § 2 et 5.

<sup>782</sup> Expression empruntée à BACHAND (R), GALLIE (M), ROUSSEAU (S), « Droit de l'investissement et droits humains dans les Amériques », *Annuaire français de droit international*, 2003, vol. 49, p. 577

---

en matière de droits de l'Homme. Dans le cadre de la présente étude, nous nous limiterons aux textes que l'ensemble des États ouest-africains se sont engagés à respecter et à faire respecter. Au premier rang de ces instruments se trouve la Charte fondatrice de l'ONU<sup>783</sup> ; laquelle proclame, dès son préambule, la foi des Nations Unies, « [d]ans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine [...] ». L'Organisation s'est ainsi fixée, entre autres buts fondamentaux, de « développer et d'encourager le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion »<sup>784</sup>. Enfin, l'article 55 de la Charte stipule en son alinéa c) que les Nations Unies favoriseront « le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous ».

357. Trois ans après la consécration de la Charte de l'ONU a été adoptée la Déclaration universelle des droits de l'Homme (DUDH) qui, pour sa part, énumère un socle quasi-universel de droits et de libertés inhérents à la personne humaine<sup>785</sup>. Bien qu'elle n'ait pas, en soi, un caractère juridiquement contraignant<sup>786</sup>, elle est tout de même considérée comme « l'expression d'une norme universelle en matière de droits de l'Homme »<sup>787</sup>. C'est donc un texte dont la portée est avant tout morale, s'appuyant sur l'autorité que confère la signature de la plupart des États du monde dont l'ensemble des États de la CEDEAO. De ce fait, certains spécialistes soutiennent que la DUDH « [...] a acquis une immense autorité morale et politique comme instrument traduisant la conception que se font les Nations Unies des droits de l'homme. Elle constitue aujourd'hui le principal fondement du régime de protection des droits de l'homme basé sur la Charte »<sup>788</sup>.

358. En outre, les États ouest-africains ont adopté d'autres instruments, ayant cette fois-ci valeur juridique, de manière à assurer plus efficacement le respect des libertés fondamentales

---

<sup>783</sup> Charte des Nations Unies, adoptée le 26 juin 1945 et entrée en vigueur le 24 octobre 1945. Le terme « droit de l'Homme » y est mentionné à sept reprises, faisant de la promotion et de la protection des droits de l'homme un objectif primordial pour l'Organisation.

<sup>784</sup> Charte des Nations Unies, art. 1 § 3.

<sup>785</sup> Déclaration énonce des droits à la fois politiques (liberté individuelle, interdiction de l'esclavage et de la torture, droit à la sûreté, présomption d'innocence, liberté de conscience), sociaux et économiques (droit à un niveau de vie suffisant de manière à assurer la santé et le bien-être des individus, droit à l'éducation...).

<sup>786</sup> La DUDH est en réalité une résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies (Rés. 217 A (III) du 10 décembre 1948). Elle n'a donc pas la valeur juridique d'un traité international. Pour lui donner un statut juridique, la plupart des États africains ont accepté de l'inclure dans leur ordre interne.

<sup>787</sup> Haut-Commissariat aux droits de l'Homme (HCDH), *Droits de l'Homme : guide à l'usage des parlementaires*, n° 8, Genève, 2005, p. 17

<sup>788</sup> *Ibid.*

---

au plan international. Il s'agit notamment des deux Pactes internationaux adoptés le 16 décembre 1966 : le premier relatif aux droits civils et politiques (PIDCP)<sup>789</sup>, le second aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC)<sup>790</sup>. Ceux-ci interdisent formellement aux États de se livrer à une quelconque activité qui serait de nature à nuire aux droits qui y sont consacrés<sup>791</sup>. En clair, les Pactes internationaux, ainsi que les protocoles facultatifs qui s'y rapportent, traduisent les valeurs inscrites dans la DUDH et forment avec cette dernière ce qu'il est désormais coutumier d'appeler la « Charte internationale des droits de l'homme »<sup>792</sup>.

359. Le traité sur l'investissement de la CEDEAO prévoit également le respect d'engagements internationaux relevant spécifiquement des droits fondamentaux du travail. En effet, l'Acte additionnel exige expressément que les États membres veillent à ce que leur dispositif interne soit en accord avec leurs obligations internationales du travail, et tout particulièrement la Déclaration de l'OIT du 18 juin 1998 : « Tous les États Membres veillent à ce qu'ils s'assurent que leurs législations et politiques nationales soient conformes à la Déclaration de 1998 de l'OIT relatives aux principes et aux droits fondamentaux du

---

<sup>789</sup> Pacte international relatif aux droits civils et politiques, AG. Rés. 2200 (A) (XXI), N.U. Doc A/ 6316 (1966), 999 RTNU 171 (entrée en vigueur : 23 mars 1976). Dans la classification générationnelle des DH, les droits civils et politiques ou « droits-libertés », correspondent à la première génération de DH qui ont été consacrés à partir du XVIIIème siècle. Les droits civils sont constitués des libertés individuelles telles que le droit à la vie, l'interdiction de l'esclavage, de la torture, des peines inhumaines et dégradantes, de la détention arbitraire, les libertés familiales (mariage, filiation, vie privée), le droit à la propriété privée, ou encore la liberté contractuelle. Les droits politiques renvoient aux libertés politiques telles que le droit de vote, le droit d'association ou encore le droit de résistance à l'oppression. Le Pacte comporte deux Protocoles facultatifs : le premier Protocole facultatif au Pacte habilite le Comité à examiner les plaintes émanant de particuliers qui relèvent de la juridiction d'un des États parties au Protocole facultatif. Les États qui ont ratifié le deuxième Protocole facultatif au Pacte, visant à abolir la peine de mort le 15 décembre 1989 (entré en vigueur en 1991).

<sup>790</sup> Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, AG. Rés. 2200 (A) (XXI), N.U. Doc. A/6316 (1966), 993 RTNU 3 (entrée en vigueur : 3 janvier 1976). Aussi désignés comme « droits collectifs », correspondant à la seconde génération de DH, ont été principalement reconnus au lendemain de la seconde guerre mondiale, et recouvrent notamment le droit à l'éducation, à la protection sociale, au travail, à la grève et à la liberté syndicale.

<sup>791</sup> L'article 5 § 1 du PIDESC précisait à cet égard qu'« aucune disposition du présent Pacte ne peut être interprétée comme impliquant pour un État, un groupement ou un individu un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans le présent Pacte ou à des limitations plus amples que celles prévues dans ledit Pacte ».

<sup>792</sup> AG, Rés. 217 (III), 10 décembre 1948. Il faut aussi relever que cette Charte internationale, la DUDH en particulier, comporte une troisième génération de DH dit « droits de solidarité », qui se sont développés à partir de la seconde moitié du XXème siècle et s'articulent autour du principe d'égalité. Ils renvoient notamment au droit à la paix, au droit au développement, au droit à un environnement sain, au droit à l'autodétermination, et le droit au partage du patrimoine commun de l'humanité.

---

travail »<sup>793</sup>. En introduisant cet article, le but visé par les rédacteurs de l'Acte additionnel était certainement d'empêcher que les politiques nationales en matière d'investissement et la concurrence qui en découle entre les États de la région, conduisent à une course vers le bas des normes du travail, plutôt que de rehausser le niveau de la protection. En effet, la Déclaration de l'OIT stipule en son article 2 que tous les Membres, du seul fait de leur appartenance à l'Organisation, ont l'obligation de respecter, promouvoir et réaliser, de bonne foi, les principes relatifs aux droits qui sont l'objet des conventions fondamentales ; à savoir, les conventions sur la liberté syndicale<sup>794</sup>, l'abolition du travail forcé<sup>795</sup>, l'égalité au travail<sup>796</sup>, et l'élimination du travail des enfants<sup>797</sup>. Parallèlement, la Déclaration de 1998 impose à l'Organisation l'obligation d'aider ses Membres dans les efforts qu'ils font dans ce sens<sup>798</sup>.

360. À la lumière de tout ce qui précède, l'on peut retenir que les États ouest-africains sont tributaires d'un ensemble d'obligations découlant d'instruments internationaux relatifs aux droits humains. Bien que ces instruments n'aient pas tous la même valeur ou portée juridique, nul ne saurait nier l'existence d'obligations internationales que ces États sont tenus de respecter en vertu du principe *pacta sunt servanda*<sup>799</sup>. De cette manière, un État qui viole ses engagements en matière de droits humains engage sa responsabilité internationale au même titre que la violation des engagements issus d'un traité commercial, par exemple<sup>800</sup>.

---

<sup>793</sup> Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO, art. 21 § 4. Dans la pratique, l'OIT adopte des conventions internationales (telles que la Déclaration de 1998) que ses États membres ratifient et transposent dans leurs droits internes.

<sup>794</sup> Convention n° 87 sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical de 1948 et la Convention n° 98 sur le droit d'organisation et de négociation collective de 1949.

<sup>795</sup> Convention n° 29 sur le travail forcé de 1930 et la Convention n° 105 sur l'abolition du travail forcé de 1957.

<sup>796</sup> Convention n° 111 concernant la discrimination (emploi et profession) de 1958 et la Convention n° 100 sur l'égalité de rémunération de 1951.

<sup>797</sup> Convention n° 138 sur l'âge minimum de 1973 et la Convention n° 182 sur les pires formes de travail des enfants de 1999.

<sup>798</sup> Déclaration de l'OIT du 18 juin 1998, art. 3

<sup>799</sup> *Pacta sunt servanda*, est une locution latine littéralement traduite par « les conventions doivent être respectées ». Elle signifie que les parties sont désormais liées au contrat venant d'être conclu et qu'à ce titre elles ne sauraient déroger aux obligations issues de cet accord. C'est un principe de droit des obligations et de droit international public. Pour une étude plus détaillée, voir., BARMANN (J), « Pacta sunt servanda. Considérations sur l'histoire du contrat consensuel », *Revue internationale de droit comparé*, 1961, vol. 13-1, pp. 18-53

<sup>800</sup> BACHAND (R), GALLIE (M), ROUSSEAU (S), « Droit de l'investissement et droits humains dans les Amériques », *Annuaire français de droit international*, 2003, vol. 49, p. 580

---

## B. LE RENVOI AUX INSTRUMENTS RÉGIONAUX

- 361.** Au-delà des obligations fondées sur les instruments internationaux, l'Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO fait aussi référence aux instruments régionaux<sup>801</sup>. Sur ce point, il semble nécessaire de préciser que l'organisation régionale ouest-africaine n'a elle-même aucun instrument spécifique sur les droits de l'Homme. Ceci peut s'expliquer par le fait que la CEDEAO s'est avant tout construite comme étant une communauté d'intérêt économique. Elle n'avait pour ainsi dire pas vocation à être un espace de défense des droits de l'Homme<sup>802</sup>. Néanmoins, l'inclusion d'une telle disposition a l'avantage de conférer une dimension évolutive à l'Acte additionnel, de sorte à prendre en compte d'éventuels textes régionaux spécifiques à venir. Par ailleurs, la référence de l'Acte additionnel aux instruments régionaux des DH prend également en compte des textes existants qui, bien qu'ayant une visée plus générale, prévoient ou rappellent certaines obligations des États parties en matière de droits de l'Homme.
- 362.** C'est le cas notamment du Traité constitutif de la CEDEAO, dont les dispositions consacrent quelques principes et droits fondamentaux notamment sur la non-discrimination (article 59(2)), l'éducation (article 60), la culture (article 62), la liberté d'information et la diffusion d'information dans les médias (articles 65 et 66), la libre circulation (article 55(1)(ii)). Bien plus, le Traité révisé affirme, dès son préambule, l'adhésion de la CEDEAO aux droits consignés dans la Charte africaine des DH et des peuples<sup>803</sup>. En effet, le traité révisé précise l'engagement des États membres au « [...] respect, [à la] promotion et protection des droits de l'homme et des peuples conformément aux dispositions de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples »<sup>804</sup>. En conséquence, tous les États membres

---

<sup>801</sup> Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO, art. 21 § 2.

<sup>802</sup> Voir., TALL (S. N.), *Droit des organisations internationales africaines*, théorie générale – droit communautaire comparé, droit de l'Homme, paix et sécurité, Paris, l'Harmattan, 2015, 547 p.

<sup>803</sup> Aussi appelée « Charte de Banjul » en raison de ce rôle historique de la Gambie dans l'adoption du projet de Charte, la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples a été adoptée le 27 juin 1981 à Nairobi (Kenya) et est entrée en vigueur le 21 octobre 1986. Ratifiée par l'ensemble États membres de l'Organisation de l'unité africaine (OUA), devenue entre-temps l'Union africaine (UA). Cet instrument continental consacre non seulement nombre de droits civils, politiques (première génération), économiques, sociaux et culturels, (deuxième génération) mais aussi les droits collectifs des peuples ou de solidarité (troisième génération). Cette dernière catégorie se réfère aux droits d'une communauté à l'égalité, à l'autodétermination, à disposer librement de ses richesses et de ses ressources naturelles. Elle inclut également d'autres droits tels que le droit à la paix et à la sécurité nationale et internationale et le droit à un environnement sain et satisfaisant (art. 19 à 24). La Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples représente ainsi le socle juridique commun aux États africains en matière de droits humains ; l'instrument principal de protection des droits de l'homme en Afrique. Voir notamment FALL (A. B.), « La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples : entre universalisme et régionalisme », *Pouvoirs*, 2009/2 (n° 129), pp. 77-100.

<sup>804</sup> Traité révisé de la CEDEAO, art. 4 (g) [encadré ajouté].

---

de la CEDEAO adhèrent à la Charte de Banjul par le biais de sa mention dans le préambule du traité constitutif.

**363.** Le Protocole de la CEDEAO sur la démocratie et la bonne gouvernance<sup>805</sup> réitère également l'engagement des États membres à être liés par la Charte en ces termes : « Les droits contenus dans la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des peuples [...] sont garantis dans chacun des États membres de la CEDEAO [...] »<sup>806</sup>. En outre, le Protocole renferme plusieurs obligations relatives aux droits humains telles que la non-discrimination (art. 1g), la répartition équitable des ressources et des revenus (art. 27), la constitution et l'adhésion à des syndicats (art. 28), le droit à l'éducation (art. 30), les droits des enfants (art. 41). Enfin, le Protocole précise en son article 39 que la Cour de justice communautaire est habilitée à connaître de tout cas de violation des droits de l'homme après que les voies nationales ont été épuisées.

**364.** L'approche de la CEDEAO diffère en cela de celle de la SADC qui est, pour sa part, assez prolifique dans la production normative spécifiquement dédiée aux droits humains. En effet, au-delà des modestes mentions contenues dans le traité constitutif<sup>807</sup>, plusieurs instruments se rapportant aux droits de l'Homme ont été adoptés par la Communauté d'Afrique australe. Il s'agit en l'occurrence du Protocole sur l'éducation et la formation de la SADC, dont l'article 3 (f) précise que l'un de ses objectifs est d'œuvrer pour la réduction et l'élimination éventuelle des restrictions à un accès meilleur et plus libre des citoyens des États membres à des possibilités d'éducation et de formation de bonne qualité dans la région<sup>808</sup>. L'organisation régionale a aussi adopté en 1999 un Protocole sur la santé qui a,

---

<sup>805</sup> Adopté le 21 décembre 2001 à Dakar, le Protocole A/SP1/12/01 sur la démocratie et la bonne gouvernance est un instrument régional additionnel au Protocole de la CEDEAO relatif au mécanisme de prévention, de gestion et de règlement de conflit, maintien de la paix et de la sécurité, signé à Lomé le 10 décembre 1999.

<sup>806</sup> Protocole de la CEDEAO sur la démocratie et la bonne gouvernance, art. 1 (h).

<sup>807</sup> Contrairement à la CEDEAO, le traité constitutif de la SADC ne fait pas de référence aux instruments relatifs aux DH. En revanche, l'article 4 du traité engage les parties au respect des principes fondamentaux des droits de l'Homme, à la démocratie, à l'État de droit, à la non-discrimination.

<sup>808</sup> Adopté en 1997, ce Protocole contient des dispositions relatives à l'enseignement primaire, secondaire et tertiaire ainsi qu'à la formation continue. Les États membres s'engagent à s'efforcer de fournir une éducation de base universelle en assurant au moins neuf années de scolarité (article 5(3)). Ils s'engagent également à améliorer l'accès à l'éducation et la formation et à réduire les inégalités existant dans l'acquisition d'une éducation et d'une formation (article 9(B)(1)(i)). *Op. cit.*, BRAUN (T) et MULVAGH (L), *Le système africain des droits humains : Un guide pour les peuples autochtones*, Forest Peoples Programme, octobre, 2008, p. 52

---

entre autres objectifs, de développer des stratégies communes pour répondre aux besoins en santé des femmes, des enfants et des autres groupes vulnérables (article 3(g))<sup>809</sup>.

**365.** Est ensuite adoptée, le 26 août 2003, la Charte des droits sociaux fondamentaux ; laquelle instaure désormais un « espace social SADC ». Au-delà des débats sur la justiciabilité de ses dispositions<sup>810</sup>, la Charte a le mérite de rappeler un certain nombre de droits fondamentaux concernant notamment la liberté syndicale, le droit à une rémunération correcte, aux conditions de travail, à la protection sociale, au droit d'association et aux négociations collectives, à la formation professionnelle et continue, au traitement égal entre les sexes, à l'information, à la consultation et à la participation. Dans l'esprit de la Charte sociale, la SADC adoptera le 18 août 2014 un Protocole sur l'emploi et le travail, dont l'un des objectifs est d'« accroître la cohésion, encourager la collaboration entre États membres et promouvoir l'adoption d'approches communes aux défis rencontrés sur les marchés du travail en vue de la réalisation du développement durable »<sup>811</sup>.

**366.** Ce bref tour d'horizon des instruments de la CEDEAO et de la SADC met clairement en évidence l'existence d'obligations régionales en matière de DH que les États membres sont tenus de prendre en considération<sup>812</sup>, y compris dans le cadre de leurs rapports avec les investisseurs étrangers.

---

<sup>809</sup> Le Protocole sur la santé de la SADC comporte des dispositions se rapportant à divers domaines de la santé tels que : le contrôle du paludisme (article 11) ; le contrôle de la tuberculose (article 12) ; la santé reproductive (article 16) ; l'hygiène de l'environnement (article 23) ; et la production, l'approvisionnement et la distribution de médicaments essentiels à un prix abordable (article 29(b)) . In BRAUN (T) et MULVAGH (L), *Le système africain des droits humains : Un guide pour les peuples autochtones*, Forest Peoples Programme, octobre, 2008, p. 52

<sup>810</sup> Il existe deux possibilités à travers lesquelles le tribunal pourrait être saisi pour violation de la Charte. Premièrement, à l'article 3 § 2 de la Charte, les États membres « s'engagent à observer les droits fondamentaux dont allusion a été faite dans la Charte ». Bien que l'engagement lie les États, le Charte ne donne pas une définition précise des droits fondamentaux auxquels elle fait référence. Ensuite, le tribunal pourrait exercer sa compétence sur la Charte si celle-ci est considérée comme « instrument subsidiaire adopté dans le cadre de la Communauté ». Certains spécialistes estiment que ces possibilités restent encore à être testées au plan juridique. Voir notamment, IHRDA, *Le Tribunal du Southern African Development Community (SADC)* [en ligne], [consulté le 04 septembre 2016].

<sup>811</sup> Protocole sur l'emploi et le travail de la SADC, art. 3 (b). Le Protocole se réfère également aux normes internationales de travail, en exigeant en son article 12 § 2 que « les États parties prennent toutes les mesures raisonnables et réalisables nécessaires afin d'instaurer progressivement un cadre sûr et sain de travail en mettant en place un système national et programmes nationaux pour la sécurité et la santé au travail conformément aux conventions de l'OIT sur la sécurité et la santé au travail ».

<sup>812</sup> À cet égard, les traités révisés de la SADC (art. 22) et de la CEDEAO (art. 5 et 77) stipulent clairement que les Protocoles et instruments connexes sont juridiquement contraignants pour les États membres qui y ont adhéré.



---

## § 2. IMPLICATIONS DES OBLIGATIONS

367. En ratifiant les traités internationaux et régionaux relatifs aux droits de l'Homme, les États des ORA s'engagent individuellement à garantir à chacun de ses citoyens les droits consacrés par lesdits instruments. Ces engagements, réitérés dans l'Acte additionnel sur l'investissement, impliquent deux obligations essentielles, à savoir, celle de respecter les DH (A) et celle de protéger contre les violations (B).

### A. L'OBLIGATION DE RESPECTER

368. L'obligation visée à ce stade-ci consiste pour l'État, ses organes et agents, à n'infliger aucun dommage, s'abstenant de prendre des mesures susceptibles d'entraver ou de restreindre l'exercice et la jouissance des droits humains<sup>813</sup>. Elle vient certainement en réponse au débat, sans cesse croissant, de l'influence des obligations découlant des AII classiques sur la capacité des États à honorer leurs engagements en matière de droits de l'Homme. Si les DH et les obligations des accords d'investissement ne se contredisent pas en soi, de nombreux observateurs conviennent toutefois que les accords d'investissement peuvent conduire à des politiques et des mesures gouvernementales ayant un impact négatif sur la pleine jouissance des DH et sur la capacité de l'État à garantir ces droits<sup>814</sup>. En effet, des difficultés surgissent lorsque la libéralisation de la législation ouvre la voie à une dégradation des conditions de travail, des normes sociales, environnementales et des droits des communautés locales<sup>815</sup>.

369. Selon certains observateurs, les conflits se manifestent le plus souvent dans les secteurs économiques liés à l'exploitation des ressources naturelles et la privatisation des services. Il pourrait s'agir, par exemple, de l'adoption de lois, décrets ou autres textes facilitant la concession des terres des peuples autochtones à des entreprises étrangères, au nom d'accords d'investissement passés avec les États d'origine desdites entreprises<sup>816</sup>. De telles mesures

---

<sup>813</sup> BACHAND (R), GALLIE (M), ROUSSEAU (S), « Droit de l'investissement et droits humains dans les Amériques », *Annuaire français de droit international*, 2003, vol. 49, p. 582 ; BRIGHT (C), *L'accès à la justice civile en cas de violations des droits de l'homme par des entreprises multinationales* [en ligne], [MOREAU (M-A) (dir)] thèse de doctorat, droit, European University Institute, Florence, 2013, p. 25-26, [consulté le 13 janvier 2018].

<sup>814</sup> Voir sur ce point, KRAJEWSKI (M), *Ensuring the primacy of human rights in trade and investment policies: Model clauses for a UN Treaty on transnational corporations, other businesses and human rights*, Brussels, CIDSE, 2017, p. 9-12

<sup>815</sup> BRIGHT (C), *Op., cit.*, p. 34

<sup>816</sup> Voir notamment BRAUN (T) et MULVAGH (L), *Le système africain des droits humains : Un guide pour les peuples autochtones*, Forest Peoples Programme, 2008, 178 p.

---

porteraient clairement préjudice aux droits fondamentaux d'une minorité vivant au sein de la Communauté et violeraient, par conséquent, les principes supérieurs des droits de l'Homme auxquels adhèrent les États<sup>817</sup>. Les illustrations de ce type sont légion, allant des interférences entre la privatisation des services de gestion et de commercialisation de l'eau potable avec la jouissance du droit à l'eau aux incidences négatives résultant de l'exploitation des mines de charbon sur l'eau, l'alimentation et la santé des communautés locales (c'est-à-dire sur les DH liés à l'environnement)<sup>818</sup>. Dans de telles circonstances, l'obligation de respecter les DH vise à amener les États ouest-africains à revoir fondamentalement les modalités de leurs accords d'investissement, ainsi que les lois nationales qui en découlent, afin de rétablir la confiance des citoyens dans la capacité des gouvernements à agir dans l'intérêt commun<sup>819</sup>.

**370.** À cet égard, il est assez intéressant de voir le rôle essentiel désormais conféré à la Cour de Justice de la CEDEAO (CJC). En effet, la CJC est habilitée à se prononcer sur les violations des DH au sein de la Communauté depuis l'adoption du Protocole additionnel du 19 janvier 2005<sup>820</sup>, dont l'article 3 dispose ainsi : « La Cour est compétente pour connaître des cas de violation des droits de l'Homme dans tout État membre. »<sup>821</sup>. Si les premières attributions de la Cour concernaient l'interprétation du traité, des textes dérivés et la résolution des différends économiques entre les États, elle fonctionne désormais comme une véritable Cour des DH. Dans ses arrêts rendus, la Cour se réfère systématiquement aux instruments internationaux de protection des droits humains qui recueillent l'unanimité des États membres<sup>822</sup> ; écartant ainsi la possibilité pour un État de refuser d'appliquer une

---

<sup>817</sup> Priver une minorité d'accéder à ses terres, à ses ressources ou encore l'empêcher de pratiquer sa culture contreviendrait les dispositions du PIDCP (articles 1 et 27) et surtout celles du PIDESC ; lequel consacre le droit à l'auto-détermination (article 1), le droit à un niveau de vie suffisant, le droit à une nourriture suffisante et le droit à un logement suffisant (article 11), le droit à la santé (article 12) ; le droit de participer à la vie culturelle (article 15 § 1 (a)).

<sup>818</sup> MADRUGA (J), « Droits de l'homme dans les politiques commerciales et d'investissement : les perspectives offertes par un traité de l'ONU sur les sociétés transnationales et autres entreprises », *CIDSE*, Bruxelles, avril 2017, p. 3

<sup>819</sup> *Ibid.*, p. 4

<sup>820</sup> Protocole additionnel A/SP.1/01/05 du 19 Janvier 2005 portant amendement du Protocole A/P /17 /91 relatif à la Cour de justice de la Communauté.

<sup>821</sup> Article 3 du Protocole additionnel A/SP.1/01/05 de 2005, introduisant une nouvelle disposition (art. 9 § 4) au Protocole A/P /17 /91 relatif à la compétence de la CJC.

<sup>822</sup> Les instruments visés par la Cour ont été abordés dans le paragraphe précédent et concernent notamment : la DUDH ; les deux Pactes internationaux relatif aux droits civils et Politiques (PIDCP) droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC), ainsi que la Charte de Banjul. Dans l'arrêt *Dame Koraou c/ République du Niger*, par exemple, la Cour a énuméré les différentes conventions internationales condamnant l'esclavage et rappelle à juste titre que certaines de ces conventions ont été ratifiées par le Niger, notamment, la DUDH

---

sentence de la Cour qui se baserait sur un texte qu'il n'aurait pas ratifié lui-même. C'est notamment sur cette base que la Cour a condamné l'État du Niger, dans l'affaire *Dame Koraou*, pour avoir laissé exister des lois permettant d'asservir et de maintenir en esclavage des êtres humains<sup>823</sup>.

371. Par ailleurs, le Protocole additionnel sur la CJC permet aujourd'hui aux individus d'entamer une action contre l'un des États parties<sup>824</sup> et a étendu la compétence de la Cour pour inclure l'examen des violations de droits humains au sein de l'espace régional<sup>825</sup>. La CIC est ainsi devenue une juridiction communautaire que les particuliers peuvent saisir pour l'appréciation de la légalité des actes communautaires<sup>826</sup> et l'examen des violations de droits humains dans tous les États membres<sup>827</sup>. De plus, le Protocole additionnel innove en prévoyant, en son article 4, que la saisine de la Cour se fasse sans qu'il soit nécessaire de

---

et le PIDCP et font de l'interdiction de l'esclavage un droit intangible et absolu. Voir., Cour CEDEAO, ECW/CCJ/JUD/06/08, arrêt *Dame Koraou c/ République du Niger*. Dans l'arrêt *Amouzou Henri et autres c/ République de Côte d'Ivoire*, la Cour, procédant à la détermination de sa compétence, fait remarquer que la présomption d'innocence est consacrée par la DUDH ainsi que la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples dont la Côte d'Ivoire est signataire. Ensuite, elle rappelle la force obligatoire des conventions signées par les États. La Côte d'Ivoire est aussi signataire du PIDCP, instrument à laquelle la Cour se réfère. Donc, celle-ci est bien compétente pour connaître de l'affaire portée devant elle. Voir., Cour CEDEAO, ECW/CCJ/JUG/04/09, arrêt *Amouzou Henri et autres c/ République de Côte d'Ivoire*.

<sup>823</sup> Cour CEDEAO, ECW/CCJ/JUD/06/08 du 27 oct. 2008, arrêt *Dame Koraou c/ République du Niger*. Sur un commentaire de l'arrêt, lire KABUMBA (Y. H.), « La répression internationale de l'esclavage : les leçons de l'arrêt de la Cour de Justice de la CEDEAO dans l'affaire Hadjiatou Mani Koraou c/ République du Niger, 27 octobre 2008 », *Revue Québécoise du Droit International*, 2008, n°21.2, pp. 25-56

<sup>824</sup> Il faut rappeler qu'au titre du Protocole sur la CJC de 1991, seuls les États membres pouvaient saisir la CJC. Cependant, l'affaire *Olaide Afolabi vs Federal Republic of Nigeria*, jugée par la Cour en 2004, a mis en évidence la nécessité d'élargir la saisine de la Cour aux requérants individuels ; d'où la révision du Protocole de 1991 pour y intégrer entre autres cette modification. Dorénavant, la Cour peut être saisie par tout ressortissant d'un des États membres, en cas de violation des Protocoles, Décisions, Conventions ou Traités adoptés par la CEDEAO.

<sup>825</sup> La CJC se distingue en cela du Tribunal de la SADC, dont les statuts ne mentionnent pas le respect des droits de l'Homme au titre de ses compétences. Néanmoins, les individus peuvent vraisemblablement se fonder sur le traité instituant la SADC et saisir le tribunal pour prouver l'obligation pour un État partie de respecter les principes fondamentaux des DH. La compétence du tribunal en matière des DH serait donc implicite comme l'atteste la célèbre affaire *Michael Campbell v. Zimbabwe* dans laquelle le tribunal a reconnu l'ensemble des arguments avancés par les plaignants, après avoir établi sa compétence sur la base de l'article 4 (c) du Traité SADC en ces termes : « *It is clear to us that the tribunal has jurisdiction in respect of any dispute concerning human rights, democracy and the rule of law, which are the very issues raised in the present application* ». In SADC, *Mike Campbell (Pvt) Ltd. v. Zimbabwe*, 28 novembre 2008, n° 2/2007 [2008] SADC (T) 2, SADC (T) n° 8/2008, p. 25

<sup>826</sup> Article 4 du Protocole additionnel A/SP.1/01/05 de 2005, introduisant une nouvelle disposition (art. 10 (c)) au Protocole A/P /17 /91 relatif à la CJC.

<sup>827</sup> Article 4 du Protocole additionnel A/SP.1/01/05 de 2005, introduisant une nouvelle disposition (art. 10 (d)) au Protocole A/P /17 /91 relatif à la CJC.

---

remplir la condition classique de l'épuisement des voies de recours internes<sup>828</sup>. Ainsi, toute personne victime d'une violation de ces droits fondamentaux peut immédiatement demander réparation devant la Cour de Justice de la CEDEAO<sup>829</sup>.

372. S'il est admis que la CJC peut déclarer qu'une loi interne viole les engagements internationaux et régionaux des États<sup>830</sup> et que les arrêts qu'elle rend sont exécutoires<sup>831</sup>, les textes (et même la jurisprudence) de la CEDEAO restent cependant silencieux sur la question du contrôle de conventionalité des lois nationales. Autrement dit, aucune disposition ne stipule expressément que la loi jugée illicite sera retirée de l'ordonnement juridique interne.

---

<sup>828</sup> La CJC se distingue ici des autres juridictions internationales spécialisées en matière de droits de l'Homme telles que la Cour européenne des DH, le Comité des DH des Nations Unies. En effet, dans le cadre des juridictions évoquées, le particulier, victime d'une violation des DH doit d'abord chercher une réparation auprès d'un tribunal de première instance, d'appel (le cas échéant) puis auprès de la Cour suprême de l'État responsable.

<sup>829</sup> L'innovation évoquée tire sa source de la célèbre affaire *Dame Hadjdatu MANI KORAOU* à l'occasion de laquelle la Cour de justice condamne l'État du Niger pour pratique d'esclavage (Cour CEDEAO, ECW/CCJ/JUD/06/08 du 27 oct. 2008, arrêt *Dame Koraou c/ République du Niger*). À l'époque, aucun texte ne prévoyait à quel stade de la procédure le recours devant la Cour de justice de la CEDEAO était possible. C'est le juge lui-même qui va fixer cette règle de procédure. Interpellée par l'État du Niger, dans l'affaire *dame Koraou*, sur sa compétence, la Cour de justice éclaircit sa position sur l'épuisement des voies de recours. Sur cette affaire, voir., HAMULI KABUMBA (Y), « Discrimination, arrestation et détention arbitraires selon la Cour de justice de la CEDEAO dans *Hadijatou Mani Koraou c. Niger* (27 oct. 2008) », *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques*, 2009, vol. 87, afl. 3, pp. 291-316.

<sup>830</sup> Le Protocole additionnel de 2005 stipule que la CJC a pour mission de connaître de toute violation des droits de l'Homme au sein de la communauté sans toutefois préciser, dans son mandat, l'origine de la violation en question. De fait, la Cour a elle-même admis l'interprétation extensive de sa juridiction.

<sup>831</sup> Conformément à l'article 6 du Protocole additionnel de 2005, toutes les décisions rendues par la CJC s'imposent aux États membres, aux institutions de la Communauté et aux personnes physiques ; elles ne nécessitent donc aucune autre procédure juridique sur le territoire de l'État membre considéré.

---

## B. L'OBLIGATION DE PROTÉGER

373. L'obligation de protéger renvoie à une obligation positive<sup>832</sup> qui implique, pour l'État et les personnes publiques, de garantir la protection des individus contre les violations de ces droits par les tiers, de prévenir les futurs abus, et d'en réprimander les auteurs<sup>833</sup>. Il s'agit d'une obligation permanente qui incombe aux États ; lesquels sont tenus de prendre des mesures préventives, voire pro-actives, pour éviter d'éventuelles violations des DH et promouvoir le respect de ceux-ci<sup>834</sup>. C'est dans cette perspective que s'inscrit l'article 21 § 2 de l'Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO ; lequel stipule que « chaque État Membre veille à ce que ses lois et réglementations offrent un niveau élevé de protection en matière de travail et de droits de l'homme conforme aux traités régionaux et internationaux dont il est partie, et s'efforce de continuer à améliorer lesdites lois et réglementations ». Ainsi, en souscrivant aux conventions régionales et internationales relatives aux DH, les États ouest-africains s'engagent à prendre les mesures appropriées, d'ordre législatif, judiciaire, administratif ou autres, susceptibles de garantir l'exercice des droits reconnus à tous les individus relevant de leur juridiction.
374. Par extension, les États ont l'obligation de s'assurer que les activités économiques menées par les entreprises ne portent pas atteinte aux DH sur leur territoire. En d'autres termes, les pays ouest-africains doivent prendre les mesures nécessaires pour protéger les individus et les communautés locales contre les violations des DH causées par des acteurs privés, y compris les investisseurs étrangers. Pour y parvenir, les États jouissent d'une marge d'appréciation assez large, allant de l'usage d'outils économiques au recours à des moyens juridiques et politiques. Au titre des mécanismes économiques, les États pourraient notamment imposer aux investisseurs étrangers de prendre une assurance responsabilité civile pour les violations des DH et pour des dommages à l'environnement, comme une condition d'établissement de l'investissement<sup>835</sup>.

---

<sup>832</sup> Selon Frédéric SUDRE, la théorie des obligations dites *positives* qui suggère que « la responsabilité de l'État pourra être engagée non seulement du fait de son ingérence "active" dans tel ou tel droit mais aussi du fait de la non-adoption des mesures positives que l'application concrète du droit réclamait ». In SUDRE (F), « Les obligations positives dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1995, p. 369

<sup>833</sup> BRIGHT (C), *Op. cit.*, p. 25-26

<sup>834</sup> BACHAND (R), GALLIE (M), ROUSSEAU (S), « Droit de l'investissement et droits humains dans les Amériques », *Annuaire français de droit international*, 2003, vol. 49, p. 582

<sup>835</sup> VANDUZER (J. A.), SIMONS (P) et MAYEDA (G), *Integrating Sustainable Development into International Investment Agreements: A Guide for Developing Countries*, London, Commonwealth Secretariat, 2012, p. 383-388. Selon ces auteurs, les investisseurs prennent par habitude une assurance de risque politique auprès

375. Les États parties pourraient également préciser les obligations des mécanismes de garantie des investissements prévus à l'article 25 § 4 de l'Acte additionnel afin que ceux-ci convergent avec l'objectif de développement durable dont les DH sont un pan essentiel. En tant que source d'incitation économique en faveur des investisseurs étrangers, les agences de garantie d'investissement peuvent jouer un rôle important dans le contexte des entreprises et des DH<sup>836</sup>, notamment en conditionnant leur appui financier ou autres garanties par une étude d'impact sur les DH. Sur cette base, la suppression des avantages accordés aux investisseurs pourrait bien être envisagée en cas d'abus et d'atteinte à la dignité humaine<sup>837</sup>.
376. Sur le plan juridique et institutionnelle, il pourrait être envisagé la création de structures nationales d'évaluation d'impact sur les DH des projets d'investissements, ou l'extension du champ de compétence des organismes nationaux de DH existants<sup>838</sup>, afin de fournir des orientations aux investisseurs sur la manière de respecter les DH dans toutes leurs activités. Les États parties devront également veiller à assurer l'accès à des recours effectifs pour les victimes de violation des DH impliquant des opérateurs privés étrangers. Il est en effet certain que la mise en œuvre effective de l'obligation de protection des DH incombant aux États ne peut être garantie sans que soit assuré le droit à un recours effectif pour les victimes lorsque de tels droits sont violés<sup>839</sup>. En outre, le droit à un recours effectif est un droit humain fondamental qui est explicitement protégé par la plupart des instruments régionaux et internationaux des DH pour lesquels les États de la CEDEAO et de la SADC sont Parties<sup>840</sup>.

---

d'agences de crédit à l'exportation et d'autres institutions financières pour des opérations dans des pays considérés comme politiquement instables. Cette assurance offre une protection contre le risque de l'action de l'État, comme une rupture de contrat, l'expropriation, la violence politique, les restrictions monétaires. De même, l'assurance responsabilité civile pourrait couvrir la responsabilité d'investisseur pour certains types d'actes de négligence qui pourrait violer les DH ou causer des dommages environnementaux. L'assurance responsabilité serait alors un outil susceptible de résoudre le problème de l'investisseur étranger qui chercherait à éluder sa responsabilité pour les actes de sa filiale ou société affiliée dans l'État hôte. Ces auteurs précisent toutefois que le montant de l'assurance exigée pourrait être déterminé en tenant compte du résultat de l'étude des impacts. De la sorte, l'exigence pourrait être limitée ou modulée selon que les investissements en question sont susceptibles d'avoir des impacts sociaux et environnementaux plus ou moins importants.

<sup>836</sup> MADRUGA (J), « Droits de l'homme dans les politiques commerciales et d'investissement : les perspectives offertes par un traité de l'ONU sur les sociétés transnationales et autres entreprises », *CIDSE*, Bruxelles, avril 2017, p. 4

<sup>837</sup> Cette approche novatrice serait pleinement légitime, vu que les mécanismes de garantie des investissements se fondent sur des lois nationales ou régionales censées être respectueuses et protectrices des DH.

<sup>838</sup> Il s'agirait notamment de redéfinir le rôle des Commissions nationales de droits de l'Homme (CNDH).

<sup>839</sup> BRIGHT (C), *Op. cit.*, p. 40

<sup>840</sup> Le droit d'accès à un recours effectif est notamment consacré, au plan international, par la DUDH (art. 8), le PIDCP (art. 2 § 3). Au niveau continental, la Commission africaine des DH a adopté des directives et principes sur le droit à un procès équitable en Afrique dans lesquels elle rappelle que chacun a droit à un

377. Dans cette activité de production normative liée à l'obligation de protection des DH, les États pourraient toutefois se heurter à d'autres obligations liées, cette fois-ci, à la protection des investissements<sup>841</sup>. Cet état de fait soulève avant tout la question, combien épineuse, de la hiérarchie des normes internationales. S'il est vrai que l'Acte additionnel ne prévoit pas une clause explicite de suprématie<sup>842</sup>, on pourrait tout de même être tenté de croire à la primauté des DH, et ce pour plusieurs raisons. D'abord, en exigeant que les États membres respectent les engagements pris dans les traités régionaux et internationaux de protection des DH, l'Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO laisse entendre que ceux-ci produisent pour leurs signataires des obligations au moins égales, sinon plus élevées, que celles découlant de leurs engagements au titre des accords d'investissement.

378. Ensuite, en procédant à un renvoi aux instruments internationaux auxquels les États ouest-africains sont parties, les rédacteurs de l'Acte additionnel sur l'investissement n'ignoraient pas les dispositions de la Charte onusienne qui, non seulement consacre les DH, mais surtout affirme en son article 103 la prédominance de la Charte sur tous les autres accords, sans exception<sup>843</sup>. En d'autres termes, l'utilisation de l'article 103 (primauté de la Charte), combiné aux dispositions du préambule et des articles 1 § 3 et 55 (c) (reconnaissance et garantie des DH), permettrait d'asseoir la primauté des droits humains. Dans tous les cas, les dispositions de l'Acte additionnel sur l'investissement ouvrent la voie à une interprétation nouvelle, qui permet de lire les obligations de protection des investissements à la lumière des instruments régionaux et internationaux de protection des DH, pour en tirer les conséquences aux fins du règlement du litige porté devant la CJC.

---

recours effectif et que ce dernier comprend notamment l'accès à la justice, la réparation des préjudices subis, l'accès aux informations concrètes concernant les violations. La Commission rappelle également que chaque individu a droit à un recours effectif devant les tribunaux compétents contre des actes attentatoires aux droits garantis par la Constitution, la loi ou la Charte, même lorsque les actes ont été commis par des personnes dans le cadre de leurs fonctions officielles. Ces directives visent à renforcer les dispositions des articles 5, 6, 7 et 26 de la Charte de Banjul. Voir., Résolution sur la procédure relative au droit de recours et à un procès équitable, Commission Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples, réunie en sa 11<sup>ème</sup> Session ordinaire, à Tunis, du 2 au 9 mars 1992.

<sup>841</sup> En effet, il pourrait surgir un conflit, dans l'ordre juridique interne, entre ces deux catégories d'obligations conventionnelles, dès lors que le respect de l'une exige, ou a pour conséquence, la violation de l'autre.

<sup>842</sup> Tous les traités internationaux étant, en principe, sur un pied d'égalité, le traité d'investissement de la CEDEAO aurait pu instituer une primauté formelle des obligations en matière de DH sur les accords d'investissement signés par les États membres au travers d'une clause explicite de suprématie. Cette approche offrirait indéniablement une protection plus accrue.

<sup>843</sup> L'article 103 de la Charte de l'ONU stipule clairement qu'« [e]n cas de conflit entre les obligations des membres des Nations Unies en vertu de la présente Charte et leurs obligations en vertu de tout autre accord international, les premières prévaudront ».

379. Il faudrait aussi, et surtout, garder à l'esprit qu'en manquant à leurs obligations de protéger les droits humains, les États violent certaines de leurs obligations conventionnelles<sup>844</sup>. Le fait générateur de la responsabilité serait ainsi l'omission de l'État qui n'a pas pris de mesures adéquates pour prévenir les comportements des opérateurs qui ont porté atteinte aux DH<sup>845</sup> ; et ce, même si l'inaction normative de ces derniers se justifiaient par le souci de s'acquitter d'autres obligations conventionnelles, notamment en matière d'investissement<sup>846</sup>. La jurisprudence de la CJC semble s'inscrire dans cette logique, comme le témoigne l'*Affaire SERAP c/ État du Nigéria et autres*<sup>847</sup>.
380. L'action avait été engagée par l'ONG nigériane SERAP<sup>848</sup>, contre le gouvernement fédéral du Nigéria et six compagnies pétrolières pour association de violation des DH et pollution par hydrocarbures dans le delta du Niger<sup>849</sup>. Statuant sur cette plainte, la Cour a estimé que l'incapacité du gouvernement nigérian à promulguer des lois efficaces et à établir des institutions capables de réguler les activités des compagnies pétrolières, associée à son incapacité à traduire en justice les auteurs de la pollution du delta du Niger, équivalait à une violation de ses engagements en matière de droits humains. Pointant du doigt la violation des articles 21 et 24 de la CADHP, portant respectivement sur le droit à disposer des

---

<sup>844</sup> La FIDH faisait à juste titre remarquer que les États « [...] ne peuvent pleinement s'acquitter de leurs obligations internationales que s'ils protègent les individus non seulement contre les violations commises par les agents de l'autorité publique mais également contre les actes commis par des personnes privées, physiques ou morales, incluant donc les entreprises multinationales. Si l'État manque à son obligation de protéger, lesdits actes peuvent, dans certains cas, lui être imputables, indépendamment de la possibilité de poursuivre directement la personne privée pour les faits commis ». In FIDH, *Entreprises et violations des droits de l'homme, un guide pratique sur les recours existants à l'intention des victimes et des ONG*, Paris, 2012, p. 28

<sup>845</sup> Voir., SUDRE (F), « Les obligations positives dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1995, pp. 363-384, spéc. p. 369

<sup>846</sup> À ce propos, la FIDH faisait à juste titre remarquer que « les États ne peuvent, d'une part, ratifier des traités relatifs aux droits humains et de l'autre, conclure des accords qui les empêchent de mettre en œuvre leurs obligations en matière de droits humains. Cette attitude schizophrène équivaut à une violation de leurs obligations en matière de droits de l'Homme. ». In FIDH, *Droits de l'Homme et entreprises : Pour la cohérence et le respect des droits de l'Homme : Note de position à l'attention du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'Homme et des sociétés transnationales et autres entreprises*, Paris, 2009, p. 3

<sup>847</sup> Cour CEDEAO, n° ECW/CCJ/APP/07/10, *Affaire SERAP c/ État du Nigéria et autres*.

<sup>848</sup> Socio-Economic Rights and Accountability Project (SERAP) est une Organisation non gouvernementale (ONG) nigériane engagée dans la promotion de la transparence et de la responsabilité dans l'utilisation des ressources naturelles du Nigeria. Voir., SERAP, [en ligne], [consulté le 10 mai 2018], <http://serap-nigeria.org/>

<sup>849</sup> La partie plaignante accusait le gouvernement de violer les droits économiques et sociaux des populations ; en l'occurrence, le droit à un niveau de vie suffisant, y compris le droit à l'alimentation, au travail, à la santé, à l'eau, à la vie et à la dignité humaine, à un environnement propre et sain et au développement économique et social.



---

ressources et des richesses naturelles et sur le droit à vivre dans un environnement satisfaisant, la Cour a conclu à l'unanimité que le gouvernement nigérian était responsable des violations commises par les compagnies pétrolières et qu'il devait demander aux entreprises et autres responsables de rendre des comptes.

## SECTION II.

### DES OBLIGATIONS IMPLIQUANT DES VALEURS MARCHANDES

381. En vertu des instruments régionaux sur l'investissement, les États de la CEDEAO et de la SADC sont tributaires d'autres obligations, à dominante économique cette fois-ci. Il s'agit en substance de l'obligation de lutter contre la corruption (§ 1), ainsi que l'engagement à faciliter les investissements de la diaspora (§ 2).

#### § 1. L'OBLIGATION DE LUTTE CONTRE LA CORRUPTION

382. Comme nous l'avons déjà évoqué, la corruption cause de multiples dommages aux efforts de développement durable. Bien souvent perçue comme une manifestation de faiblesses normatives et institutionnelles<sup>850</sup>, elle permet d'outrepasser ou de contourner les mesures de protection environnementale et sociale avec toutes les conséquences qui en découlent. Pour remédier à ce phénomène dans le cadre spécifique des investissements, les instruments régionaux imposent deux obligations majeures à l'égard des États parties qui concernent ; d'une part, l'incrimination de la corruption (A) et, d'autre part, la sanction de celle-ci (B).

#### A. L'INCRIMINATION DE LA CORRUPTION

383. L'incrimination se définit généralement comme le fait « (de la part du législateur) [d']ériger un fait en infraction (en crime, en délit, etc.). »<sup>851</sup>. Elle désigne la « description des éléments constitutifs d'une infraction pénale par un texte législatif ou réglementaire »<sup>852</sup>. Partant, l'incrimination de la corruption pourrait être appréhendée comme une mesure consistant, pour l'autorité compétente, à ériger les pratiques corruptrices en infraction pénale. Cette approche à l'égard de la corruption se conçoit aisément si l'on considère, comme BOULOC, que le « crime » désigne dans son assertion la plus large, « l'action ou l'omission d'un individu, qui, à raison du trouble qu'elle cause à l'ordre social, est frappée

<sup>850</sup> Voir sur ce point DELMAS-MARTY (M), « La corruption, un défi pour l'État de Droit et la société démocratique », *RSC*, 1997, n°3, pp. 696-706 ; ARNONE (M), BORLINI (S. L.), *Corruption : Economic Analysis and International Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2014, p. 153-208 ; FITOUSSI (J-P), ROSANVALLON (P), *Le nouvel âge des inégalités*, Paris, Seuil, 1996, 231 p.

<sup>851</sup> CORNU (G), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2015, p. 537

<sup>852</sup> CABRILLAC (R), *Dictionnaire du vocabulaire juridique 2018*, Paris, LexisNexis, 2017, p. 284

---

par la société d'une sanction pénale »<sup>853</sup>. Dans cette perspective, l'Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO exige que les États membres confèrent le caractère d'infraction pénale à des actes de corruption, en prenant soin de déterminer les éléments constitutifs de ceux-ci.

**384.** Il est ainsi prévu que « les États Membres considèrent comme infractions pénales, [...] les faits suivants : a) L'offre, la promesse ou le don de tout argent ou présent de toute autre nature, directement ou par des intermédiaires, à un agent public de l'État d'accueil, à son profit ou au profit d'un tiers, pour ce que cet agent agisse ou s'abstienne d'agir dans l'exécution de fonctions officielles, en vue d'obtenir toute préférence quant à un investissement envisagé ou à des licences, permis, contrats ou un autre quelconque droit connexe à un investissement ; et b) Tout agissement se rendant complice de tout acte décrit au paragraphe ci-dessus, y compris l'incitation, la complicité et la conspiration connexes à la réalisation ou à l'autorisation desdits actes [...] »<sup>854</sup>.

**385.** L'obligation s'inspire en réalité de l'article 6 du Protocole de la CEDEAO sur la lutte contre la corruption<sup>855</sup> qui, entre autres objectifs, cherche à « [...] renforcer, dans chacun des États parties, le développement de mécanismes efficaces pour prévenir, réprimer et éradiquer la corruption »<sup>856</sup>. Il s'agit en quelque sorte d'une adaptation des dispositions dudit Protocole au domaine des investissements, vu que celui-ci exigeait déjà la criminalisation d'un large éventail de faits et de comportements concernant les agents publics<sup>857</sup>; tel que les pots-de-vin, le trafic d'influence et la complicité dans la perpétration d'infractions<sup>858</sup>. Le Protocole

---

<sup>853</sup> BOULOC (B), *Droit pénal Général*, Paris, Dalloz, Précis, 23<sup>ème</sup> édition, 2013, n°1, p. 1. *Op., cit* in PORTAS (L), *Les pratiques corruptrices dans les échanges économiques internationaux : Etude comparative France-Vietnam*, [MASCALA (C) (dir.)], thèse de doctorat, droit, Université Toulouse 1 Capitole, 2015, p. 23

<sup>854</sup> Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO, art. 30 § 1

<sup>855</sup> Le Protocole sur la lutte contre la corruption de la CEDEAO a été adopté le 21 décembre 2001 et est entré en vigueur en juin 2006, au moment de la ratification par au moins neuf États signataires.

<sup>856</sup> Protocole sur la lutte contre la corruption de la CEDEAO, art. 2 (i).

<sup>857</sup> Sur ce point précis, Louise PORTAS fait remarquer que « les infractions de corruption ont traditionnellement été incriminées pour assurer le respect du devoir de probité qui incombe à tout agent public. Ce dernier a effectivement le devoir de toujours agir de manière désintéressée en poursuivant l'intérêt général, c'est-à-dire celui de la collectivité publique au nom de laquelle il agit. Un manquement à ce devoir fera dès lors naître un risque pénal pour son auteur ». In PORTAS (L), *Les pratiques corruptrices dans les échanges économiques internationaux : Etude comparative France-Vietnam*, [MASCALA (C) (dir.)], thèse de doctorat, droit, Université Toulouse 1 Capitole, 2015, p. 24

<sup>858</sup> Protocole sur la lutte contre la corruption de la CEDEAO, art. 6 et 7.

---

exige également que les États parties érigent en infraction pénale le détournement de biens ainsi que les infractions de comptabilité et de blanchiment des produits des délits<sup>859</sup>.

386. L'approche diffère quelque peu dans le cadre de la SADC, dans la mesure où les instruments sur l'investissement ne prévoient pas expressément une obligation d'incrimination de la corruption. Le TBI modèle l'admet plutôt implicitement, en prévoyant une obligation de sanction des pratiques corruptrices<sup>860</sup> ; la seconde obligation présupposant l'existence de la première. Dans tous les cas, les États de la SADC pourront se référer au Protocole régional contre la corruption<sup>861</sup>, dont le préambule fait remarquer l'incroyable ampleur de la corruption dans la région et ses effets déstabilisants, surtout en matière de bonne gouvernance. Le Protocole de la SADC, comme celui de la CEDEAO, expose un large éventail de pratiques corruptrices que les États parties sont tenus d'incriminer.

387. Ces pratiques concernent notamment les pots-de-vin et la réaffectation de biens par des agents publics, ainsi que le trafic d'influence en ce qui concerne de tels agents publics<sup>862</sup>. Ils comprennent également l'usage frauduleux ou la dissimulation de biens obtenus par la corruption, la participation ou la collaboration à la perpétration d'actes de corruption ou à la conspiration visant la perpétration de tels actes<sup>863</sup>. L'instrument régional précise par la suite que « chaque État partie adopte les mesures, législatives ou autres, requises pour conférer, en vertu de ses lois nationales, le caractère d'infraction aux actes de corruption visés à l'article 3 »<sup>864</sup>. Sur cette base, la corruption est censée être incriminée dans l'ordre interne de l'ensemble des États de la CEDEAO et de la SADC. Cependant, la seule incrimination, aussi rigoureuse ou étendue qu'elle soit, ne suffit pas à lutter efficacement contre la corruption<sup>865</sup>. Encore faudrait-il pouvoir sanctionner les actes répréhensibles.

---

<sup>859</sup> Protocole sur la lutte contre la corruption de la CEDEAO, art. 6

<sup>860</sup> L'obligation de sanction est prévue à l'article 10 § 4 du TBI modèle de la SADC. Nous y reviendrons dans la seconde partie de ce paragraphe.

<sup>861</sup> Le Protocole contre la corruption a été adopté par les chefs d'État et de gouvernement de la SADC lors de leur Sommet du 14 août 2001 au Malawi, devenant ainsi le premier traité régional sur la lutte contre la corruption en Afrique. Il est entré en vigueur le 6 juillet 2005.

<sup>862</sup> Protocole de la SADC contre la corruption, art. 3.

<sup>863</sup> *Ibid.*

<sup>864</sup> Protocole de la SADC contre la corruption, art. 7 § 2.

<sup>865</sup> Philip FITZGERALD affirmait que « la corruption est incriminée dans le droit interne de la plupart des États africains et elle est expressément visée dans plusieurs constitutions africaines et dans plusieurs instruments juridiques à vocation africaine à niveau régional ou même continental ». L'auteur relève toutefois qu'en dépit de cet arsenal juridique, « [...] le continent africain a réalisé peu de progrès dans ce domaine ». Voir., FITZGERALD (P), *Les dispositifs juridiques internationaux de lutte contre la corruption des agents publics étrangers*, [GOUNELLE (M) (Dir.)], thèse de doctorat, droit public, Université du Sud Toulon-Var, 2011,

---

## B. LA SANCTION DE LA CORRUPTION

388. Partant de l'incrimination, les États doivent aussi sanctionner les auteurs d'actes de corruption. Dans cette visée, le TBI modèle de la SADC exige que les États parties poursuivent et pénalisent, conformément à leur droit interne, toute personne qui violerait les dispositions de l'article 10 relatives à la lutte contre la corruption : « *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 [against corruption]* »<sup>866</sup>. Dans le même sens, le traité d'investissement de la CEDEAO prévoit, en son article 31 § 1, que les États parties « recherchent, poursuivent et punissent de sanctions appropriées », les faits ou actes de corruption. Si l'Acte additionnel détermine les éléments constitutifs d'actes de corruption et pose le principe de leur sanction, il ne donne toutefois pas plus de précisions sur la peine applicable ou sur ce que l'on doit comprendre par « sanctions appropriées ». Deux raisons essentielles justifient cet état de fait.
389. La première a trait à l'existence d'instruments régionaux spécifiques dont les dispositions donnent quelques indications utiles<sup>867</sup>. En effet, le Protocole sur la lutte contre la corruption de la CEDEAO stipule en son article 10 § 1 que « chaque État Partie devra prévoir des sanctions et mesures effectives et dissuasives proportionnées à l'infraction, incluant, lorsqu'elles sont commises par des personnes physiques, des sanctions privatives de liberté donnant lieu à l'extradition ». Il traite également la question des produits de la corruption en autorisant leur saisie et leur confiscation : « chaque État Partie adoptera les mesures législatives ou autres qui se révèlent nécessaires pour lui permettre de confisquer les instruments et les produits des infractions pénales définies conformément au présent Protocole, ou les biens dont la valeur correspond à ces produits »<sup>868</sup>.

---

p. 50. Pour soutenir son analyse, l'auteur se réfère également à KOFELE-KALE (N), « Change or the illusion of change: the war against official corruption in Africa », *George Washington International Law Review*, 2006, n°38, p. 697

<sup>866</sup> TBI modèle de la SADC, art. 10 § 4 [encadré ajouté].

<sup>867</sup> En effet, les instruments de lutte contre la corruption de la CEDEAO et de SADC s'efforcent d'harmoniser les législations des États membres en matière de définition des actes incriminés mais traitent aussi du caractère pénal des sanctions encourues. Ils puisent la plupart de leurs termes dans les conventions de l'OCDE, de l'ONU et de l'UA. Voir notamment la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, adoptée le 21 novembre 1997, entrée en vigueur le 15 février 1999 ; Convention des Nations Unies contre la corruption (Rés. 58/4 de l'AG du 31 octobre 2003) ; Convention sur la Prévention et la Lutte contre la Corruption de l'UA, 11 juillet 2003, entrée en vigueur le 5 août 2006 (art. 4).

<sup>868</sup> Protocole sur la lutte contre la corruption de la CEDEAO, art. 10 § 3.

390. Le Protocole consacre, en sus, un article entier sur la saisie et la confiscation dans lequel il aborde certaines modalités pratiques, de sorte à rendre plus difficile le bénéfice des produits de la corruption<sup>869</sup>. Ainsi, le caractère assez général des dispositions des instruments régionaux sur l'investissement permet d'éviter tout risque de chevauchements inutiles ; ce, d'autant plus que les textes de lutte contre la corruption de la CEDEAO et de la SADC, eux-mêmes *généralistes* dans une certaine mesure<sup>870</sup>, poursuivent hardiment l'harmonisation des législations pénales nationales réprimant la corruption<sup>871</sup>. Ceci nous amène à la seconde raison, savamment exposée par HUET (A) et KOERING-JOULIN (R) en ces termes : « [...] lorsque les États ont pu concéder à une organisation internationale une compétence normative en matière pénale, ils se sont limités à lui reconnaître le droit d'incriminer, c'est-à-dire d'énoncer des normes de comportement répréhensible, en se réservant le pouvoir de fixation des peines »<sup>872</sup>.

391. Cet état de fait est également vrai dans le contexte spécifique des ORA, où l'on a certes pu aboutir à un partage du pouvoir d'incriminer, mais où les États parties semblent peu enclins à parvenir à l'harmonisation des peines qui y sont attachées. La difficulté est de toute évidence congénitale à la matière même du droit pénal, car « [...] le pouvoir de répression est reconnu comme reflet de l'identité nationale et la législation en la matière reste fortement marquée de l'empreinte de l'exercice interne de la souveraineté étatique »<sup>873</sup>. Considérée par VIRALLY comme l'une des branches du droit qui réside « au cœur même du sanctuaire de la souveraineté »<sup>874</sup>, la discipline reste un domaine dans lequel l'harmonisation ne va pas de soi<sup>875</sup>.

---

<sup>869</sup> Protocole sur la lutte contre la corruption de la CEDEAO, art. 13.

<sup>870</sup> Si les traités sur la corruption de la CEDEAO et de la SADC donnent d'utiles indications en ce qui concerne la sanction de la corruption, ceux-ci éludent tout de même certaines questions fondamentales d'un droit répressif efficace, en l'occurrence, celles relatives aux peines applicables.

<sup>871</sup> L'article 18 du Protocole sur la lutte contre la corruption de la CEDEAO stipule que : « les États Parties s'engagent à harmoniser leurs législations nationales en vue de réaliser les buts et objectifs du présent Protocole ». Dans cette même visée, le TBI modèle de la SADC dispose en son article 7 § 1 que : « les États parties s'engagent, dans la mesure du possible, à renforcer et à harmoniser leurs politiques et leurs législations nationales aux fins de la réalisation des objectifs du présent Protocole ».

<sup>872</sup> HUET (A.) et KOERING-JOULIN (R.), *Droit pénal international*, PUF, 2005, p. 133. *Op. cit.*, in TCHANTCHOU (H), AKOUETE AKUE (M), « L'état du droit pénal dans l'espace OHADA », *Revue de l'ERSUMA-OHADA*, novembre-décembre 2011, numéro spécial, p. 21

<sup>873</sup> *Ibid*, p. 20

<sup>874</sup> VIRALLY (M.), « Panorama du droit international contemporain : Cours général de droit international public », *RCADI*, 1983, p. 124

<sup>875</sup> Dans le domaine du droit pénal, une harmonisation peut couvrir des règles substantielles ou procédurales, des étapes spécifiques de la procédure pénale ou une gamme complète d'éléments juridiques, laissant ainsi une

---

392. Face à la « difficile rencontre du droit pénal avec le droit communautaire »<sup>876</sup>, l'issue retenue en l'état actuel des choses demeure le renvoi aux législations nationales ; ce qui laisse par ailleurs une marge d'appréciation conséquente aux États pour déterminer les peines attachées aux pratiques corruptrices. En tout état de cause, l'adoption d'instruments régionaux dédiés à lutte contre la corruption témoigne d'un consensus dans l'identification de la corruption comme un réel et grave obstacle au développement des Parties auquel il faut s'attaquer. Partant, l'inclusion d'obligations de lutte contre la corruption dans les traités régionaux sur l'investissement contribue à renforcer les systèmes juridiques nationaux, de manière à s'assurer que les États parties ne dérogeront pas à leurs engagements conventionnels en la matière dans le cadre spécifique de leurs rapports avec les investisseurs.

---

marge de manœuvre plus ou moins grande pour la mise en œuvre des droits pénaux nationaux. Il convient toutefois de distinguer l'harmonisation de l'unification, cette dernière ne laissant aucune place à une action nationale, étant donné que, dans le cas d'une unification, les juges nationaux seraient tous tenus par la même règle uniforme. In Parlement européen, *Harmonisation du droit pénal dans l'Union européenne : Gros plan sur le système judiciaire américain*, Étude, 2010, p. 7

<sup>876</sup> BORE (M), *La difficile rencontre du droit pénal français et droit communautaire*, Mélanges Vitu, Cujas, 1989, p. 25 cité in YAO (K.E.), « OHADA. Uniformisation et droit pénal : esquisse d'un droit pénal des affaires dans l'espace OHADA. », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 63, n°3, 2011. p. 669

---

## § 2. L'ENGAGEMENT À FACILITER LES INVESTISSEMENTS DE LA DIASPORA

393. Le traité d'investissement de la CEDEAO se démarque des instruments traditionnels par l'inclusion d'une obligation de promotion se rapportant spécifiquement aux investissements de la diaspora<sup>877</sup>. Une telle disposition soulève avant tout la question de la reconnaissance de la diaspora (A). Nous nous intéresseront ensuite à l'exigence de facilitation des investissements proprement dit (B).

### A. LA RECONNAISSANCE DE LA DIASPORA

394. Dans le cadre de la CEDEAO, la question de la reconnaissance de la diaspora a surtout été traitée sous un angle politique. Elle semble être l'expression d'une nouvelle approche adoptée par les pays ouest-africains en faveur de leur diaspora<sup>878</sup>. Pour s'en convaincre, il suffit de se référer à la 33<sup>ème</sup> session ordinaire de la Conférence des Chefs d'État et de gouvernement de la CEDEAO, au cours de laquelle il a été donné mandat à la Commission de « conduire une réflexion sur la valorisation des compétences et des ressources financières des diasporas ouest-africaines en vue de contribuer au développement de leurs pays d'origine et lutter efficacement contre la fuite des cerveaux »<sup>879</sup>. Toutefois, l'Acte additionnel sur l'investissement, à l'instar de la plupart des textes de la CEDEAO, ne propose pas de définition qui permette de mieux cerner, d'un point de vue juridique, la réalité sociologique que représente la « diaspora ».

395. Il s'agit là d'une faille non négligeable, surtout lorsqu'on sait qu'une mauvaise compréhension des diasporas peut compromettre les efforts déployés pour accroître les contributions qu'elles pourraient apporter à leur pays ou à leur espace régional d'origine<sup>880</sup>. Cette lacune peut cependant être comblée, ou minimisée, par la définition retenue dans le cadre de l'Union africaine ; du moins si l'on admet que cette définition sert de base commune

---

<sup>877</sup> Conformément à l'article 25 § 3 de l'Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO, « les États Membres prennent les mesures appropriées afin de faciliter les investissements de la diaspora dans la région ».

<sup>878</sup> La plupart des États de la CEDEAO ne disposaient pas jusqu'alors de politiques spécifiques à l'égard de leur diaspora. Relativement peu d'entre eux les ont clairement identifiées et analysées.

<sup>879</sup> Commission de la CEDEAO, *L'approche commune de la CEDEAO sur la migration*, 33<sup>ème</sup> Session ordinaire de la Conférence des Chefs d'État et de Gouvernement, Ouagadougou, 18 janvier, 2008, p. 8

<sup>880</sup> RATHA (D) et PLAZA (S), « Mettre à profit les diasporas : L'Afrique peut mettre à contribution ses millions d'émigrants », *Finances & Développement* [en ligne], septembre 2011, p. 51 [consulté le 16 septembre 2017]. Voir également à ce sujet, AGUNIAS (D.R.), NEWLAND (K), *Comment associer les diasporas au développement : Manuel à l'usage des décideurs et praticiens dans les pays d'origine et d'accueil*, Genève et Washington, Organisation Internationale pour les Migrations (OIM) – Migration Policy Institute (MPI), 2012, p. 25-29



---

à l'ensemble des CERA dans l'élaboration de leur politique régionale en matière de diaspora. Selon l'organisation continentale, le vocable "diaspora" désigne « les personnes d'origine africaine vivant hors du continent africain, qui sont désireuses de contribuer à son développement et à la construction de l'Union africaine, quelles que soient leur citoyenneté et leur nationalité »<sup>881</sup>. De cette définition ressortent trois caractéristiques essentielles : d'abord, l'origine africaine des personnes considérées ; ensuite, l'existence d'un élément transnational (celles-ci vivant hors du pays d'origine) ; et enfin, l'engagement à contribuer au développement du pays d'origine<sup>882</sup>.

396. Cet attachement à la terre d'origine et la volonté de se rendre utile tant sur le plan socio-culturel, que politique et économique seraient, par ailleurs, la ligne de démarcation entre la diaspora et les simples migrants<sup>883</sup>. Partant de là, certains auteurs ont estimé que la diaspora devrait être perçue comme une communauté qui vit « en dehors de l'État, mais au sein de la nation »<sup>884</sup>. Ce raisonnement semble être pleinement partagé par l'Union africaine, vu qu'elle considère désormais la diaspora comme étant la « sixième région d'Afrique »<sup>885</sup>. En outre, l'approche proposée par l'UA met clairement en évidence le fait que l'appartenance à la diaspora ne saurait être conférée sur la seule base du critère racial<sup>886</sup>. Dans le même esprit,

---

<sup>881</sup> AU (2005), *Report of the meeting of experts from member states on the definition of the african diaspora*, [en ligne], [consulté le 25 octobre 2017] ; UA (2012), *Sommet mondial de la diaspora africaine*, [en ligne], [consulté le 6 novembre 2017].

<sup>882</sup> Voir., WOLFF (V), OPOKU-OWUSU (S), *L'engagement de la diaspora dans le domaine de l'investissement et de l'entreprenariat : principales stratégies et pratiques notables dans la région du Processus de Rabat*, Centre International pour le Développement des Politiques Migratoires (CIDPM) & African Foundation for Development (AFFORD), Bamako, octobre 2016, p. 2

<sup>883</sup> Cette conception est également soutenue par Andrea RIGONI, rapporteur de la Commission des migrations, des réfugiés et des personnes déplacées au Conseil de l'Europe. Selon ce dernier, « on entend par diaspora tout groupe de migrants intégrés dans leur société d'accueil [...] qui ont choisi de garder des attaches fortes avec leur culture et leur pays d'origine. Cet attachement n'est pas purement symbolique ou culturel, il s'est développé au fil des dernières décennies pour inclure désormais des liens économiques et politiques étroits ». In Conseil de l'Europe, *Participation démocratique des diasporas de migrants*, Strasbourg, Rapport de la Commission des migrations, des réfugiés et des personnes déplacées, 2014, p. 5

<sup>884</sup> Voir., PERETZ (P), « Diasporas : en dehors de l'État, mais au sein de la nation », *La Vie des idées* [en ligne], publié le 6 mars 2008 [consulté le 11 mai 2018] ; SHAIN (Y), *Kinship and Diasporas in International Affairs*, University of Michigan Press, 2007, 216 p.

<sup>885</sup> Le Protocole sur les amendements à l'Acte constitutif de l'UA (en particulier l'article 3 (q)), approuvé en janvier 2003 par la 1<sup>ère</sup> session extraordinaire de la Conférence des Chefs d'État et de gouvernement à Addis-Abeba, invite et encourage la diaspora, en tant que partie importante du continent, à participer pleinement à la construction de l'Union africaine. Voir., aussi UA, Résolution sur la diaspora, Doc. Assembly/AU/14(XVIII)Add. 3., 30 janvier 2012

<sup>886</sup> Il est ici question de sortir de la tendance à croire que les noirs d'Amérique et des Antilles constituent les seuls membres de cette diaspora. Sont également concernés les Afro-Cubains et les Africains brésiliens aussi bien que les Ivoiriens européens, les Camerounais hollandais, les Tunisiens d'Espagne, par exemple.

---

les États ouest-africains s'étaient engagés, quelques années plus tôt, à « renforcer la solidarité entre la diaspora et les pays d'origine »<sup>887</sup>. L'engagement des pays de la CEDEAO s'est ensuite traduit par l'établissement de liens institutionnels, à travers la création de structures nationales, de plateformes et réseaux spécialement dédiés à la diaspora<sup>888</sup>. Certains États ont, en outre, accordé des droits politiques à leur diaspora tels que le droit de vote<sup>889</sup> ; d'autres allant jusqu'à conférer la double nationalité<sup>890</sup>. L'octroi de ces droits et privilèges rend bien compte d'une reconnaissance de plus en plus affirmée de la diaspora. Ceux-ci constituent par ailleurs un lien majeur nécessaire à la participation constructive de celle-ci dans l'élaboration et la mise en œuvre des politiques de développement durable du pays d'origine.

397. La reconnaissance de la diaspora permet pour ainsi dire de tirer meilleur profit des diverses formes d'engagement que les diasporas peuvent fournir à leur pays d'origine, en l'occurrence, le capital financier, intellectuel, politique, culturel et social<sup>891</sup>. Sous l'angle purement économique, les droits conférés ont surtout le bénéfice de faciliter les

---

<sup>887</sup> Commission de la CEDEAO, *L'approche commune de la CEDEAO sur la migration*, 33<sup>ème</sup> Session ordinaire de la Conférence des Chefs d'État et de Gouvernement, Ouagadougou, 18 janvier, 2008, p. 8

<sup>888</sup> Les initiatives étatiques revêtent des formes diverses, allant de la création de ministères à part entière à l'adjonction de fonctions spécifiques aux ministères existants (Cap-Vert, Côte d'Ivoire, Gambie, Guinée, Mali et Sénégal). Il peut également s'agir d'agences, de départements publics (Bénin, Burkina Faso, Nigeria et Sierra Leone). Certains pays ont également mis en place des conseils de la diaspora (Bénin, Burkina Faso, Guinée-Bissau, Mali, Niger et Nigeria). Quelle que soit leur spécificité, ces organismes ont généralement en commun la collecte des données sur les diasporas, la fourniture d'informations, de conseils en vue de faciliter leur participation à des programmes d'appui au développement des communautés locales. Voir., DEVILLARD (A), BACCHI (A) et NOACK (M), *Enquête sur les politiques migratoires en Afrique de l'Ouest*, Vienne et Dakar, International Centre for Migration Policy Development (ICMPD) et l'Organisation internationale pour les migrations (OIM - Bureau régional pour l'Afrique de l'Ouest et du Centre), 2015, p. 63-64.

<sup>889</sup> Étendre le droit de vote à la diaspora est souvent considéré comme faisant partie des mesures qui peuvent développer ou resserrer les liens entre un individu et son pays d'origine. Certains y voient même une condition fondamentale de leur intégration politique. Selon une étude réalisée par l'ICMPD et l'OIM, les législations de pays tels que le Bénin, le Burkina Faso, le Cap-Vert, la Côte d'Ivoire, le Ghana, le Mali et le Sénégal autoriseraient le vote à partir de l'étranger. In DEVILLARD (A), BACCHI (A) et NOACK (M), *Op. cit.*, p. 64

<sup>890</sup> Bronwen MANBY révélera dans son étude que « plusieurs États de la CEDEAO ont adopté des lois permettant la double nationalité. Il s'agit, entre autres, du Cap-Vert en 1992, du Nigéria en 1999, du Ghana en 2000, de la Gambie en 2001 (uniquement pour ceux qui ont la nationalité d'origine), de la Sierra-Leone en 2006 et du Niger en 2014. En 2010, la Guinée-Bissau a adopté des amendements à sa loi qui (entre autres choses) a précisé que la double nationalité a été autorisée dans tous les cas ». In MANBY (B), *La nationalité, la migration et l'apatridie en Afrique de l'Ouest*, une étude pour le compte du HCR et de l'OIM, juin, 2015, p. 14

<sup>891</sup> Les formes d'engagement citées tirent leurs sources de la formule des « 5 C » du capital de la diaspora de M. Chukwu-Emeka CHIKEZIE. Voir., CHIKEZIE (C-E), « Reinforcing the Contributions of African Diasporas to Development », in PLAZA, (S), RATHA (D), *Diaspora for development in Africa*, Washington D.C., World Bank, 2011, p. 269-270

---

investissements réalisés par la diaspora. Par exemple, l'octroi de la nationalité est l'un des principaux moyens d'accès légaux à un marché domestique puisqu'il permet d'éviter les contraintes imposées aux étrangers dans certains cas, telles que la double imposition, les restrictions légales et administratives imposées au travail temporaire ou à l'acquisition des droits de propriété, etc.

## B. LA FACILITATION DES INVESTISSEMENTS DE LA DIASPORA

**398.** En invitant les Parties contractantes à faciliter les investissements de la diaspora au sein de l'espace ouest-africain, l'Acte additionnel témoigne de l'intérêt croissant que la CEDEAO accorde à l'implication de la diaspora dans la politique régionale en matière d'investissement. La disposition s'inscrit, elle aussi, dans la suite logique des conclusions la 33<sup>ème</sup> Conférence des Chefs d'État et de gouvernement de la CEDEAO qui demandait à la Commission de « [...] proposer des mesures communes, notamment en ce qui concerne la facilitation des transferts financiers, des investissements dans la région ainsi à l'implication des diasporas dans les projets de développement »<sup>892</sup>. L'obligation conventionnelle serait surtout étroitement liée à la prise de conscience de l'importance des flux financiers provenant de la diaspora. En effet, ces envois constituent une source importante de financement plusieurs pays de l'espace communautaire, atteignant plus de 10 % du BIP au Cap-Vert, au Sénégal et au Togo<sup>893</sup>. Le Nigéria, avec un apport de 20 milliards d'USD par an, est de loin le plus grand pays bénéficiaire des transferts dans la région<sup>894</sup>.

**399.** D'une manière générale, l'Afrique de l'ouest est, avec l'Afrique du Nord, le principal bénéficiaire des fonds envoyés par la diaspora<sup>895</sup>. En dépit des difficultés liées à l'estimation

---

<sup>892</sup> Commission de la CEDEAO, *L'approche commune de la CEDEAO sur la migration*, 33<sup>ème</sup> Session ordinaire de la Conférence des Chefs d'État et de Gouvernement, Ouagadougou, 18 janvier, 2008, p. 8

<sup>893</sup> RATHA (D) et PLAZA (S), « Mettre à profit les diasporas : L'Afrique peut mettre à contribution ses millions d'émigrants », sur *Finances & Développement* [en ligne], septembre 2011, p. 49 [consulté le 16 septembre 2017]; BAfD, OCDE, PNUD, *Perspectives économiques en Afrique 2017 : Entrepreneuriat et industrialisation*, Paris, éditions OCDE, 2017, p. 62

<sup>894</sup> WOLFF (V), OPOKU-OWUSU (S), *L'engagement de la diaspora dans le domaine de l'investissement et de l'entrepreneuriat : principales stratégies et pratiques notables dans la région du Processus de Rabat*, Centre International pour le Développement des Politiques Migratoires (CIDPM) & African Foundation for Development (AFFORD), Bamako, octobre 2016, p. 8

<sup>895</sup> Certaines organisations à vocation économique soutiennent que ces deux régions ont reçu, en 2016, 90 % des transferts destinés au continent et que le Nigéria et l'Égypte représentent respectivement 71 % et 63 % des transferts à l'Afrique de l'Ouest et à l'Afrique du Nord. Les principaux pays bénéficiaires étaient les suivants : le Nigéria (20 milliards USD), l'Égypte (18.7 milliards), le Maroc (7.1 milliards), le Ghana (2.2 milliards), l'Algérie (2.1 milliards), la Tunisie (2 milliards) et le Sénégal (1.9 milliard). Le Kenya et l'Ouganda sont les seuls pays d'Afrique de l'Est à avoir franchi le seuil du milliard, avec respectivement 1.6 et 1.1 milliard USD. En Afrique australe, c'est l'Afrique du Sud qui arrive en tête, avec 0.8 milliard USD. In BAfD, OCDE,

---

des sommes réellement destinées aux investissements<sup>896</sup>, il existe certaines preuves empiriques concernant les investissements de taille effectués grâce à ces transferts de fonds<sup>897</sup>. Selon certains experts, les fonds affectés à l'investissement se situeraient entre 3% et 7% du volume des envois au Togo, entre 17% et 25% au Ghana, tandis que le ratio avoisine les 28% au Bénin<sup>898</sup>. Si l'orientation des envois de fonds à des fins d'investissement productif mérite d'être davantage encouragée, il est évident que la diaspora joue déjà un rôle important dans la plupart des économies nationales de la région. En effet, « pour beaucoup de pays africains, les fonds envoyés permettent de lisser la consommation des ménages, d'augmenter les réserves de change et de financer des investissements, y compris dans les petites entreprises et l'éducation, et constituent à cet égard un véritable filet de sécurité »<sup>899</sup>.

400. En outre, « les contributions des membres de la diaspora ne se limitent pas à des investissements financiers, puisqu'elles couvrent la levée collective de fonds auprès des migrants en soutien à des activités philanthropiques pour favoriser les transferts de technologie, les échanges de connaissances et un accès amélioré aux places financières du monde entier. Les migrants peuvent dopper la croissance économique dans leur pays d'origine en y retournant avec des projets de création d'entreprises ou en finançant des investissements, y compris dans des start-ups »<sup>900</sup>.

401. Toutefois, un certain nombre d'obstacles pourraient entraver les investissements de la diaspora, notamment le coût élevé des transferts de fonds. À cet égard, la Banque mondiale précise qu'« à l'échelle mondiale, le coût moyen d'un transfert de 200 dollars était de 7,1 % au premier trimestre de 2018, soit plus du double de la cible de 3 % fixée dans les Objectifs de développement durable »<sup>901</sup>. L'Organisation révèle surtout que « l'Afrique subsaharienne

---

PNUD, *Perspectives économiques en Afrique 2017 : Entrepreneuriat et industrialisation*, Paris, éditions OCDE, 2017, p. 63

<sup>896</sup> Ces difficultés sont essentiellement dues aux types et canaux de versements. En effet, déterminer les flux et l'objet des flux provenant de la diaspora est une tâche complexe compte tenu des différents types de versements (via agences de transfert d'argent, banques commerciales, téléphones mobiles, bureaux de poste) et des modes de déclaration des transferts, pouvant différer d'un pays à l'autre. De plus, une proportion non négligeable de ces flux passe par des canaux officieux ou informels, échappant de la sorte aux statistiques officielles.

<sup>897</sup> WOLFF (V), OPOKU-OWUSU (S), *Op cit.*, p. 3

<sup>898</sup> DEVILLARD (A), BACCHI (A) et NOACK (M), *Op. cit.*, p. 36

<sup>899</sup> BAfD, OCDE, PNUD, *Perspectives économiques en Afrique 2017 : Entrepreneuriat et industrialisation*, Paris, éditions OCDE, 2017, p. 62

<sup>900</sup> *Ibid*, p. 63

<sup>901</sup> Banque Mondiale, *Des niveaux record d'envois de fonds vers les pays à revenu faible et intermédiaire en 2017*, [en ligne], publié le 23 avril 2018 [consulté le 14 mai 2018].

---

reste la région vers laquelle les transferts sont le plus onéreux, avec un coût moyen de 9,4 %. Les principaux obstacles à la baisse des coûts des transferts sont notamment les mesures de réduction des risques prises par les banques et les partenariats exclusifs conclus entre les systèmes postaux nationaux et les opérateurs de transfert d'argent »<sup>902</sup>. L'adaptation du système bancaire des États ouest-africains ou l'exploration de solutions alternatives s'avèrerait ainsi nécessaire pour mieux stimuler les apports financiers de leur diaspora<sup>903</sup>.

402. Par ailleurs, les investisseurs de la diaspora, comme les investisseurs intra-communautaires, sont aussi confrontés aux difficultés qui entravent l'investissement dans la région. Il s'agit, entre autres, de réglementations inexistantes ou trop rigoureuses, de lois et politiques inadéquates absentes. Cependant, la nature particulière des investissements de la diaspora nécessite la prise d'initiatives spécifiques. À cet effet, certains pays ouest-africains, comme le Ghana, avaient déjà entrepris des initiatives institutionnelles en vue de stimuler les apports financiers de leur diaspora<sup>904</sup>.

403. Une autre stratégie d'incitation envisagée consistait à introduire des instruments d'investissement spécifique tels que l'émission d'« obligations diaspora »<sup>905</sup>. Plusieurs spécialistes s'accordent à dire que cet instrument d'épargne de détail commercialisé pourrait bien être utilisé pour financer des programmes nationaux de développement durable ; en l'occurrence dans la construction de logements sociaux, d'écoles, d'hôpitaux ou encore pour la promotion des énergies renouvelables<sup>906</sup>. Au Nigéria, par exemple, les offres d'obligations de la diaspora ont triplé, passant de 100 à 300 millions de dollars en raison de l'intérêt des membres de leur diaspora<sup>907</sup>.

---

<sup>902</sup> *Ibid.*

<sup>903</sup> Les frais pour les envois au sein de l'Afrique tendent à être plus élevés parce que les monnaies ne sont pas souvent convertibles ou surtout les commissions de change sont exorbitantes. Au titre des options alternatives émergentes, voir notamment, SCHARWATT (C) et WILLIAMSON (C), *L'argent mobile franchit les frontières : Nouveaux modèles de transferts en Afrique de l'Ouest*, GSMA, Londres, 2015, 25 p.

<sup>904</sup> En effet, le gouvernement ghanéen a mis en place un Bureau des affaires de la diaspora au sein du Ministère des Affaires étrangères, qui offre à sa diaspora des informations essentielles sur les opportunités du marché du travail et les possibilités d'investissement. En outre, le *Ghana Investment Promotion Centre* offre un guichet unique pour les membres de la diaspora qui souhaitent investir au Ghana. Voir à ce sujet WOLFF (V), OPOKU-OWUSU (S), *Op cit.*, p. 8

<sup>905</sup> Voir à ce sujet, KAYODE-ANGLADE (S) and SPIO-GARBRAH (N), « Diaspora Bonds : Some Lessons for African Countries », *AfDB - Africa Economic Brief*, december 2012, vol. 3, issue 13, 13 p.

<sup>906</sup> RATHA (D) et PLAZA (S), « Mettre à profit les diasporas : L'Afrique peut mettre à contribution ses millions d'émigrants », *Finances & Développement* [en ligne], septembre 2011, p. 50 [consulté le 16 septembre 2017].

<sup>907</sup> WOLFF (V), OPOKU-OWUSU (S), *Op cit.*, p. 5

---

---

**CHAPITRE II.**  
**LES OBLIGATIONS SPÉCIFIQUES À L'ÉTAT**  
**D'ORIGINE**

---

---



---

404. Les instruments de la CEDEAO et de la SADC, prévoient des obligations particulières à l'intention de l'État d'origine de l'investissement. Il s'agit, là encore, d'une innovation majeure en droit conventionnel puisque, « habituellement, les traités d'investissement imposent des obligations aux États d'accueil des investisseurs, sans en imposer en contrepartie à leur État d'origine »<sup>908</sup>. Il ressort de l'analyse des instruments régionaux étudiés que tout État d'origine est dorénavant tributaire d'une obligation de collaboration dans la régulation des investisseurs (Section 1) à laquelle s'ajoute une obligation de promotion des investissements (Section 2).

---

<sup>908</sup> BERNASCONI-OSTERWALDER (N), COSBEY (A), JOHNSON (L) et VIS-DUNBAR (D), *Les traités d'investissement et leur importance pour le développement durable : questions et réponses*, Winniped, IIDD, 2012, p. 45





## SECTION I.

### L'OBLIGATION DE COLLABORATION DANS LA RÉGULATION DES INVESTISSEURS

405. Selon certains auteurs, « la puissance économique, voire politique, qui est celle des entreprises multinationales, devait nécessairement amener les instances nationales et internationales à affirmer, puis affermir leur contrôle sur les activités de ces entreprises »<sup>909</sup>. Dans un sens quasi identique, l'obligation de collaboration prévue dans les traités régionaux d'investissement se fonde sur le principe de base suivant lequel l'État d'origine et l'État hôte doivent unir leurs efforts pour mieux réguler les investisseurs étrangers. Tout particulièrement, l'obligation consiste, pour l'État d'origine, à veiller à ce que ses investisseurs apportent une contribution positive au développement durable du pays d'accueil. Cette collaboration part de la fourniture des renseignements à l'État hôte (§ 1), jusqu'à la mise en œuvre de la responsabilité des investisseurs (§ 2).

#### § 1. UNE COLLABORATION PAR LA FOURNITURE DE RENSEIGNEMENTS

406. Dans le cadre de l'exigence de collaboration, les traités régionaux prévoient que l'État d'origine fournisse à l'État récepteur des renseignements, aussi bien sur les investisseurs ressortissants de leur juridiction (A), que sur les pratiques domestiques applicables à ces derniers (B).

##### A. DES RENSEIGNEMENTS SUR LES ACTIVITÉS DES INVESTISSEURS

407. Conformément à l'article 28 § 1 de l'Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO, « les États d'origine doivent, sur demande et de façon opportune, fournir à un État d'accueil potentiel les renseignements exigés et nécessaires pour que ce dernier s'acquitte de ses obligations et devoirs liés à un investisseur ou un investissement en vertu du présent Acte additionnel et du droit national de l'État d'accueil »<sup>910</sup>. L'obligation exposée ici poursuit un double objectif. Premièrement, elle chercherait à garantir que les décisions

<sup>909</sup> CARREAU (D.), JUILLARD (P.), *Droit international économique*, Paris, Collection Précis, Dalloz, 2013, p. 47 ; lire aussi DUPUY (P-M), KERBRAT (Y), *Droit international public*, Paris, Coll. Précis, Dalloz, 2016, p. 775 (spéc. § 625).

<sup>910</sup> Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO, art. 28 § 1.

---

prises par les États d'accueil à l'égard de nouveaux investissements le sont en connaissance de cause, c'est-à-dire à la lumière de renseignements adéquats et exacts<sup>911</sup>. Il s'agit ainsi d'une garantie supplémentaire qui vient en appoint de l'obligation qu'ont les investisseurs de fournir à l'État hôte tous les renseignements dont il pourrait avoir besoin à ces fins ou à des fins statistiques : « un investisseur fournit à un potentiel État d'accueil Partie au présent Acte additionnel, tout renseignement qu'il exige concernant l'investissement en question aux fins de la prise de décisions liées audit investissement ou à des fins exclusivement statistiques »<sup>912</sup>. Le TBI modèle de la SADC prévoit une disposition similaire en ces termes : « *An Investor shall provide such information to an actual or potential Host State as that State Party may require concerning the Investment in question and the corporate history and practices of the Investor, for purposes of decision making in relation to that Investment or solely for statistical purposes* »<sup>913</sup>.

408. Deuxièmement, l'obligation viserait à permettre à l'État d'accueil de s'assurer de la probité des potentiels investisseurs étrangers, grâce notamment aux renseignements concernant le respect de la législation dans leurs pays d'origine. En effet, les pays d'accueil pourraient légitimement craindre que les investisseurs étrangers bénéficiant de la couverture conventionnelle ne causent des dommages environnementaux ou sociaux, et ainsi, agissent d'une manière contraire à leurs objectifs de développement durable. À cet égard, rappelons que l'article 11 § 3 de l'Acte additionnel prévoit une obligation connexe à l'égard des investisseurs étrangers selon laquelle « les investisseurs veillent, au moyen de leurs politiques et pratiques de gestion, à contribuer à la réalisation des objectifs de développement des États d'accueil et des collectivités locales où se situe l'investissement ». De telles préoccupations pourraient alors être abordées avec les autorités du pays d'origine.

409. L'approche est par ailleurs consubstantielle à la reconnaissance conventionnelle du droit de l'État hôte d'accéder aux renseignements sur les investisseurs étrangers au sein de son territoire ou dans l'État d'origine : « les États d'accueil ont le droit de rechercher des renseignements auprès d'un investisseur potentiel ou de son État d'origine concernant ses antécédents de gouvernance d'entreprise et ses pratiques en qualité d'investisseur, y compris

---

<sup>911</sup>MANN (H), VON MOLTKE (K), PETERSON (L.E.), COSBEY (A), *Accord international sur l'investissement pour le développement durable : Guide du négociateur*, Winnipeg, IIDD, 2006, p. 28 et 53

<sup>912</sup> Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO, art. 11 § 4.

<sup>913</sup> TBI modèle de la SADC, art. 12 § 1.

---

dans son État d'origine »<sup>914</sup>. Si la pratique conventionnelle traditionnelle abordait la nécessité de la transparence avant tout du point de vue de l'investisseur étranger<sup>915</sup>, l'instrument régional opte plutôt pour une approche équilibrée, en mettant en évidence le fait que la transparence peut aussi être très importante pour le pays d'accueil dans le cadre de la formulation de ses politiques et à des fins de réglementation<sup>916</sup>. L'Acte additionnel accroît, en outre, l'implication des collectivités locales dans le processus en précisant que « les États d'accueil peuvent mettre les renseignements fournis à la disposition du public dans la collectivité où l'investissement pourrait se situer [...] »<sup>917</sup>. Le texte ouest-africain stipule toutefois que les renseignements commerciaux confidentiels devront demeurer protégés par l'État qui les reçoit<sup>918</sup>.

---

<sup>914</sup> Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO, art. 26 § 1.

<sup>915</sup> Les Accords sur l'investissement mettent généralement l'accent sur le droit des investisseurs étrangers d'avoir plein accès aux renseignements portant sur toutes les dispositions du pays d'accueil qui peuvent influencer sur les conditions dans lesquelles ils doivent opérer.

<sup>916</sup> CNUCED, *Dispositions relatives à la promotion de l'investissement dans les accords internationaux d'investissement*, Coll., Études de la CNUCED sur les politiques d'investissement international au service du développement, New York et Genève, 2008, p. 15

<sup>917</sup> Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO, art. 26 § 3. Il convient cependant de préciser que l'usage de verbe « peuvent » dans l'article montre que la disposition ne crée aucune obligation ferme pour l'État d'accueil de publier les renseignements.

<sup>918</sup> Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO, art. 11 § 4 : « L'État protège tout renseignement commercial confidentiel de toute divulgation qui cause un préjudice à la position concurrentielle de l'investisseur ou de son investissement ». Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO, art. 26 § 2 : « Les États d'accueil protègent les renseignements commerciaux confidentiels qu'ils recevront à cet égard ». Le TBI modèle de la SADC prévoit une disposition similaire, en son article 12 § 4, rédigé comme suit : « [...] *The State Party shall protect any confidential business information from any disclosure that would prejudice the competitive position of the Investor or the Investment.* ».

---

## B. DES RENSEIGNEMENTS SUR LES PRATIQUES DOMESTIQUES APPLIQUÉES AUX INVESTISSEURS

410. L'exigence envisagée à ce stade-ci s'inscrit dans le cadre d'échanges d'expériences et de bonnes pratiques entre les autorités du pays d'origine de l'investisseur et celles du pays hôte. Elle consiste surtout, pour l'État d'origine, à prendre l'engagement d'offrir à son homologue (pays d'accueil) des informations et de l'expertise sur l'élaboration et la mise en œuvre de pratiques réglementaires dans les domaines touchant aux activités des investisseurs<sup>919</sup>. À cet effet, l'article 28 § 2 de l'Acte additionnel de la CEDEAO sur l'investissement stipule expressément que « les États d'origine doivent, sur demande et de façon opportune, fournir les renseignements pertinents sur leurs normes qui peuvent s'appliquer dans des circonstances analogues à l'investissement envisagé par un investisseur [...] ». À titre illustratif, et pour certainement plus de pragmatisme, l'Acte additionnel précisera dans le même article que les renseignements fournis par l'État d'origine incluent, « de façon non exhaustive, leurs procédures en matière d'étude d'impact social de santé publique et environnementale ».
411. À ce sujet, on rappellera que l'Acte additionnel prévoyait, dans le cadre des obligations préalables à l'établissement des investisseurs, que les critères d'examen à l'étude des impacts se fassent « [...] selon les exigences des lois de l'État d'accueil ou des lois de l'État d'origine à l'égard d'un tel investissement »<sup>920</sup>. La référence aux lois de l'État d'origine se justifie ici par l'éventualité que le droit interne de l'État hôte soit, pour quelques raisons que ce soit, insuffisamment développé. Ces écarts pourront ainsi être comblés par les lois applicables à un tel investissement dans l'État d'origine. Selon certains spécialistes, le dossier d'investissement (comprenant la nature, la taille ou encore l'originalité du projet) et le cadre réglementaire auquel il est soumis dans l'État d'origine en pareille circonstance, fourniraient des renseignements importants à cet égard<sup>921</sup>.
412. Ainsi, en l'absence de normes régionales communes, cette approche « offr[irait] provisoirement une meilleure clarté et une meilleure possibilité d'acceptation de cette

---

<sup>919</sup> BERNASCONI-OSTERWALDER (N), COSBEY (A), JOHNSON (L) et VIS-DUNBAR (D), *Les traités d'investissement et leur importance pour le développement durable : questions et réponses*, Winnipéd, IIDD, 2012, p. 46, [consulté le 16 avril 2016]. Ici également, les États d'origine sont tenus de « protéger les renseignements commerciaux confidentiels » de leurs investisseurs conformément à l'article 28 § 1 de l'Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO.

<sup>920</sup> Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO, art. 12 § 1.

<sup>921</sup> MANN (H), VON MOLTKE (K), PETERSON (L.E.), COSBEY (A), *Accord international sur l'investissement pour le développement durable : Guide du négociateur*, Winnipeg, IIDD, 2006, p. 53

---

responsabilité fondée sur les lois de l'État d'origine qui seront bien connues par un investisseur ou sur les lois qu'il devra appliquer dans l'État d'accueil »<sup>922</sup>. Il ne s'agirait donc pas d'établir des restrictions sur le droit interne de l'État hôte, qui reste le droit applicable en premier recours, mais plutôt d'un effort normatif visant à créer un standard plancher en cas de lacunes dans le droit interne par rapport à un projet donné<sup>923</sup>. Cela est d'autant plus vrai lorsqu'on considère le foisonnement de projets novateurs sur le continent depuis ces dernières décennies, notamment dans le secteur des énergies renouvelables<sup>924</sup>, qui imposent aux États récepteurs de réels défis de réglementation appropriée. En de telles circonstances, la législation du pays d'origine de l'investisseur pourrait bien servir de point de départ pour l'édification, dans l'État d'accueil, d'un cadre réglementaire adapté aux types de projets en question. Cette solution permettrait ainsi de prévenir et de minimiser les incidences négatives des investissements sur l'environnement et les droits humains.

413. La fourniture de renseignements sur les pratiques domestiques de l'État d'origine semble toutefois être une obligation conventionnelle dont le degré d'exigence varie selon la matière considérée. Dans le cas spécifique de l'étude des impacts, par exemple, l'on serait certainement moins regardant sur l'attitude ou la bonne volonté de l'État d'origine, puisque l'Acte additionnel prévoit déjà l'adoption de normes minimales régionales auxquelles toutes les Parties devront se conformer. L'instrument régional exige en effet que « tous les États Membres se dotent de lois nationales sur l'étude d'impact social, d'impact de santé des populations et d'impact environnemental qui répondent aux normes minimales adoptées par la Communauté »<sup>925</sup>.

---

<sup>922</sup> *Ibid.*, p. 30

<sup>923</sup> *Ibid.*, p. 53

<sup>924</sup> Voir à cet effet VILAR (E.D.), *Les énergies renouvelables dans la CEDEAO : statuts, expériences et tendances*, Praia, Centre pour les énergies renouvelables et l'efficacité énergétique de la CEDEAO (CEREEC), Département des énergies renouvelables, Institut Technologique des Canaries (ITC), CASA ÁFRICA, 2012, 370 p. ; CEREEC, « La CEDEAO s'engage à soutenir l'initiative énergie durable pour tous en Afrique de l'ouest », mars 2013, n°6, 16 p. ; Voir également le Rapport initiative africaine pour les énergies renouvelables mise en place à la COP 21 [en ligne], publié en novembre 2016 [consulté le 15 mai 2018].

<sup>925</sup> Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO, art. 21 § 3.

---

## § 2. UNE COLLABORATION DANS LA MISE EN ŒUVRE DE LA RESPONSABILITÉ DES INVESTISSEURS

414. Les traités régionaux sur l'investissement étendent l'obligation de collaboration de l'État d'origine à la mise en œuvre de la responsabilité de ses investisseurs. Cette obligation vient en complément des articles consacrés à la responsabilité des investisseurs et vise à donner un réel effet aux mécanismes d'exécution de leurs obligations. Il est ainsi exigé que l'État d'origine collabore aussi bien dans la mise en œuvre de la responsabilité civile des investisseurs (A) que dans le cadre d'un processus de règlement des litiges (B).

### A. LA MISE EN ŒUVRE DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE

415. En vertu des dispositions des traités régionaux, l'État d'origine est invité à fournir des mécanismes susceptibles de tenir leurs investisseurs civilement responsables. Plus précisément, celui-ci doit offrir des procédures civiles contre l'investisseur en vue de la réparation de dommages causés par l'investisseur dans le pays d'accueil. À cet égard, l'Acte additionnel de la CEDEAO dispose que « les États d'origine s'assurent que leurs systèmes et règles juridiques permettent, ou n'empêchent ni ne limitent inutilement, les poursuites au fond devant les tribunaux nationaux liées à la responsabilité civile des investisseurs en ce qui concerne les préjudices causés par des actes ou des décisions présumés des investisseurs, connexes à leurs investissements sur le territoire d'autres États Membres [...] »<sup>926</sup>. Dans une formulation quasi identique, le TBI modèle de la SADC stipule que « *Home States shall ensure that their legal systems and rules allow for, or do not prevent or unduly restrict, the bringing of court actions on their merits before domestic courts relating to the civil liability of Investors and Investments for damages resulting from alleged acts, decisions or omissions made by Investors in relation to their Investments in the territory of the Host State* »<sup>927</sup>.

416. La légitimité de telles clauses repose sur les moyens d'influence et de contrainte que possède l'État d'origine sur l'investisseur. En effet, « [...] l'État d'origine de l'entreprise transnationale garde une large emprise sur celle-ci, du fait même que le centre de décision de l'entreprise transnationale concernée est situé dans sa sphère de souveraineté »<sup>928</sup>. Celui-ci peut donc régir la conduite de l'entreprise à l'étranger, en déployant les mesures

---

<sup>926</sup> Acte additionnel de la CEDEAO sur l'investissement, art. 29

<sup>927</sup> TBI modèle de la SADC, art. 17 § 2.

<sup>928</sup> CONDORELLI (L), « L'imputation à l'État d'un fait internationalement illicite : solutions classiques et nouvelles tendances », *RCADI*, 1984, vol. 189, p. 159

---

appropriées de contraintes au sein même de son territoire<sup>929</sup>. Abordant la question sous l'angle spécifique des DH, Claire BRIGHT affirme que « l'importance du respect, par l'État d'origine de l'entreprise, de son obligation de protection des droits de l'homme des personnes sous sa juridiction, est d'autant plus cruciale »<sup>930</sup>. L'auteure soutient ensuite que « dans le contexte des actions en réparation civile pour violation de droits de l'homme par des entreprises multinationales, il est légitime de penser que le lien que présente le for de l'État d'origine avec la situation - du fait de la localisation sur son territoire du siège social de la société mère - est suffisamment sérieux pour en justifier la compétence. »<sup>931</sup>.

417. L'obligation conventionnelle se justifie surtout par le fait que de nombreux systèmes judiciaires disposent maintenant de règles susceptibles d'empêcher des poursuites pour des préjudices qui ont lieu dans un autre ressort, sans égard au lieu d'où émanaient les décisions qui ont causé les préjudices<sup>932</sup>. À ce sujet, les commentateurs du TBI modèle préciseront que l'article exige des États d'origine qu'ils mettent fin aux contraintes procédurales ou juridictionnelles telles que celles constatées dans la règle *forum non conveniens* ou des règles similaires, qui empêchent les audiences sur le fond des affaires relatives liées aux actes et aux décisions de l'investisseur<sup>933</sup>. Défini comme l'expression « [...] du pouvoir discrétionnaire d'un tribunal de refuser d'entendre une action pour laquelle il a compétence s'il apparaît qu'un déroulement du procès ailleurs serait plus approprié »<sup>934</sup>, la doctrine juridique du *forum non conveniens*<sup>935</sup> sert en effet de fondement à l'exercice ou au non-exercice de la compétence dans une affaire comportant des éléments d'extranéité<sup>936</sup>.

---

<sup>929</sup> BRIGHT (C), *L'accès à la justice civile en cas de violations des droits de l'homme par des entreprises multinationales* [en ligne], [MOREAU (M-A) (dir)] thèse de doctorat, droit, European University Institute, Florence, 2013, p. 36, [consulté le 13 janvier 2018],

<sup>930</sup> *Ibid.*, p. 31

<sup>931</sup> *Ibid.*, p. 46

<sup>932</sup> MANN (H), VON MOLTKE (K), PETERSON (L.E.), COSBEY (A), *Accord international sur l'investissement pour le développement durable : Guide du négociateur*, Winnipeg, IIDD, 2006, p. 35

<sup>933</sup> SADC, *SADC Model Bilateral Investment Treaty Template with Commentary*, Gaborone (Botswana), juillet 2012, p. 37-38

<sup>934</sup> MARTINET (L), AKYUREK (O), « La théorie du forum non conveniens dans les pays de common law », *Doctrine droit international*, septembre 2006, n°186, p. 5 ; voir également EDWARD (L) and BARRETT (Jr.), « The Doctrine of Forum Non Conveniens », *California Law Review*, september 1947, vol. 35, issue 3, pp. 380-422

<sup>935</sup> La doctrine s'est développée dans les pays dits de *common law* et trouve des applications dans plusieurs domaines du droit. Voir., MARTINET (L), AKYUREK (O), « La théorie du forum non conveniens dans les pays de common law », *Doctrine droit international*, septembre 2006, n°186, p. 5

<sup>936</sup> *Ibid.*



---

418. Ainsi, en se fondant sur ce principe, un tribunal de l'État d'origine de l'investisseur saisi par des ressortissants de l'État hôte pour l'impact des actes ou décisions prises par ce dernier dans l'État hôte pourrait bien se déclarer incompétent<sup>937</sup>. Si certains expliquent l'invocation de la règle par la nécessité d'éviter d'empiéter sur la compétence d'une autre juridiction<sup>938</sup>, d'autres y voient plutôt une réticence délibérée des tribunaux à « percer le voile » des groupes de sociétés pour imposer la responsabilité des sociétés mères pour les actes de leurs filiales<sup>939</sup>. Dans tous les cas, il est indéniable que le principe demeure inapproprié, voire incompatible avec la nécessaire responsabilisation des entreprises transnationales. Bien plus, cet état de fait nuit gravement à l'efficacité de la mise en jeu de la responsabilité civile dans l'État d'origine, puisque l'objet de la réclamation, dans chaque cas, touchera aux actes commis dans l'État hôte<sup>940</sup>.

419. En exigeant que celui-ci limite l'utilisation de telles contraintes procédurales ou juridictionnelles, l'obligation de collaboration chercherait alors à éliminer ou, à tout le moins, surmonter les obstacles à la responsabilité civile des investisseurs dans leur État d'origine. Il convient cependant de préciser que ces clauses conventionnelles ne créent en aucune façon une détermination de la responsabilité de l'investisseur. Elles lèvent simplement une barrière juridictionnelle qui pourrait être évoquée par les tribunaux. Les rédacteurs du TBI modèle de la SADC précisent d'ailleurs que le processus juridique de l'État d'origine continuerait à s'appliquer à la procédure<sup>941</sup>, tout en insistant sur la nécessité d'accorder une attention particulière à la mise en œuvre nationale de cette obligation<sup>942</sup>. De cette manière, l'adoption par les États membres de nouvelles législations ou réglementations concernant l'accès aux tribunaux nationaux pourrait, dans certains cas, être nécessaire selon les règles de compétence de chaque État.

---

<sup>937</sup> Commentaire de l'article 17 du TBI modèle de la SADC. V., *SADC Model Bilateral Investment Treaty Template with Commentary*, Gaborone (Botswana), juillet 2012, p. 37

<sup>938</sup> MARTINET (L), AKYUREK (O), « La théorie du forum non conveniens dans les pays de common law », *Doctrines droit international*, septembre 2006, n°186, p. 5

<sup>939</sup> VANDUZER (J. A.), SIMONS (P) et MAYEDA (G), *Integrating Sustainable Development into International Investment Agreements: A Guide for Developing Countries*, London, Commonwealth Secretariat, 2012, p. 381

<sup>940</sup> *Ibid.*, p. 380

<sup>941</sup> SADC, *SADC Model Bilateral Investment Treaty Template with Commentary*, Gaborone (Botswana), juillet 2012, p. 37-38

<sup>942</sup> *Ibid.*

---

## B. LA MISE EN ŒUVRE DE LA RESPONSABILITÉ DANS LE CADRE D'UN PROCESSUS DE RÉOLUTION DES LITIGES

420. L'Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO consacre de très brèves stipulations sur l'obligation, pour l'État d'origine, de collaborer dans le cadre d'un processus de règlement des différends. L'obligation conventionnelle s'attaque tout particulièrement aux éventuelles pratiques corruptrices des investisseurs. Elle exige que les États d'origine aident un tribunal chargé de déterminer si une violation de l'obligation de lutte contre la corruption a eu lieu en fournissant tous les renseignements dont il pourrait être détenteur. La disposition est rédigée comme suit : « les États d'origine doivent, si possible, fournir tout renseignement qui pourrait aider un tribunal de règlement des différends institué en vertu du présent Acte additionnel à déterminer si une violation d'une obligation en matière de lutte contre la corruption a eu lieu »<sup>943</sup>.
421. Pour bon nombre d'observateurs, l'inclusion de telles stipulations dans les traités d'investissement est due à la nature particulière de la question et à la nécessité de mettre fin, aussi rapidement et complètement que possible, aux pratiques corruptrices<sup>944</sup>. Elle constitue pour ces observateurs une extension logique du sérieux avec lequel la question de la corruption est abordée dans ces nouveaux modèles d'instruments<sup>945</sup>. On remarquera par ailleurs que l'obligation prévue par l'Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO s'inscrit plus largement dans la politique de coopération régionale en matière de détection et de répression de la corruption. Elle converge notamment avec le Protocole sur la lutte contre la corruption, dont l'un des buts majeurs est « d'intensifier et de rendre plus dynamique la coopération entre les États parties afin de rendre plus efficaces, les mesures de lutte contre la corruption »<sup>946</sup>.
422. À cet effet, les pays ouest-africains ont convenu de coopérer à tous les niveaux de la lutte contre la corruption, y compris la prévention, les enquêtes et la poursuite des auteurs d'infractions. Le Protocole dispose ainsi : « conformément aux dispositions de leur législation nationale et aux traités en vigueur, les États Parties s'engagent à s'assister mutuellement par le traitement des demandes venant des autorités compétentes et à appliquer

---

<sup>943</sup> Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO, art. 30 § 3.

<sup>944</sup> MANN (H), VON MOLTKE (K), PETERSON (L.E.), COSBEY (A), *Accord international sur l'investissement pour le développement durable : Guide du négociateur*, Winnipeg, IIDD, 2006, p. 54

<sup>945</sup> Voir également MANN (H), VON MOLTKE (K), PETERSON (L.E.), COSBEY (A), *op. cit.*, p. 54

<sup>946</sup> Protocole sur la lutte contre la corruption de la CEDEAO, art. 2 (ii).

---

des mesures nécessaires pour faciliter les procédures et formalités relatives aux enquêtes et poursuites des actes de corruption »<sup>947</sup>. Sur cette base, l'on voit que les États ouest-africains avaient déjà l'obligation d'accorder des formes spécifiques d'entraide judiciaire pour le recueil et le transfert d'éléments de preuve contre les auteurs d'infractions. En conséquence, l'obligation énoncée par l'Acte additionnel viendrait d'une certaine manière en appoint à de telles dispositions, en vue de souligner la responsabilité de l'État d'origine et de rappeler la nécessaire collaboration de ce dernier en matière de détection et de répression de la corruption dans le contexte spécifique des investisseurs et leurs investissements.

423. La SADC adopte sur ce point une approche différente de celle de la CEDEAO, puisqu'aucun de ses instruments sur l'investissement ne prévoit de telles obligations à la charge de l'État d'origine. Le principe de collaboration en matière de lutte contre la corruption n'est toutefois pas absent du dispositif juridique de l'organisation dans la mesure où « le Protocole de la SADC contre la corruption prévoit aussi la coopération judiciaire et la plus grande entraide judiciaire entre les États parties en ce qui concerne des demandes provenant d'autorités chargées d'enquêter sur des actes de corruption et d'intenter des poursuites fondées sur ces actes »<sup>948</sup>.

424. On en veut pour preuve les stipulations de l'article 10 § 1 dudit Protocole exposées comme suit : « conformément à leurs lois nationales et aux traités applicables, les États parties s'entraident dans la mesure la plus large possible, en donnant suite aux requêtes qui leur sont adressées par des autorités qui, conformément à leurs lois nationales, ont compétence pour enquêter sur les actes de corruption visés dans le présent Protocole ou pour en faire le motif de poursuites judiciaires, pour recueillir des preuves ou pour prendre toutes autres actions nécessaires afin de faciliter les procédures et mesures judiciaires relatives aux investigations et aux poursuites judiciaires portant sur les actes de corruption ».

---

<sup>947</sup> Protocole sur la lutte contre la corruption de la CEDEAO, art. 15 § 1.

<sup>948</sup> Transparency International, *Les conventions contre la corruption en Afrique : que peut faire la société civile pour qu'elles fonctionnent ?* Guide de plaidoyer pour la société civile, Berlin, 2006, p. 34

---

## SECTION II.

### L'OBLIGATION DE PROMOTION DES INVESTISSEMENTS

425. Selon la CNUCED, « la promotion de l'investissement englobe toutes les activités et mesures visant à accroître l'investissement étranger dans le pays d'accueil »<sup>949</sup>. Dans la plupart des traités d'investissement, les obligations relevant de la promotion des investissements incombent uniquement à l'États d'accueil<sup>950</sup>. Néanmoins, « une conséquence problématique de ce flux unidirectionnel d'obligations est qu'il pourrait bien empêcher les traités d'opérer davantage en faveur de l'un de leurs objectifs déclarés : la promotion de l'investissement étranger »<sup>951</sup>. Certains spécialistes estiment d'ailleurs que ces AII pourraient être plus équilibrés si les obligations de protection des investissements du pays d'accueil étaient contrebalancées par des engagements de promotion et de facilitation de l'investissement du pays d'origine<sup>952</sup>. Ces réflexions ont sans doute guidé les rédacteurs des traités d'investissement de la CEDEAO et de la SADC dont certaines dispositions obligent le pays d'origine à prendre des mesures actives pour promouvoir l'investissement dans les pays d'accueil<sup>953</sup>. Ces mesures ont essentiellement trait à l'incitation des opérateurs nationaux (§ 1) et l'assistance des pays récepteurs (§ 2).

---

<sup>949</sup> CNUCED, *Dispositions relatives à la promotion de l'investissement dans les accords internationaux d'investissement*, Coll., Études de la CNUCED sur les politiques d'investissement international au service du développement, New York et Genève, 2008, p. 1

<sup>950</sup> BERNASCONI-OSTERWALDER (N), COSBEY (A), JOHNSON (L) et VIS-DUNBAR (D), *Les traités d'investissement et leur importance pour le développement durable : questions et réponses*, Winniped, IIDDD, 2012, p. 45

<sup>951</sup> *Ibid.*

<sup>952</sup> CNUCED, *Dispositions relatives à la promotion de l'investissement dans les accords internationaux d'investissement*, Coll., Études de la CNUCED sur les politiques d'investissement international au service du développement, New York et Genève, 2008, p. 56.

<sup>953</sup> *Ibid.*, p. 44

---

## § 1. L'INCITATION DES OPÉRATEURS NATIONAUX

426. Les analyses exposées dans le présent paragraphe se fondent en particulier sur les stipulations de l'article 27 § 1 de l'Acte additionnel de la CEDEAO qui prévoit expressément que « les États d'origine doivent faciliter les investissements transfrontaliers vers d'autres États de la Communauté [...] ». L'objectif principal poursuivi par la clause serait alors d'amener les pays d'origine à prendre activement des mesures pour encourager leurs opérateurs nationaux à investir dans d'autres États de l'espace régional. L'instrument expose en outre différentes initiatives d'incitation que l'État d'origine de l'investisseur pourrait entreprendre à cet effet. Nous analyserons successivement les incitations offertes par l'instigation d'activités conjointes (A), puis celles offertes au moyen d'un appui économique et financier (B).

### A. L'INSTIGATION D'ACTIVITÉS CONJOINTES

427. En vue d'encourager « l'investissement transfrontalier intra-régional »<sup>954</sup>, l'État d'origine pourrait, unilatéralement, prendre de multiples initiatives ; notamment à travers l'organisation de séminaires, d'ateliers d'échange, de foires commerciales ou autres manifestations sur les possibilités d'investir à l'étranger. Le traité sur l'investissement de la CEDEAO suit une logique analogue, même s'il inscrit davantage les efforts de promotion de l'État d'origine dans le cadre d'une coopération institutionnelle au moyen d'activités conjointes. Il s'agira ainsi, pour l'État d'origine, d'appuyer des programmes communs tels que « les missions commerciales périodiques, le soutien des conseils commerciaux conjoints et autres efforts coopératifs de promotion des investissements durables »<sup>955</sup>.

428. Dans le même sens, l'article 23 § 1 du TBI modèle de la SADC énonce l'obligation de promouvoir l'investissement et propose quelques outils spécifiques qui peuvent être utilisés à cette fin. Il est en effet prévu que « *the State Parties shall cooperate in the promotion of investment by their Investors into the territory of the other Party. Such cooperation may include joint investment promotion events, tours with industrial leaders and investors [...]* ». Une telle approche servirait indéniablement à établir et à renforcer les liens entre les

---

<sup>954</sup> Selon la BAfD, « l'investissement transfrontalier (ITF) s'entend de tous les flux de capitaux, tant privés que publics, entre les pays, c'est-à-dire l'investissement par-delà les frontières géographiques des pays. L'ITF intra-régional est, en conséquence, lié aux flux de capitaux identifiés dans une Communauté économique régionale (CER) donnée ». In BAfD, « Les investissements transfrontaliers intra-SADC », *Département du NEPAD, de l'intégration régionale et du commerce*, septembre 2013, n°2, p. 8

<sup>955</sup> Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO, art.27 § 1 (d).

---

investisseurs de l'État d'origine et les entreprises ressortissantes de l'État d'accueil. Selon l'OCDE, « l'expérience a montré que des missions de promotion de l'investissement à l'étranger, ciblées sur des marchés et secteurs bien en expansion soigneusement identifiés, sont plus efficaces que de coûteuses campagnes internationales »<sup>956</sup>.

429. Toutefois, les avantages associés à de telles initiatives ne semblent pas être évidents d'un point de vue de l'État d'origine. En effet, ceux-ci ont généralement eu tendance à se satisfaire du fait que les AII promeuvent l'investissement seulement de manière indirecte, c'est-à-dire en fournissant une protection à leurs investisseurs. En outre, « la plupart des dispositions relatives à la promotion de l'investissement que l'on peut trouver dans les AII actuellement en vigueur sont formulées en termes assez flous, si bien qu'elles risquent d'être considérées comme des clauses de style »<sup>957</sup>.

430. S'inscrivant dans une dynamique toute nouvelle, les traités d'investissement de la CEDEAO et de la SADC prévoient que les pays d'origine entreprennent des activités concrètes de promotion de l'ITF dont ils pourraient, eux aussi, bénéficier. En effet, pour bon nombre de spécialistes, les activités conjointes peuvent déboucher sur des coentreprises ou des partenariats stratégiques susceptibles d'accroître la productivité et la rentabilité des entreprises de l'État d'origine<sup>958</sup>. Par ailleurs, les approches fondées sur des programmes conjoints de promotion ont pour avantage d'orienter les IED vers les secteurs d'activité considérés comme prioritaires par les parties ou ceux qui offrent les meilleures chances d'obtenir des résultats concrets grâce à un effort concerté<sup>959</sup>.

431. C'est certainement dans ce sens que la SADC admettra qu'« un programme de promotion de l'investissement régional ciblé axé sur des secteurs prioritaires spécifiques, en particulier le traitement agroalimentaire, la valorisation des minéraux, les produits

---

<sup>956</sup> OCDE, *Cadre d'action pour l'investissement*, éditions OCDE, Paris, 2015, p. 44

<sup>957</sup> CNUCED, *Dispositions relatives à la promotion de l'investissement dans les accords internationaux d'investissement*, Coll., Études de la CNUCED sur les politiques d'investissement international au service du développement, New York et Genève, 2008, p. 49

<sup>958</sup> Voir notamment CNUCED, *Dispositions relatives à la promotion de l'investissement dans les accords internationaux d'investissement*, Coll., Études de la CNUCED sur les politiques d'investissement international au service du développement, New York et Genève, 2008, p. 36 ; VANDUZER (J. A.), SIMONS (P) et MAYEDA (G), *Integrating Sustainable Development into International Investment Agreements: A Guide for Developing Countries*, London, Commonwealth Secretariat, 2012, p. 489

<sup>959</sup> CNUCED, *Dispositions relatives à la promotion de l'investissement dans les accords internationaux d'investissement*, Coll., Études de la CNUCED sur les politiques d'investissement international au service du développement, New York et Genève, 2008, p. 36 ; CNUCED, *Définition de règles internationales en matière d'investissement : état des lieux, défis à relever et perspectives*, Coll., Études de la CNUCED sur les politiques d'investissement international au service du développement, New York et Genève, 2008, p. 66

---

pharmaceutiques, les industries vertes notamment les énergies renouvelables et la fabrication des biocarburants, parmi d'autres, pourrait renforcer la base productive de la Région »<sup>960</sup>.

432. En clair, l'instigation d'activités conjointes aux fins de promotion de l'investissement présente des avantages socio-économiques dont l'investisseur étranger et son pays d'origine peuvent tirer parti. À cet égard, les agences nationales de promotion des investissements (API) pourraient être amenées à jouer un rôle plus actif, comme le prévoit le Protocole révisé de la SADC sur la finance et l'investissement : « les États parties s'assurent que leurs API : [...] s'échangent régulièrement les renseignements afin de mieux faire connaître les mesures qu'ils prennent pour encourager à l'investissement ainsi que les possibilités qu'ils offrent, les pratiques qu'ils ont adoptées, et les événements majeurs et autres activités qu'ils organisent en matière d'investissement »<sup>961</sup>. Dans le même sens, l'article 25 § 2 de l'Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO exige que les États membres créent ou maintiennent des structures nationales pertinentes aux fins de promotion de l'investissement durable.

433. Selon l'OCDE, « la multiplication rapide du nombre des agences de promotion des investissements témoigne de l'importance que les gouvernements attachent à la promotion de l'investissement. Centraliser dans une agence unique les activités de promotion et de facilitation de l'investissement étranger, notamment la diffusion des informations et la promotion des politiques, peut s'avérer plus efficace en termes de coûts et permet de donner une image cohérente de l'attrait présenté par un pays pour les investisseurs »<sup>962</sup>. Les actions conjointes prendraient alors la forme d'une coopération institutionnelle plus étroite entre ces agences par la diffusion d'informations sur les conditions et opportunités d'investissement dans le pays d'accueil. En outre, les API semblent plus dynamiques et plus adaptables face à l'évolution des conditions économiques, facteur crucial pour les pays qui connaissent une transformation économique de grande ampleur<sup>963</sup>.

---

<sup>960</sup> SADC, *Cadre directif pour le développement industriel de la SADC*, p. 23

<sup>961</sup> PIF, annexe 1 révisée, art. 21 (c). Dans cette visée, l'article 23 § 2 du TBI modèle stipule également que « the State Parties shall exchange information with respect to the investment opportunities, laws and regulations for foreign investors in their territories ».

<sup>962</sup> OCDE, *Cadre d'action pour l'investissement*, éditions OCDE, Paris, 2006, p. 34

<sup>963</sup> OCDE, *Cadre d'action pour l'investissement*, éditions OCDE, Paris, 2006, p. 35 ; voir aussi LUTHER (M. M) et COLLINSON (H), « Accords d'investissement internationaux : Guide de sensibilisation pour la société civile », sur *SEATINI* et *TRAIDCRAFT* [en ligne], publié en 2015, p. 9, [consulté le 20 avril 2016].

---

## B. L'APPUI ÉCONOMIQUE ET FINANCIER

434. La promotion de l'investissement transfrontalier par l'État d'origine pourrait aussi prendre la forme d'un appui économique et financier. Selon la CNUCED, « les incitations employées par les pays d'origine sont généralement des avantages financiers et fiscaux sous forme de subventions, de prêts, de prises de participation, d'abattements fiscaux et de garanties de l'investissement qui sont toutes des mesures importantes pour aider les investisseurs à s'établir à l'étranger »<sup>964</sup>. L'Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO fait pour sa part expressément mention du recours aux « programmes d'assurance fondés sur des principes commerciaux »<sup>965</sup>. De telles clauses contribuent indéniablement à améliorer les conditions d'établissement et d'exploitation des investissements en territoire étranger puisqu'elles se traduisent, dans la pratique, par l'allègement des coûts et l'atténuation de certains risques que comportent les opérations d'investissement. Elles encouragent ainsi l'ITF par la protection que le pays d'origine offre à ses propres investisseurs.
435. Dans une telle configuration, certains pays peuvent devenir des investisseurs régionaux importants, tandis que d'autres peuvent devenir de gros bénéficiaires de l'investissement<sup>966</sup>. Au niveau de la SADC, par exemple, l'Afrique du Sud – et dans une certaine mesure, Maurice – se sont bien souvent distinguées comme sources importantes d'investissement dans d'autres pays de la région<sup>967</sup>. Néanmoins, les engagements économiques et financiers peuvent être assez pesants. À la différence des activités conjointes de promotion sus-évoquées (foires, missions commerciales, etc.), les incitations économiques et financières peuvent être particulièrement coûteuses pour de nombreux États africains ou encore générer des charges que ceux-ci n'ont pas les moyens de supporter<sup>968</sup>. Ceci explique sans doute le choix l'expression « *may provide* », préféré aux termes « *must provide* » ou « *shall provide* » dans la formulation de l'obligation prévue à l'article 23 § 3 du TBI modèle de la SADC : « *the State Parties may provide Investment financing and Investment guarantee*

---

<sup>964</sup> CNUCED, *Dispositions relatives à la promotion de l'investissement dans les accords internationaux d'investissement*, New York et Genève, 2008, p. 44-45

<sup>965</sup> Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO, art. 27 § 1 (b).

<sup>966</sup> BafD, « Les investissements transfrontaliers intra-SADC », *Département du NEPAD, de l'intégration régionale et du commerce*, septembre 2013, n°2, p. 8

<sup>967</sup> *Ibid.*

<sup>968</sup> CNUCED, *Op. cit.*, p. 52



---

*facilities for Investors from their State into the territory of the other State Party [...] »*  
[caractères gras ajoutés].

436. Il s'agirait alors d'une obligation de moyen qui laisse à l'État d'origine consentant une certaine marge de manœuvre pour ce qui est de la manière de tenir cet engagement. Autrement dit, l'engagement et la capacité d'un État d'origine à contribuer à la promotion de l'investissement durable sera fonction de son niveau de développement. En outre, le TBI modèle conditionne l'octroi des facilités économiques et financières à l'engagement des investisseurs à respecter les obligations qui leur incombent en vertu de l'instrument régional. Il est ainsi prévu que « [...] *such facilities shall, if used, promote compliance with the obligations of Investors set forth in this Agreement* »<sup>969</sup>. Selon les rédacteurs du traité modèle, cette approche donne une responsabilité particulière à l'État d'origine pour la conduite de ses investisseurs dans l'État d'accueil<sup>970</sup>. En effet, l'article permet au pays d'origine d'exiger que ses investisseurs qui cherchent à réaliser un investissement en vertu du traité se conforment aux obligations conventionnelles comme condition de financement de l'État ou de l'assurance de l'investissement<sup>971</sup>.

437. Pour autant, les traités régionaux n'excluent pas la possibilité d'intégrer l'appui d'un État d'origine dans le cadre plus général d'initiatives régionales ; comme l'expose l'article 25 § 4 de l'Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO en ces termes : « les États Membres adoptent des initiatives régionales pertinentes en vue de promouvoir les investissements dans la région, y compris des mécanismes de garantie des investissements ». Dans le même ordre d'idées, la Banque africaine de développement suggère aux États de la SADC la mise en place d'un fonds régional de capital-investissement exclusivement dédié au financement des projets d'investissement transfrontaliers de la SADC, en accord avec d'autres investisseurs institutionnels intervenant dans les domaines du financement et du développement<sup>972</sup>. Ces initiatives constituent par ailleurs un pas important vers la réalisation des prescriptions du traité instituant la Communauté économique africaine<sup>973</sup> ; lequel

---

<sup>969</sup> TBI modèle de la SADC, art. 23 § 3.

<sup>970</sup> SADC, *SADC Model Bilateral Investment Treaty Template with Commentary*, Gaborone (Botswana), juin 2012, p. 44

<sup>971</sup> *Ibid.*

<sup>972</sup> BAfD, « Les investissements transfrontaliers intra-SADC », *Département du NEPAD, de l'intégration régionale et du commerce*, septembre 2013, n°2, p. 8

<sup>973</sup> CNUCED, *Dispositions relatives à la promotion de l'investissement dans les accords internationaux d'investissement*, New York et Genève, 2008, p. 26-27

---

recommande aux États membres de « faciliter la mise en place d'entreprises multinationales africaines en encourageant et en soutenant financièrement et techniquement les entrepreneurs africains »<sup>974</sup>.

## § 2. L'ASSISTANCE DES PAYS RÉCEPTEURS

438. Les traités sur l'investissement de la CEDEAO et de la SADC offrent également une base légale pour la fourniture d'une assistance dans le domaine de la promotion de l'investissement durable. L'approche envisagée dans ce paragraphe diffère de celle abordée précédemment en ce qu'il s'agit ici d'initiatives prises par l'État d'origine en vue d'aider l'État hôte à améliorer ou accroître son attractivité. Ces initiatives concernent essentiellement le transfert de technologie (A) et le renforcement des capacités (B).

### A. LE TRANSFERT DE TECHNOLOGIES

439. La notion de transfert de technologie peut être comprise comme « le processus par lequel une technologie, une connaissance ou un savoir-faire (matériel, logiciel, organisationnel, etc.) mis au point par l'une des parties prenantes à un projet ou à un accord parvient à l'autre »<sup>975</sup>. Elle peut donc contribuer à la modernisation des entreprises nationales et à une intégration plus poussée des filiales étrangères dans l'économie du pays d'accueil<sup>976</sup>. Tenant compte de cet état de fait, l'Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO énonce expressément le transfert de technologie comme un élément à inclure dans les outils d'assistance et de facilitation à l'investissement transfrontalier<sup>977</sup>. Le lien entre la facilitation des investissements et le transfert de technologies transparaît également dans un paragraphe du préambule du PFI révisé, rédigé comme suit : « [...] Souhaitant être guidés par les idéaux, les objectifs et l'esprit du Protocole en ce qui concerne la facilitation et l'encouragement des flux d'investissements, du transfert de technologies et l'innovation dans la Région [...] »<sup>978</sup>.

440. Toutefois, les instruments régionaux ne donnent aucune précision quant aux modalités et moyens à employer par l'État d'origine pour parvenir à cette fin. En tout état de cause, les

---

<sup>974</sup> Traité portant création de la Communauté économique africaine (1991/2001), art. 49 (f)

<sup>975</sup> PELLET (S), « Les transferts de technologie vers les pays en développement », *Regards croisés sur l'économie*, 2009, vol. 2, n° 6, p. 229

<sup>976</sup> CNUCED, *Dispositions relatives à la promotion de l'investissement dans les accords internationaux d'investissement*, New York et Genève, 2008, p. 21

<sup>977</sup> Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO, art.27 § 1 (c).

<sup>978</sup> Protocole sur la finance et l'investissement de la SADC, annexe 1 révisée, préambule § 8.

---

liens noués entre les entreprises de l'État d'origine et celles de l'État hôte à travers les initiatives d'incitation pourraient certainement favoriser le transfert de technologie des premières vers les secondes. Comme l'expose si bien l'OCDE, les retombées des flux d'investissement peuvent se matérialiser plus rapidement lorsque les investisseurs étrangers et les entreprises locales établissent des liens étroits, et se révèlent particulièrement utiles pour exploiter le potentiel des PME locales<sup>979</sup>. Les États d'origine devront cependant veiller à ce que les transferts effectués soient adaptés au contexte et correspondent aux besoins de l'État récepteur<sup>980</sup>. Cette précision est importante, surtout lorsqu'on sait que « le transfert de technologies écologiquement rationnelles »<sup>981</sup> est aujourd'hui l'un des défis majeurs pour la promotion de l'investissement durable sur le continent africain.

441. La question demeure d'ailleurs au cœur des débats sur l'adéquation et l'effectivité des transferts de technologie des pays du Nord vers les pays du Sud<sup>982</sup>. En effet, s'il semblait y avoir un consensus autour du fait que le transfert de technologies, des pays industrialisés aux PVD et pays en transition, soient au service d'un développement durable<sup>983</sup>, l'Union africaine a fait remarquer que « [...] les pays de l'Annexe 1 [pays industrialisés] ont souvent démontré la réticence d'offrir des technologies respectueuses de l'environnement à des taux préférentiels, malgré l'urgence du défi du changement climatique [...] »<sup>984</sup>. Dans une note d'information sur la SADC, la BAfD fera pour sa part valoir que l'investissement transfrontalier provenant de pays plus développés dans la région peut faciliter le transfert de technologies adaptées et que cette tendance doit être encouragée afin de développer la base

---

<sup>979</sup> OCDE, *Cadre d'action pour l'investissement*, éditions OCDE, Paris, 2006, p. 36

<sup>980</sup> Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO, art. 27 § 1.

<sup>981</sup> Lire à cet effet, Fonds pour l'Environnement Mondial, *Transfert de technologies écologiquement rationnelles*, Washington DC, FEM, 2012, 44 p.

<sup>982</sup> PELLET (S), « Les transferts de technologie vers les pays en développement », *Regards croisés sur l'économie*, 2009, vol. 2, n° 6, p. 229

<sup>983</sup> Voir notamment le chapitre 34 de l'Agenda 21 de Rio., in United Nations Division for Sustainable Development, *United Nations Conference on Environment & Development Rio de Janeiro, Brazil, 3 to 14 June 1992, AGENDA 21* [en ligne], [consulté le 18 septembre 2017].

<sup>984</sup> UA, « Stratégie Africaine sur les Changements Climatique » [en ligne], publié en mai 2014, p. 32, [consulté le 18 septembre 2017], (encadré ajouté). Ces préoccupations ont certainement influencé les conclusions de la deuxième session du Forum régional africain pour le développement durable. L'une d'entre elles dispose ainsi : « Afin de s'assurer que la science, la technologie et l'innovation soient le moteur de la transformation, de la croissance économique et du développement durable, les gouvernements africains devront accroître les investissements dans la mise en place de capacités technologiques nationales, bénéficier d'un appui sous la forme de transfert de technologies selon des termes convenus d'un commun accord, et soutenir les initiatives d'industrialisation, notamment les initiatives "vertes" ». In Nations Unies - Commission Economique pour l'Afrique, *Forum régional africain pour le développement durable*, Le Caire, NU. CEA, 2016, p. 8

---

industrielle des pays de la SADC<sup>985</sup>. L'assistance de l'État d'origine ne se limitera pas pour autant à ce stade-ci, vu qu'il semble désormais admis que « toutes les activités de développement et de transfert de technologies doivent être accompagnées d'activités de renforcement des capacités »<sup>986</sup>.

## B. LE RENFORCEMENT DES CAPACITÉS

442. La promotion de l'investissement durable implique, au-delà de la technologie, des moyens humains considérables qui font défaut à plusieurs pays africains. Selon la CNUCED, « tous les pays peuvent connaître des problèmes de capacité, mais ces problèmes sont particulièrement aigus dans le cas des pays en développement »<sup>987</sup>. Encore plus préoccupant, l'absence d'expertise constitue une menace importante à l'attractivité de l'État d'accueil dans la mesure où les opérateurs étrangers pourraient être gênés ou dissuadés par les usages qui en découlent, tels que la lourdeur des formalités administratives, les lois contradictoires, lacunaires ou fréquemment modifiées<sup>988</sup>. Si ces obstacles peuvent, dans certaines circonstances, être attaqués au titre de la violation des règles de protection de l'investissement<sup>989</sup>, l'approche envisagée dans la perspective de la promotion consisterait plutôt à renforcer les capacités de l'État d'accueil en vue de réduire ou d'éliminer de telles entraves à l'investissement transfrontalier.

443. Dans ce sens, l'article 27 § 1 (a) de l'Additionnel sur l'investissement de la CEDEAO suggère que les États d'origine aient une part plus active dans « le renforcement des capacités des administrations et programmes de l'État d'accueil en matière de promotion et de facilitation des investissements [...] »<sup>990</sup>. L'article constitue ainsi une base pour l'échange d'expériences sur les meilleures pratiques administratives et bureaucratiques en vue de mettre en place des processus transparents, uniformes et simplifiés pour les investisseurs

---

<sup>985</sup> BAfD, « Les investissements transfrontaliers intra-SADC », *Département du NEPAD, de l'intégration régionale et du commerce*, septembre 2013, n°2, p. 8

<sup>986</sup> UA, « Stratégie Africaine sur les Changements Climatique » [en ligne], publié en mai 2014, p. 33, [consulté le 18 septembre 2017].

<sup>987</sup> CNUCED, *Définition de règles internationales en matière d'investissement : état des lieux, défis à relever et perspectives*, Coll., Études de la CNUCED sur les politiques d'investissement international au service du développement, New York et Genève, 2008, p. 41

<sup>988</sup> Voir à ce sujet : Banque mondiale, *Doing Business 2017 : Égalité des chances pour tous*, Washington DC, 2017, p. 29-50

<sup>989</sup> Les investisseurs pourraient éventuellement évoquer la violation du standard de traitement juste et équitable ou des règles de non-discrimination (traitement national et NPF).

<sup>990</sup> Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO, art.27 § 1 (a).

---

étrangers et leurs investissements<sup>991</sup>. La clause s'inscrit surtout dans la pratique internationale, désormais courante, de renforcement des capacités des organismes étatiques et, tout particulièrement, des agences de promotion des investissements.

444. Quelques illustrations nous sont, à cet égard, proposées par l'OCDE en ces termes : « l'Association mondiale des organismes de promotion des investissements (World Association of Investment Promotion Agencies - WAIPA) aide les agences de promotion des investissements à conseiller leurs gouvernements sur la formulation des stratégies de promotion de l'investissement ; au sein du Groupe de la Banque mondiale, le service-conseil pour l'investissement étranger établit des diagnostics sur le climat de l'investissement à la demande des pays d'accueil, puis formule des recommandations en faveur d'une réforme des politiques, réglementations et procédures, de cadres institutionnels pour la promotion de l'investissement et de méthodes pour le suivi de l'efficacité ; enfin, les services consultatifs pour l'investissement et la formation de la CNUCED ont l'expérience des programmes de formation du personnel des agences de promotion des investissements destinés à améliorer les capacités »<sup>992</sup>.

445. Selon la CNUCED, le renforcement des capacités des API est surtout rendu nécessaire du fait des nouveaux enjeux que soulève la question de la promotion de l'investissement durable. En effet, « pour mettre en œuvre une stratégie de promotion de l'investissement axée sur les ODD, les organismes de promotion de l'investissement doivent intégrer les ODD dans toutes leurs activités et modifier la manière dont ils travaillent sur le plan interne et dont ils interagissent avec l'environnement extérieur. En plus d'examiner la contribution au développement durable de tous leurs investissements, y compris de ceux réalisés dans les secteurs traditionnels, ils devraient se doter d'une équipe spéciale chargée d'élaborer les projets liés aux ODD »<sup>993</sup>. Pour se faire, l'organisation soutient qu'il « il faut que ces organismes acquièrent des compétences spécialisées dans ces domaines et qu'ils sachent évaluer les projets, concevoir des propositions de qualité et des matériels promotionnels et

---

<sup>991</sup> CNUCED, *Dispositions relatives à la promotion de l'investissement dans les accords internationaux d'investissement*, Coll., Études de la CNUCED sur les politiques d'investissement international au service du développement, New York et Genève, 2008, p. 1

<sup>992</sup> OCDE, *Cadre d'action pour l'investissement*, éditions OCDE, Paris, 2006, p. 37 ; Voir également, CIF-OIT, *Activité de formation des organismes de promotion de l'investissement pour une facilitation efficace de l'investissement axé sur le développement durable* [en ligne], [consulté le 17 mai 2018] ; World Association of Investment Promotion Agencies (WAIPA), [en ligne], [consulté le 18 mai 2018].

<sup>993</sup> CNUCED, *Promouvoir l'investissement étranger en faveur des objectifs de développement durable*, Genève, 2017, p. 7

---

solliciter les différentes formes de financement »<sup>994</sup>. Du point de vue de l'État d'origine, le renforcement des capacités d'action des organismes de promotion de l'État d'accueil contribuerait indéniablement à soutenir le fonctionnement de leurs investisseurs, en réduisant le fardeau de la réglementation et en rendant leurs opérations plus prévisibles.

---

<sup>994</sup> *Ibid.*



---

---

## **CONCLUSION DU TITRE II**

---

---





---

**446.** Les traités d'investissement de la CEDEAO et de la SADC innovent en imposant aux États des obligations de respect des droits de l'Homme et des peuples, au moyen d'un renvoi aux instruments internationaux et régionaux en la matière. La démarche est importante et judicieuse sous l'angle du développement durable, face aux conflits de normes de plus en plus fréquents entre le respect des droits humains et les devoirs découlant des accords à vocation économique. Aux obligations relatives aux DH s'ajoutent d'autres exigences novatrices, notamment celles liées à la lutte contre la corruption et l'engagement à faciliter les investissements de la diaspora. Les traités régionaux intègrent en outre des obligations spécifiquement destinées à l'État d'origine, en matière de collaboration dans la régulation des investisseurs ainsi que dans la promotion et la facilitation des investissements. L'ensemble de ces obligations révèle manifestement la volonté des Parties contractantes à assurer une plus grande cohérence de leurs politiques d'investissement avec leurs objectifs de développement durable. Reste à voir comment ces dispositions conventionnelles sont appliquées dans les faits.



---

---

## **CONCLUSION DE LA PARTIE II**

---

---



---

447. Les traités d'investissement de la CEDEAO et de la SADC se démarquent nettement des AII traditionnels en ce qu'ils intègrent de nouvelles dispositions résolument tournées vers le développement durable. Celles-ci se résument en l'introduction d'obligations à l'égard des investisseurs et des États concernant notamment le respect de l'environnement et des droits humains, la lutte contre la corruption. La nouvelle approche des organisations régionales africaines permet ainsi de renforcer la compatibilité du régime conventionnel des investissements avec les impératifs de développement durable des États membres. Cette innovation n'est toutefois pas sans poser de réels défis dans la pratique. En effet, l'effectivité de telles obligations conventionnelles implique d'importantes réformes de gouvernance qu'il appartiendra aux différentes parties prenantes d'entreprendre, aussi bien dans les secteurs publics que privés.



---

---

## **CONCLUSION GÉNÉRALE**

---

---





- 
448. La présente étude a permis de voir comment les traités régionaux africains d'investissement, en particulier ceux conclus au sein de la CEDEAO et de la SADC, redéfinissent le régime des investissements à la lumière de l'engagement en faveur du développement durable. En effet, l'analyse de la récente pratique conventionnelle des CERA en matière d'investissement témoigne d'une tendance grandissante à l'élaboration d'instruments qui intègrent des principes inhérents au développement durable, tels que la protection de l'environnement, les droits de l'Homme et des peuples, la transparence et la lutte contre la corruption, la responsabilité des investisseurs et de leur État d'origine.
449. Ce faisant, ces organisations régionales africaines s'éloignent clairement de l'approche monofonctionnelle des modèles classiques d'AII limités à la protection des investisseurs et de leurs investissements<sup>995</sup>. Elles optent pour une vision alternative et novatrice qui répond, selon elles, à la nécessité de trouver un équilibre entre les aspects sociaux, environnementaux et économiques de tout processus d'investissement<sup>996</sup>. Reste maintenant à voir comment ces instruments sont effectivement appliqués au sein de leurs espaces régionaux respectifs. Une telle interrogation ne serait nullement dénudée d'intérêt vu que certains de ces traités ont été adoptés depuis presque une décennie<sup>997</sup>. Pour une effectivité plus accrue des nouveaux modèles de traité d'investissement, il a également été question d'étendre les orientations régionales à une plus grande échelle.
450. Conscient du fait que les traités régionaux d'investissement resteraient malgré tout limités dans leur champ d'application spatial<sup>998</sup>, les dirigeants africains se sont aussi investis

---

<sup>995</sup> Voir notamment à ce sujet : DENTERS (E), GAZZINI (T), « The Role of African Regional Organizations in the Promotion and Protection of Foreign Investment », *Journal of World Investment & Trade*, juin 2017, n°18, pp. 449-492 ; SCHILL (S.W.), « The New (African) Regionalism in International Investment Law », *Journal of World Investment & Trade*, juin 2017, n°18, pp. 367-369

<sup>996</sup> Les communautés économiques régionales jouent un rôle important dans le cadre des efforts visant à concilier la protection conventionnelle des investissements avec les exigences de développement durable. Après les échecs des négociations d'un projet d'accord multilatéral sur les investissements, le droit international des investissements ne semble pas être à mesure d'ériger un système normatif cohérent susceptible d'apporter une réponse adéquate à la problématique de l'impact environnemental et social de l'investissement international.

<sup>997</sup> C'est le cas notamment de l'Acte additionnel sur l'investissement de la CEDEAO, entré en vigueur en janvier 2009, et dont l'article 41 § 1 stipule que « [...] les États membres signataires et les institutions de la CEDEAO s'engagent à commencer la mise en œuvre de ses dispositions dès son entrée en vigueur. ».

<sup>998</sup> En tant qu'instrument régional, ces Traités ont tout naturellement vocation à s'appliquer uniquement aux États parties de l'espace communautaire. Toutefois, il semble de plus en plus nécessaire, pour la réforme du régime de l'investissement international, de s'assurer de la coopération d'un grand nombre de partenaires. Sur la question, voir également CNUCED, doc. TD/B/C.II/EM.4/2, Réunion d'experts sur la transformation du régime des accords internationaux d'investissement : les perspectives, Commission de l'investissement, des entreprises et du développement, note du secrétariat, Genève, 25-27 février, 2015, p. 17

---

dans l'élaboration d'un instrument d'envergure continentale, résolument tourné vers la promotion des investissements compatibles avec les exigences du développement durable<sup>999</sup>. Ceux-ci adopteront finalement, en décembre 2016, le Projet de Code panafricain d'investissements<sup>1000</sup>, dont l'unique objectif « [...] est de promouvoir, de faciliter et de protéger les investissements qui favorisent le développement durable de chaque État membre, et en particulier celui dans lequel l'investissement est réalisé. »<sup>1001</sup>.

451. Cette approche, qui par ailleurs amène certains à considérer l'Afrique comme « un laboratoire normatif »<sup>1002</sup>, semble être la seule à même de conduire à une réforme complète et cohérente en faveur de la prise en compte du développement durable. Selon la Commission économique des Nations Unies pour l'Afrique, de tels instruments « permettraient de contribuer à la simplification des règles et de la réglementation en matière d'investissement, en facilitant leur compréhension et en permettant ainsi de créer un environnement plus propice à l'investissement durable »<sup>1003</sup>. Bien au-delà, l'approche panafricaine du régime des investissements pourrait également être perçue comme une contribution non négligeable aux efforts de re-conceptualisation du droit de l'investissement transnational.

---

<sup>999</sup> En effet, « conformément aux recommandations de la neuvième réunion du comité regroupant l'Union africaine (UA), les communautés économiques régionales (CER), la Commission économique pour l'Afrique (CEA) et la Banque africaine de développement (BAD) qui s'est tenue en janvier 2012 à Addis-Abeba (Éthiopie), la Commission de l'Union africaine a entrepris une étude sur l'élaboration d'un code d'investissement panafricain [...] et à élaborer une feuille de route et une stratégie concernant les modalités d'adaptation de ce code au contexte propre de chaque pays ». In CEA, *Politiques d'investissement et accords bilatéraux d'investissement en Afrique : Implications pour l'intégration régionale*, Addis-Abeba (Éthiopie), 2016, p. XI et 39.

<sup>1000</sup> UA, doc. EA15660-15, *Projet, Code panafricain d'investissements*, Commission de l'Union africaine, Département des Affaires économiques, décembre 2016. Voir également MBENGUE (M.M.), SCHACHERER (S), « The 'Africanization' of International Investment Law: The Pan-African Investment Code and the Reform of the International Investment Regime », *Journal of World Investment & Trade*, juin 2017, n°18, pp. 414-448

<sup>1001</sup> UA, Code panafricain d'investissements, art. 1

<sup>1002</sup> DENTERS (E), GAZZINI (T), « The Role of African Regional Organizations in the Promotion and Protection of Foreign Investment », *Journal of World Investment & Trade*, juin 2017, n°18, pp. 449

<sup>1003</sup> CEA, *Politiques d'investissement et accords bilatéraux d'investissement en Afrique : Implications pour l'intégration régionale*, Addis-Abeba (Éthiopie), 2016, p. XI

---

---

## **BIBLIOGRAPHIE**

---

---



## I- TRAITÉS, MANUELS, OUVRAGES GÉNÉRAUX

- ALLEMAND (S), *Le développement durable au regard de la prospective du présent*, Paris, L'Harmattan, 2006, 132 p.
- ANCTIL (F), DIAZ (L), *Développement durable : Enjeux et trajectoires*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2016, 157 p.
- ARBOUR (J. M.), LAVALEE (S), *Droit international de l'environnement*, Bruylant, Bruxelles, 2006, 835 p.
- ARNONE (M), BORLINI (S. L.), *Corruption : Economic Analysis and International Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2014, 630 p.
- ARNAUD (E), BERGER (A), DE PERTHUIS (C), *Le développement durable*, Paris, Nathan, Coll. Repères pratiques, 2011, 159 p.
- AUDIT (M), BOLLEE (S), CALLE (P), *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, LGDJ-Lextenso, 2014, 764 p.
- BARRAL (V), *Le développement durable en droit international : essai sur les incidences juridique d'une norme évolutive*, Bruylant, Bruxelles, 2016, 500 p.
- BAUDIN (M), *Le développement durable, nouvelle idéologie du XXI<sup>e</sup> siècle ?*, Paris, l'Harmattan, coll. Prospective, 2009, 102 p.
- BELPORO (C), *La responsabilité des entreprises multinationales pour les violations des droits de l'homme en Afrique*, Paris, l'Harmattan, coll. Études africaines, 2017, 198 p.
- BOMANN-LARSEN (L), WIGGEN (O) (eds), *Responsibility in World Business: Managing Harmful Side-Effects of Corporate Activity*, United Nations University Press, Tokyo, 2004, 288 p.
- BONOMO (S), *Traités bilatéraux relatifs aux investissements : entre protection des investissements étrangers et sauvegarde de la souveraineté des États*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille (P.U.A.M.), Centre de droit économique, 2012, 374 p.
- BOULOC (B), *Droit pénal Général*, Paris, Dalloz, Précis, 23<sup>ème</sup> édition, 2013, 768 p.
- BOURICHE (M), *Les instruments de solidarité internationale en droit international public*, Paris, Connaissances et savoirs, 2012, 680 p.
- BRAUN (T) et MULVAGH (L), *Le système africain des droits humains : Un guide pour les peuples autochtones*, Forest Peoples Programme, 2008, 178 p.
- BRETON (J. M.) (dir.), *Développement viable et valorisation environnementale*, Paris, Karthala, 2006, 486 p.
- CABANE (P), *Manuel de gouvernance d'entreprise, les meilleures pratiques pour créer de la valeur*, 2<sup>ème</sup> éd, Paris, Eyrolles, 2018, 365 p.
- CANIVET (G), LAVRYSEN (L) et GUIHAL (D), *Manuel judiciaire de droit de l'environnement*, Nairobi, PNUE, 2006, 267 p.
- CARREAU (D.), JUILLARD (P.), BISMUTH (R) et HAMANN (A), *Droit international économique*, 6<sup>ème</sup> éd, Paris, Collection Précis, Dalloz, 2017, 941 p.
- CARREAU (D.), JUILLARD (P.), *Droit international économique*, 5<sup>ème</sup> éd, Paris, Collection Précis, Dalloz, 2013, 802 p.

- CHAFFARD-SYLLA (S), *Trousse à outils de gestion environnementale et de développement durable*, Québec, Institut de l'énergie et de l'environnement de la Francophonie (IEPF), 2007, 108 p.
- CHAMPEIL-DESPLATS (V) et LOCHAK (D) (dir.), *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Nanterre, Presses universitaires de Paris Nanterre, 2008, 266 p.
- COT (J.P.) et PELLET (A), *Charte des Nations Unies, commentaire article par article*, 3<sup>ème</sup> éd, Paris, Economica, 2005, 3729 p.
- DE NANTEUIL (A), *Droit international des investissements*, Paris, Pedone, 2014, 431 p.
- DECAUX (E), DE FROUVILLE (O), *Droit international public*, Dalloz, 2016, 628 p.
- DIAKITE (K), *Droit de l'intégration africaine, Organisations communautaires en Afrique de l'Ouest, rapport entre les organisations sous-régionales, l'Union Africain et l'Organisation des Nations Unies, défis prioritaires de l'intégration en Afrique*, Paris, l'Harmattan, 2017, 187 p.
- DOLZER (R) et SCHREUER (C), *Principles of International Law*, Oxford University Press, 1<sup>ère</sup> éd, 2008, 435 p.
- DUPUY (P-M), KERBRAT (Y), *Droit international public*, 13<sup>ème</sup> éd, Paris, Coll. Précis, Dalloz, 2016, 921 p.
- DUPUY (P-M), KERBRAT (Y), *Droit international public*, 12<sup>ème</sup> éd, Paris, Coll. Précis, Dalloz, 2014, 921 p.
- FAU-NOUGARET (M) (dir.), *La concurrence des organisations régionales en Afrique*, Paris, l'Harmattan, 2012, 447 p.
- FIALAIRE (J), *Les stratégies du développement durable*, Paris, l'Harmattan, coll. GRALE, 2008, 419 p.
- FITOUSSI (J-P), ROSANVALLON (P), *Le nouvel âge des inégalités*, Paris, Seuil, 1996, 231 p.
- GAUCHON (P), TELLENE (C) (dir.), *Géopolitique du développement durable*, Paris, PUF, coll. Major, 2005, 365 p.
- GUILHAUDIS (J-F), *Relations internationales contemporaines*, 4<sup>ème</sup> éd., Paris, LexisNexis, 2017, 1194 p.
- HORCHANI (F) (dir.), *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre*, 2006, 338 p.
- HUET (A.) et KOERING-JOULIN (R.), *Droit pénal international*, 3<sup>ème</sup> édition, PUF, 2005, 510 p.
- KAMMINGA (M.T.), ZIA-ZARM (S), (eds), *Liability of Multinational Corporations under International Law*, The Hague, Kluwer Law International, 2000, 432 p.
- KAMTO (M.), *Droit de l'environnement en Afrique*, Vanves, Edicef, 1996, 415 p.
- KWOKWO (B. A), *Land rights of indigenous peoples in Africa, with special focus on central, eastern and southern Africa*, Copenhagen, IWGIA, 2010, 335 p.
- LAVIEC (J. P.), *Protection et promotion des investissements, étude de droit international économique*, Paris, PUF, 1985, 331 p.

- LEARY (V. A.) and WARNER (D) (eds), *Social Issues, Globalisation and International Institutions: Labour Rights And the EU, ILO, OECD And WTO* , Martinus Nijoff, Leiden, 2006, 418 p.
- LEBEN (C) (dir.), *Le CIRDI, 45 ans après : Bilan d'un système*, Paris, Pédone, 2010, 443 p.
- LEBEN (C) (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement. Nouveaux développements*, Anthémis, 2006, 400 p.
- LEDUC (G.A.), RAYMOND (M), *L'évaluation des impacts environnementaux : un outil d'aide à la décision*, Montréal, éditions MultiMondes, 2000, 403 p.
- MACGILLIVRAY (A), BEGLEY (P), and ZADEK (S) (eds), *The State of Responsible Competitiveness 2007, Making Sustainable Development Count in Global Markets*, London, AccountAbility, 2007, 154 p.
- MAKELA (M. R.), *Manuel de Droit et Comptabilité OHADA*, Kinshasa, Commission Nationale OHADA (CNO), 2015, 188 p.
- MATAGNE (P), *Les enjeux du développement durable*, Paris, l'Harmattan, 2005, 218 p.
- MEZEME MBA (R), *L'étude d'impact en droit international et en droit gabonais*, Univ. Européenne, 2012, 72 p.
- MONIER (P), *L'économie générale : Acteurs et marchés économiques - Conjoncture économique - Politique structurelle - Mondialisation et régionalisation*, Gualino-Lextenso, 7<sup>ème</sup> éd., 2013, 296 p.
- MUCHLINSKI (P. T.), *Multinational enterprises and the Law*, 2<sup>nd</sup> Ed., The Oxford International Law Library, 2007, 856 p.
- NIKIEMA (S. H.), *L'expropriation indirecte en droit international des investissements*, 1<sup>ère</sup> éd, Paris, PUF, 2012, 371 p.
- OCDE, *Les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, Concepts et principes*, Éditions OCDE, 2011, 101 p.
- ONU, *Manuel des Traités*, New York, 2013, 73 p.
- OUGUERGOUZ (F), *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples : Une approche juridique des droits de l'homme entre tradition et modernité*, Paris, PUF, 1993, 477 p.
- PARRAT (F), *Théorie et pratique de la gouvernance d'entreprise*, Paris, Maxima, 2014, 560 p.
- PAULSSON (J), *Denial of justice in international law*, Cambridge University Press, 2005, 279 p.
- PELLEGRINI (L), *Corruption, Development and the Environment*, Springer, Dordrecht, 2011, 159 p.
- PLANTEY (V. A.), *La négociation internationale, principes et méthodes*, Paris, CNRS, 1980, 657 p.
- PLAZA, (S), RATHA (D), *Diaspora for development in Africa*, Washington D.C., World Bank, 2011, 328 p.
- PRIEUR (M), *Droit de l'environnement, droit durable*, Bruxelles, Bruyant, 2014, 1048 p.



- PRIEUR (M), DOUMBÉ-BILLÉ, *Droit de l'environnement et développement durable*, Limoges, PULIM, 1994, 352 p.
- RICHARD (J) et PLOT (E), *La gestion environnementale*, La Découverte, coll. Repères, 2014, 128 p.
- RIVIER (R), *Droit international public*, 3<sup>ème</sup> éd, Paris, PUF, 2017, 841 p.
- ROBERT-CUENDET (S) (dir.), *Droit des investissements internationaux, perspectives croisées*, Bruxelles, Bruyant, 2017, 672 p.
- ROTH (A.H.), *The Minimum Standard of International Law Applied to Aliens*, Leiden, Sijthoff, 1949, 194 p.
- TRAORE (B), *Gouvernance d'entreprise en Afrique*, Paris, L'Harmattan, Étude africaine, 2015, 250 p.
- SALAH (M.M.), *L'irruption des droits de l'Homme dans l'ordre économique international : mythe ou réalité ?*, Paris, L.G.D.J, 2012, 314 p.
- SALL (A), *La justice de l'intégration : réflexions sur les institutions judiciaires de la CEDEAO et de l'UEMOA*, Dakar, CREDILA, 2011, 398 p.
- SANDS (P), *Principles of International Environmental Law*, 2<sup>ème</sup> éd, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, 1116 p.
- SANTULLI (C), *Droit du contentieux international*, 2<sup>ème</sup> éd, L.G.D.J, 2015, 638 p.
- SCHARWATT (C) et WILLIAMSON (C), *L'argent mobile franchit les frontières : Nouveaux modèles de transferts en Afrique de l'Ouest*, GSMA, Londres, 2015, 25 p.
- SCHAUFELBERG (S), *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, 638 p.
- SHAIN (Y), *Kinship and Diasporas in International Affairs*, University of Michigan Press, 2007, 216 p.
- SHIHATA (I.F.I), *Legal treatment of foreign investment : The World Bank Guidelines*, Springer Netherlands, 1993, 484 p.
- SCHOKKAERT (J), *La pratique conventionnelle en matière de protection juridique des investissements internationaux*, Droit comparé – Droit interne, Conventions européennes, Bruxelles, Bruyant, 2006, 234 p.
- Société Française pour le Droit International (SFDI), *L'entreprise multinationale et le droit international*, Paris, Pedone, 2017, 522 p.
- STRANGE (T) et BAYLEY (A), *Le développement durable : À la croisée de l'économie, de la société et de l'environnement*, [en ligne], Les essentiels de l'OCDE, 2008, 162 p. [consulté le 01 juin 2018], <http://dx.doi.org/10.1787/9789264055773-fr>
- TALL (S. N.), *Droit des organisations internationales africaines, théorie générale – droit communautaire comparé, droit de l'Homme, paix et sécurité*, Paris, l'Harmattan, 2015, 547 p.
- ZOGBELEMOU (T), *Droit des organisations d'intégration économique en Afrique (CEDEAO-CEMAC-UEMOA-ZMAO)*, Paris, l'Harmattan, 2014, 364 p.

## II- OUVRAGES SPECIALISES ET DOCUMENTS INSTITUTIONNELS AFFILIES

- BERNASCONI-OSTERWALDER (N), COSBEY (A), JOHNSON (L) et VIS-DUNBAR (D), *Les traités d'investissement et leur importance pour le développement durable : questions et réponses*, Winniped, IIDD, 2012, 63 p.
- BASTIDON (C), GBAGUIDI (O), GHOUFRANE (A) et SILEM (A) (dir.), *Commerce, investissement et développement durable en Afrique*, Paris, l'Harmattan, 2017, 203 p.
- CEDEAO, *Vision du marché commun des investissements de la CEDEAO*, Commission de la CEDEAO, Abuja, Nigéria, 2009, 98 p.
- CORDONIER SEGGER (M-C), NEWCOMBE (A) et GEHRING (M), *Sustainable Development in World Investment Law*, Kluwer law international BV, The Netherland, 2011, 857 p.
- CORDONIER SEGGER (M-C), KHALFAN (A), *Sustainable Development Law : Principles, Practices & Prospects*, Oxford, Oxford University Press, 2004, 490 p.
- CNUCED, *Promouvoir l'investissement étranger en faveur des objectifs de développement durable*, Genève, 2017, 13 p.
- CNUCED, *Investissement, innovation et entrepreneuriat pour le renforcement des capacités productives et un développement durable*, Genève, 16-17 mars, 2016, 15 p.
- CNUCED, *Transformation du régime des accords internationaux d'investissement : les perspectives*, Genève, 25-27 février, 2015, 21 p.
- CNUCED, *Investment policy framework for sustainable development*, New York, 2015, 155 p.
- CNUCED, *Investment policy framework for sustainable development*, New York, 2012, 67 p.
- CNUCED, *Fair and equitable treatment*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, 2012, 141 p.
- CNUCED, *Portée des définitions*, Collection de la CNUCED consacrée aux problèmes relatifs aux accords internationaux d'investissement II, New York et Genève, 2011, 163 p.
- CNUCED, *Traitement de la nation la plus favorisé*, Collection de la CNUCED consacrée aux problèmes relatifs aux accords internationaux d'investissement II, New York et Genève, 2010, 134 p.
- CNUCED, *Différends entre investisseurs et État : Prévention et modes de règlement autres que l'arbitrage*, Études sur les politiques d'investissement international au service du développement, New York et Genève, 2010, 137 p.
- CNUCED, *La protection de la sécurité nationale dans les accords internationaux d'investissement (AII)*, Coll., Études de la CNUCED sur les politiques d'investissement international au service du développement, New York et Genève, 2009, 163 p.
- CNUCED, *Fair and equitable treatment*, series on issues in International Investment Agreements II, 1999, 141 p.

- CNUCED, *Définition de règles internationales en matière d'investissement : état des lieux, défis à relever et perspectives*, Coll., Études de la CNUCED sur les politiques d'investissement international au service du développement, New York et Genève, 2008, 95 p.
- CNUCED, *Identification des aspects essentiels des accords d'investissement dans la région de l'APEC*, Coll., Études de la CNUCED sur les politiques d'investissement international au service du développement, New York et Genève, 2008, 119 p.
- CNUCED, *Dispositions relatives à la promotion de l'investissement dans les accords internationaux d'investissement*, Coll., Études de la CNUCED sur les politiques d'investissement international au service du développement, New York et Genève, 2008, 83 p.
- CNUCED, *Investor-State disputes arising from Investment Treaties : a review*, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, New York and Geneva, 2005, 96 p.
- CNUCED, *Foreign direct investment and performance requirements: new evidence from selected countries*, United Nations, New York and Geneva, 2003, 306 p.
- KRAJEWSKI (M), *Ensuring the primacy of human rights in trade and investment policies : Model clauses for a UN Treaty on transnational corporations, other businesses and human rights*, Brussels, CIDSE, 2017, 30 p.
- MANN (H), VON MOLTKE (K), PETERSON (L.E.), COSBEY (A), *Accord international sur l'investissement pour le développement durable*, Guide du négociateur, Winnipeg, IIDD, 2006, 104 p.
- OCDE, *Cadre d'action pour l'investissement*, éditions OCDE, Paris, 2015, 151 p.
- OCDE, *Investment for Sustainable Development*, OECD and Post-2015 Reflections Series, Element 11, paper 3, OECD, Paris, 2013, 12 p.
- OCDE, *Cadre d'action pour l'investissement*, éditions OCDE, Paris, 2006, 84 p.
- VANDUZER (J. A.), SIMONS (P) et MAYEDA (G), *Integrating Sustainable Development into International Investment Agreements : A Guide for Developing Countries*, London, Commonwealth Secretariat, 2012, 553 p.
- VON MOLTKE (K), *An International Investment Regime ? Issues of Sustainability*, Winnipeg, IISD, 2000, 76 p.
- WOOLFREY (S), *The SADC Model Bilateral Investment Treaty Template : Towards a new standard of investor protection in southern Africa*, Stellenbosch, tralac, 2014, 18 p.

### III- TRAITÉS, PROTOCOLES, LOIS ET AUTRES INSTRUMENTS

#### Textes de la CEDEAO

##### *Textes communautaires sur l'investissement*

- 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, 19 décembre 2008
- Protocole A/P4/1/03 sur l'énergie de la CEDEAO, 31 janvier 2003

##### *Autres textes communautaires cités*

- Protocole additionnel A/SP.1/01/05 portant amendement du Protocole A/P /17 /91 relatif à la Cour de justice de la Communauté, 19 janvier 2005
- Protocole sur la lutte contre la corruption de la CEDEAO, 21 décembre 2001
- 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, 21 décembre 2001
- Protocole relatif au mécanisme pour la prévention, la gestion et la résolution des conflits, 10 décembre 1999
- Protocole relatif au mécanisme de prévention, de gestion et de règlement de conflit, maintien de la paix et de la sécurité, 10 décembre 1999
- Traité constitutif révisé de la Communauté Économique des États de l'Afrique de l'Ouest, 24 juillet 1993
- Protocole A/SP.1/5/79 sur la libre circulation des personnes, le droit de résidence et d'établissement, 25 mai 1979

##### *Traités bilatéraux d'investissement de quelques États de la CEDEAO*

- TBI Nigéria-France, 27 février 1990
- TBI Nigéria-Maroc, 3 décembre 2017

#### Textes de la SADC

##### *Textes communautaires sur l'investissement*

- Accord portant amendement de l'annexe 1 (coopération en matière d'investissement) du Protocole sur la finance et l'investissement, 17 mai 2017
- Modèle de traité bilatéral d'investissement de la SADC, juillet 2012. V., *SADC Model Bilateral Investment Treaty Template with Commentary*, Gaborone (Botswana), July 2012, 80 p.
- Protocole sur la finance et l'investissement, 18 août 2006.

##### *Autres textes communautaires cités*

- Protocole sur le commerce, approuvé par le Comité des Ministres du commerce, 12 juillet 2008

- 
- Protocole sur l'emploi et le travail, 18 août 2014
  - Charte des droits sociaux fondamentaux, 26 août 2003
  - Protocole sur la foresterie, 03 août 2002
  - Protocole contre la corruption, 14 août 2001
  - Protocole sur la conservation de la faune, 14 août 1999
  - Protocole sur la santé, 18 août 1999
  - Protocole sur l'éducation et la formation de la SADC, 8 septembre 1997

### **Accords sur l'investissement provenant d'autres organisations africaines**

- UA, doc. EA15660-15, Projet de Code panafricain d'investissements, Commission de l'Union africaine, Département des Affaires économiques, décembre 2016
- COMESA, Accord relatif à la zone commune d'investissement du COMESA, 23 mai 2007
- CEUCA, Convention commune sur les investissements dans les États de l'union douanière et économique de l'Afrique centrale, 14 décembre 1965
- UMA, Accord relatif à la protection et à la promotion des investissements de l'Union du Maghreb Arabe, 23 juillet 1990

### **Autres textes cités émanant d'organisations africaines**

#### ***Union africaine – Organisation de l'unité africaine***

- UA, doc. Assembly/AU/14(XVIII)Add. 3, Résolution sur la diaspora, 30 janvier 2012
- UA, doc. EX.CL/696(XX), Décision sur le Sommet mondial de la diaspora africaine, 30 janvier 2012
- UA, Convention sur la Prévention et la Lutte contre la Corruption, 11 juillet 2003
- UA, Résolution sur la procédure relative au droit de recours et à un procès équitable, Commission Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples, réunie en sa 11<sup>ème</sup> Session ordinaire, Tunis, du 2 au 9 mars 1992.
- OUA, Convention de Bamako sur l'interdiction d'importer des déchets dangereux et sur le contrôle des mouvements transfrontières et la gestion des déchets dangereux produits en Afrique, 30 janvier en 1991
- OUA, Conventions africaines pour la conservation de la nature et des ressources naturelles de 1968, révisée en 2003
- OUA, Traité instituant la Communauté économique africaine, 2 juin 1991

#### ***Organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique***

- OHADA, Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, 17 avril 1997, *JO OHADA* n°2 du 1<sup>er</sup> octobre 1997
- OHADA, Acte uniforme révisé relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, 30 janvier 2014, *JO OHADA* n° spécial du 04 février 2014
- OHADA, Acte uniforme portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises, 24 mars 2000, *JO OHADA* n°10 du 20 novembre 2000

---

### ***Union économique et monétaire ouest-africaine***

- UEMOA, Règlement n°08/CM/UEMOA portant adoption des règles visant à éviter la double imposition au sein de l'UEMOA et des règles d'assistance en matière fiscale, 26 septembre 2008
- UEMOA, Traité constitutif modifié, 29 janvier 2003

### **Instruments internationaux divers**

#### ***Textes adoptés dans le cadre des Nations Unies***

- Accord (de Paris) sur le climat, 12 décembre 2015
- Pacte mondial, 26 juillet 2000
- Déclaration de Johannesburg sur le développement durable, NU. Résolution 3/2002, 4 septembre 2002
- Déclaration sur les droits des peuples autochtones, NU A/RES/61/295, 13 septembre 2007
- Convention contre la corruption, NU AG/Rés58/4, 31 octobre 2003
- Convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, 25 juin 1998
- Déclaration de Copenhague sur le développement social, 17 juin 1995
- Convention sur la lutte contre la désertification, 17 juin 1994
- Convention-cadre sur les changements climatiques, NU A/AC.237/18(Partie II)/Add.1., 9 mai 1992
- Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, 14 juin 1992
- Convention sur la diversité biologique, 5 juin 1992
- Charte mondiale de la nature, NU. AG/Rés/37/7, 28 octobre 1982
- Pacte international relatif aux droits civils et politiques, AG. Rés. 2200 (A) (XXI), N.U. doc A/ 6316 (1966), 999 RTNU 171, 23 mars 1976.
- Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, AG. Rés. 2200 (A) (XXI), N.U. Doc. A/6316 (1966), 993 RTNU 3, 3 janvier 1976
- Charte des droits et devoirs économiques des États, Résolution (A/RES/3281/(XXIX), 12 décembre 1974.
- Déclaration de Stockholm, 16 juin 1972
- Convention de Vienne sur le droit des Traités, doc. NU. A/Conf. 39/27, 29 mai 1969
- Résolution 1803/(XVII) relative à la souveraineté permanente sur les ressources naturelles, 14 décembre 1962.
- Déclaration universelle des droits de l'Homme, Rés. 217 A (III), 10 décembre 1948
- Charte des Nations Unies (ou Charte de San Francisco), 26 juin 1945

---

## ***Textes adoptés dans le cadre des structures spécialisées des Nations Unies***

### ***Textes de l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture***

- UNESCO, Convention relative à la protection du patrimoine mondial culturel et naturel, 16 novembre 1972
- UNESCO, Déclaration de Mexico sur les politiques culturelles, 6 août 1982

### ***Textes de l'Organisation internationale du travail***

- Déclaration sur la justice sociale pour une mondialisation équitable, 10 juin 2008
- Convention n° 182 sur les pires formes de travail des enfants, 17 juin 1999
- Déclaration relative aux principes et droits fondamentaux au travail et son suivi, 18 juin 1998
- Convention n°169 relative aux peuples indigènes et tribaux, 27 juin 1989
- Convention n° 138 sur l'âge minimum d'admission à l'emploi, 26 juin de 1973
- Convention n° 111 concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession, 25 juin 1958
- Convention n° 105 sur l'abolition du travail forcé, 25 juin 1957
- Convention n° 100 sur l'égalité de rémunération, 29 juin 1951
- Convention n° 98 sur le droit d'organisation et de négociation collective, 01 juillet 1949
- Convention n° 87 sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, 09 juillet 1948
- Convention n° 29 sur le travail forcé, 28 juin 1930

### ***Textes d'autres structures spécialisées des Nations Unies***

- Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, Conseil des Droits de l'Homme, Résolution A/HRC/RES/17/4, 16 juin 2011.
- ECOSOC, doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rév. 2, Normes sur les responsabilités des sociétés transnationales et autres entreprises commerciales en matière de Droits de l'Homme, (2003)
- Conseil du PNUE, Résolution 14/25, UNEP/GC.14/17, Annexe III., le 17 juin 1987.

### ***Instruments du GATT et de l'OMC***

- Accord de Marrakech instituant l'Organisation Mondiale du Commerce, 15 avril 1994
- Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce (MIC), 1994
- Accord général sur le commerce et les tarifs douaniers (*General Agreement on Trade and Tariffs* – GATT), 30 octobre 1947

### ***Autres textes internationaux***

- Déclaration de New Delhi sur les principes de droit international relatifs au développement durable, Association de droit international (Résolution n° 3/2002), 6 avril 2002
- Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, OCDE, 21 novembre 1997

---

## IV- ARTICLES DE REVUE

### ARTICLES DE REVUE IMPRIME

- ALSCHNER (W), « Regionalism and Overlap in Investment Treaty Law : Towards Consolidation or Contradiction ? », *Journal of International Economic Law*, juin 2014, vol. 17, Issue 2, pp. 271-298.
- AMOUSSOU-GUENOU (R), « Les investissements étrangers en Afrique et l'arbitrage international », *Doctrine*, juillet - août - septembre 1998, n° 2, pp. 7-10
- ANDRE (P), ENSERINK (B), CONNOR (D) et CROAL (P), « Participation publique : Principes internationaux pour une meilleure pratique », *International Association for Impact Assessment*, août 2006, publication spéciale série n°4, 4 p.
- ANDREASSEN, (B. A.), HANS-OTTO (S), « What's the Goal ? What's the Purpose ? Observations on Human Rights Impact Assessment », *The International Journal of Human Rights*, 2007, vol. 11, Issue 3, pp. 275-292
- ANZILOTTI (D), « La responsabilité de l'État à raison des dommages soufferts par les étrangers », *R.G.D.I.P.* vol. 13, 1906, pp. 5-29 et pp. 285-309
- BACHAND (R), GALLIE (M), ROUSSEAU (S), « Droit de l'investissement et droits humains dans les Amériques », *Annuaire français de droit international*, 2003, vol. 49, pp. 575-610
- BAfD, « Les investissements transfrontaliers intra-SADC », *Département du NEPAD, de l'intégration régionale et du commerce*, septembre 2013, n°2, 12 p.
- BAILY (D. B.), WALLACE Jr (D)., « The Inevitability of National treatment of foreign investment with Increasingly Few and Narrow exceptions », *Cornell International Law Journal.*, 1998, vol. 31, pp. 615-630
- BAUGHEN (S)., « Investor Rights and Environmental Obligations: Reconciling the irreconcilable ? », *Journal of Environmental Law*, 2001, n°12(2), pp. 199-220
- BARMANN (J), « Pacta sunt servanda. Considérations sur l'histoire du contrat consensuel », *Revue internationale de droit comparé*, 1961, vol. 13-1, pp. 18-53
- BEN HAMIDA (W), « L'arbitrage Etat-investisseur face à un désordre procédural : la concurrence des procédures et les conflits de juridictions », *Annuaire français de droit international*, vol. 51, 2005. pp. 564-602.
- BUSSE (M), NUNNENKAMP (P) and SPATAREANU (M), « Foreign Direct Investment and Labour Rights: A Panel Analysis of Bilateral FDI Flows », *Applied Economics Letters*, 2011, vol. 18, issue 2, pp. 149-152
- CANS (C), « Le développement durable en droit interne, apparence du droit et droit des apparences », *AJDA*, n° 5, 2003, pp. 210-218.
- CARTIER-BRESSON (J), « Corruption, libéralisation et démocratisation », *Tiers-Monde*, tome 41, 2000, n°161, pp. 9-22
- CEREEC, « La CEDEAO s'engage à soutenir l'initiative énergie durable pour tous en Afrique de l'ouest », mars 2013, n°6, 16 p.
- CHANSOU (M), « Développement durable, un nouveau terme clé dans les discours politiques », *Mots*, juin 1994, n°39, pp. 99-105



- CONDORELLI (L.), « L'imputation à l'Etat d'un fait internationalement illicite : solutions classiques et nouvelles tendances », *RCADI*, 1984, vol. 189, pp. 9-167
- CUENDET (S), « Accords d'investissement et développement durable : comment concilier la protection des investissements étrangers avec la promotion du développement durable ? », *La note de convention*, n°14, 2014, 15 p.
- DE BRABANDERE (E), « Fair and Equitable Treatment and (Full) Protection and Security in African Investment Treaties Between Generality and Contextual Specificity », *Journal of World Investment & Trade*, june 2017, n°18, pp. 530-555
- DE WET (E.), « The Evolving Role of ECOWAS and the SADC in Peace Operations : A Challenge to the Primacy of the United Nations Security Council in Matters of Peace and Security ? », *Leiden Journal of International Law*, june 2014, vol. 27, Issue 2, pp. 353-369
- DELMAS-MARTY (M), « La corruption, un défi pour l'État de Droit et la société démocratique », *RSC*, 1997, n°3, pp. 696-706.
- DENTERS (E), GAZZINI (T), « The Role of African Regional Organizations in the Promotion and Protection of Foreign Investment », *Journal of World Investment & Trade*, june 2017, n°18, pp. 449-492
- DOLZER (R), « Indirect expropriation, New Developments ? », *Environmental Law Journal*, 2002, vol.11, pp. 65-90.
- DUPRAT (J-P), « La sécurité des produits et la protection de la santé publique », *AJDA*, n° 37, 2006, pp. 2046-2052
- EDWARD (L) and BARRETT (Jr.), « The Doctrine of Forum Non Conveniens », *California Law Review*, september 1947, vol. 35, issue 3, pp. 380-422
- EL BOUDOUHI (S), « L'intérêt général et les règles substantielles de protection des investissements », *AFDI*, 2005, volume 51, pp. 542-563
- ESTEVES (A. M.), FRANKS (D) and VANCLAY (F), « Social Impact Assessment : The State of the Art », *Impact Assessment and Project Appraisal*, march 2012, vol. 30, n°1, pp. 34-42
- FALL (A. B.), « La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples : entre universalisme et régionalisme », *Pouvoirs*, 2009/2 (n° 129), pp. 77-100.
- FOUGIER (E), « Relations internationales et développement durable », *Politique étrangère*, 1999, n°4, pp. 931-940
- HAMULI KABUMBA (Y), « Discrimination, arrestation et détention arbitraires selon la Cour de justice de la CEDEAO dans Hadijatou Mani Koraou c. Niger (27 oct. 2008) », *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques*, 2009, vol. 87, afl. 3, pp. 291-316
- HORCHANI (F), « Le droit international des investissements à l'heure de la mondialisation », *JDI*, n°2, 2004, pp. 367-441
- JOSEPH (S), « Taming the Leviathans : Multinational Enterprises and Human Rights », *Netherlands International Law Review*, vol. 46, issue 2, 1999, pp. 171-203
- KABUMBA (Y. H.), « La répression internationale de l'esclavage : les leçons de l'arrêt de la Cour de Justice de la CEDEAO dans l'affaire Hadjatou Mani Koraou c/ République du Niger, 27 octobre 2008 », *Revue Québécoise du Droit International*, 2008, n°21.2, pp. 25-56

- KAMTO (M), « Le rôle des accords et mécanismes régionaux en matière de maintien de la paix et de la sécurité internationales à la lumière de la Charte des Nations Unies et de la pratique internationale », *RGDIP*, n° 4, vol. 111, p. 771-802
- KAYODE-ANGLADE (S) and SPIO-GARBRAH (N), « Diaspora Bonds : Some Lessons for African Countries », *AfDB - Africa Economic Brief*, december 2012, vol. 3, issue 13, 13 p.
- KOFELE-KALE (N), « Change or the illusion of change: the war against official corruption in Africa », *George Washington International Law Review*, 2006, vol 38, n°4, pp. 697-747
- LEVESQUE (C), « Les fondements de la distinction entre l'expropriation et la réglementation en droit international », *Revue générale de droit*, 2003, vol. 33, n°1, pp. 1-172
- MAHIOU (A), « Du droit économique au nouvel ordre économique international : quelques réflexions », *Revue internationale de droit économique*, 2013/4 (t. XXVII), pp. 523-532
- MARTINET (L), AKYUREK (O), « La théorie du forum non conveniens dans les pays de common law », *Doctrine droit international*, septembre 2006, n°186, pp. 5-9
- MAURO (P), « The Effects of Corruption on Growth, Investment, and Government Expenditure », *IMF Working Paper*, n°96/98, september 1996, pp. 1-28
- MBENGUE (M.M.), SCHACHERER (S), « The 'Africanization' of International Investment Law: The Pan-African Investment Code and the Reform of the International Investment Regime », *Journal of World Investment & Trade*, june 2017, n°18, pp. 414-448
- NEWCOMBE (A), « Sustainable Development and Investment Treaty Law », *The Journal of World Investment & Trade*, 2007, vol. 8, Issue 3, pp. 357-407
- OKILASSALI (M), « La participation des États africains à l'arbitrage du CIRDI », *Doctrine, Revue Camerounaise de l'Arbitrage*, avril - mai - juin 2001, n° 13, pp. 3-22
- OUEDRAOGO (A), « La due diligence en droit international : de la règle de la neutralité au principe général », *Revue générale de droit*, 2012, vol. 42, n°2, pp. 641-683
- PELLET (S), « Les transferts de technologie vers les pays en développement », *Regards croisés sur l'économie*, 2009, vol. 2, n° 6, pp. 229-232
- PONTE, (S), ROBERTS, (S), and VAN SITTERT (L), « Black Economic Empowerment' (BEE), Business and the State in South Africa », *Development and Change*, 2007, vol. 38, n° 5, pp. 933-955
- POTESTA (M), « Legitimate expectations in investment treaty law : understanding the roots and the limits of a controversial concept », *ICSID Rev. – FILJ*, 2013, vol. 28, n°1, pp. 88-122.
- PRIEUR (M), « Instruments internationaux et évaluation environnementale de la biodiversité : enjeux et obstacles », *Revue juridique de l'environnement*, 2011, vol 5, n° spécial, pp. 7-28.
- RATNER (S.R.), « Corporations and Human Rights : A Theory of Legal Responsibility », *Yale Law Journal*, november 2001, vol. 111, n°3, pp. 443-545
- SAX (J. L.), « Taking and the Police power », *The Yale Law Journal*, 1964, vol. 74, n°1, pp. 36-76

- SCHLEMMER (E.C.), « An Overview of South Africa's Bilateral Investment Treaties and Investment Policy », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, February 2016, Vol. 31, Issue 1, pp. 167-193.
- SCHILL (S.W.), « The New (African) Regionalism in International Investment Law », *Journal of World Investment & Trade*, June 2017, n°18, pp. 367-369
- SEATZU (F) and VARGIU (P), « Africanizing Bilateral Investment Treaties ('BITS') : Some Case Studies and Future Prospects of a Pro-Active African Approach to International Investment », *Connecticut Journal of International Law*, 2015, vol. 30, Issue 2, pp. 143-168.
- SHAVA (E), « Black Economic Empowerment in South Africa: Challenges and Prospects », *Journal of Economics and Behavioral Studies*, December 2016, vol. 8, n°6, pp. 161-170
- SNODGRASS (E), « Protecting Investors' "Legitimate Expectations" – Recognizing and Delimiting a General Principles », *ICSID Rev.*, 2006, pp. 1-58.
- SPEARS, (S. A.), « The quest for policy space in a new generation of international investment agreements », *Journal of International Economic Law*, 13(4), 2010, pp. 1037–1075.
- SUDRE (F), « Les obligations positives dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1995, pp. 363-384
- TCHANTCHOU (H), AKOUETE AKUE (M), « L'état du droit pénal dans l'espace OHADA », *Revue de l'ERSUMA-OHADA*, novembre-décembre 2011, numéro spécial, pp. 20-45
- VANCLAY (F), « L'évaluation des impacts sociaux : Principes internationaux », *International Association for Impact Assessment*, mai 2003, Publications spécialisées, n°2, 8 p.
- VANCLAY (F), « International Principles for Social Impact Assessment », *Impact Assessment and Project Appraisal*, March 2003, vol. 21, n°1, pp. 5-11
- VIRALLY (M.), « Panorama du droit international contemporain : Cours général de droit international public », *RCADI*, 1983, pp. 9-382
- VIRALLY (M.), « Vers un droit international du développement », *AFDI*, 1965, vol. 11, pp. 3-12
- WÄLDE (Th. W) et KOLO (A), « Investor-state disputes : the interface between treaty-based international investment protection and fiscal sovereignty », *intertax*, 2007, pp. 424-449
- WEIGELT (K.), CAMERER (C.), « Reputation and corporate strategy : A review of recent theory and applications », *Strategic Management Journal*, 1988, n°9, pp. 443-454.
- YAO (K.E.), « OHADA. Uniformisation et droit pénal : esquisse d'un droit pénal des affaires dans l'espace OHADA. », *Revue internationale de droit comparé*, 2011, vol. 63, n°3, pp. 661-696
- YOUGBARE (R), « La nature de l'Acte additionnel dans le système juridique de l'UEMOA à la lumière de l'affaire YAI », *Revue de droit des pays africains*, vol. 118, pp. 340-362
- YOUGBARE (R), BATCHASSI (Y), « Les actes additionnels de l'UEMOA : Analyse juridique », *Cahiers de CEEL*, juin 1999, n°1, 33 p.

---

## ARTICLES DE REVUE NUMERIQUE

- ALBORNOZ (C.A.S.), « Les investisseurs étrangers peuvent-ils être tenus responsables des violations des droits humains ? Droit international des droits humains et au-delà », *Investment treaty news – IISD* [en ligne], septembre 2017, n° 3, vol. 8., pp. 10-11, [consulté le 27 avril 2018], <https://www.iisd.org/.../can-foreign-investors-be-held-liable-for-human-rights-violatio...>
- BERNASCONI-OSTERWALDER (N), « Repenser le règlement des différends en matière d'investissement », *Investment treaty news – IISD* [en ligne], mai 2015, n° 2, vol. 6., pp. 6-8, [consulté le 08 avril 2018], <https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/iisd-itn-may-2015-fr.pdf>
- CAILLEBA (P), « L'entreprise face au risque de réputation », *Responsabilité & Environnement* [en ligne], juillet 2009, n°55, pp. 9-15, [consulté le 30 août 2018], <http://www.anales.org/re/2009/re55/Cailleba.pdf>
- COURNIL (C), « Le lien droits de l'Homme et développement durable après RIO + 20 : influence, genèse et portée », *Droits fondamentaux* [en ligne], janvier 2011 - décembre 2012, n° 9, 30 p., [consulté le 19 avril 2018], [www.droits-fondamentaux.org](http://www.droits-fondamentaux.org)
- DIETRICH (B.M.), « Les Accords de coopération et de facilitation de l'investissement (ACFI) Brésil-Mozambique et Brésil-Angola : Aperçu et description », *Investment treaty news – IISD* [en ligne], mai 2015, n° 2, vol. 6., pp. 14-16, [consulté le 09 avril 2018], <https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/iisd-itn-aout-2015-francais.pdf>
- GAZZINI (T), « Le TBI 2016 Maroc-Nigéria : Une importante contribution à la réforme des traités d'investissement », *Investment treaty news – IISD* [en ligne], septembre 2017, n° 3, vol. 8., pp. 3-4, [consulté le 27 avril 2018], <https://www.iisd.org/sites/default/files/.../iisd-itn-septembre-2017-francais.pdf>
- HARRISON (J), « Measuring Human Rights: Reflections on the Practice of Human Rights Impact Assessment and Lessons for the Future », *Warwick School of Law Research* [en ligne], 10 novembre, 2010, n°26, 29 p., [consulté le 18 avril 2018], <https://ssrn.com/abstract=1706742> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1706742>
- HARRISON (J), « Human Rights Measurement: Reflections on the Current Practice and Future Potential of Human Rights Impact Assessment », *Journal of Human Rights Practice* [en ligne], 1 juin 2011, vol 3, n°2, pp. 162-167 [consulté le 19 avril 2018], <https://doi.org/10.1093/jhuman/hur011>
- HOWSE (R), « Le gel de la politique gouvernementale : les clauses de stabilisation dans les contrats d'investissement », *IISD* [en ligne], avril 2011, n°3, vol. 1, pp. 3-5, [consulté le 18 mars 2018], [https://www.iisd.org/itn/wp-content/uploads/2011/04/iisd\\_itn\\_april\\_2011\\_fr.pdf](https://www.iisd.org/itn/wp-content/uploads/2011/04/iisd_itn_april_2011_fr.pdf)
- IGWIKE (R.S.), HUSSAIN (M. E.) et NOMAN (A), « The Impact of Corruption on Economic Development: A Panel Data Analysis », *SSRN Electronic Journal* [en ligne], February 2012, [consulté le 25 avril 2018], <http://ssrn.com/abstract=2003061>
- JUILLARD (P), « Le nouveau modèle américain de traité bilatéral sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements », *Annuaire français de droit international*, [en ligne], vol. 50, 2004. pp. 669-682, [consulté le 13 septembre 2017], <http://www.persee.fr/doc/afdi>

- KALICKI (J. E.), « Les demandes reconventionnelles des États dans l'arbitrage relatif à l'investissement », *Investment treaty news – IIDD* [en ligne], janvier 2013, n°2, vol. 3, pp. 3-5 [consulté le 13 mars 2018], [https://www.iisd.org/pdf/2013/iisd\\_itn\\_january\\_2013\\_fr.pdf](https://www.iisd.org/pdf/2013/iisd_itn_january_2013_fr.pdf)
- KEMP (D), VANCLAY (F), « Human rights and impact assessment: clarifying the connections in practice », *Impact Assessment and Project Appraisal* [en ligne], 22 May 2013, vol. 31, n°2, pp. 86-96, [consulté le 18 avril 2018], <https://doi.org/10.1080/14615517.2013.782978>
- MANN (H) « Le modèle de TBI de la SADC : Vers une nouvelle génération de traités d'investissement », *Investment treaty news – IISD* [en ligne], octobre 2012, n°1, vol. 3., pp. 10-11, [consulté le 20 avril 2016], [https://www.iisd.org/pdf/2012/iisd\\_itn\\_october\\_2012\\_fr.pdf](https://www.iisd.org/pdf/2012/iisd_itn_october_2012_fr.pdf)
- MANSOUR (M) et ROTA-GRAZIOSI (G), « Coordination fiscale dans l'Union Économique et Monétaire Ouest Africaine » Tax Coordination in the West African Economic and Monetary Union, *Revue d'économie du développement* [en ligne], vol. 26, 2012/3, pp. 9-34, [consulté le 13 mars 2018], <https://www.imf.org>
- OUEDRAOGO (S.M), « Réflexion sur l'unification des règles visant l'élimination des doubles impositions dans l'espace UEMOA », *Afrilex* [en ligne], juin 2012, 2<sup>ème</sup> numéro spécial Finances publiques, [consulté le 13 mars 2018], [afrilex.u-bordeaux4.fr](http://afrilex.u-bordeaux4.fr)
- OCDE, « La norme du traitement juste et équitable dans le droit international des investissements », *éditions OCDE* [en ligne], septembre 2004, n°2004/2, [consulté le 16 août 2016], <http://dx.doi.org/10.1787/616018623408>
- OCDE, « L' "expropriation indirecte" et le "droit de réglementer" dans le droit international de l'investissement », *éditions OCDE* [en ligne], septembre 2004, n°2004/4, [consulté le 21 août 2017], <http://dx.doi.org/10.1787/871821182042>
- RATHA (D) et PLAZA (S), « Mettre à profit les diasporas : L'Afrique peut mettre à contribution ses millions d'émigrants », *Finances & Développement* [en ligne], septembre 2011, pp. 48-51 [consulté le 16 septembre 2017], <https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/fre/2011/09/pdf/ratha.pdf>
- SABANOULLARI (L), « Le bien-fondé et les limites des clauses d'exception générale dans la pratique actuelle des traités d'investissement », *Investment treaty news – IISD* [en ligne], mai 2015, n° 2, vol. 6., pp. 3-5, [consulté le 19 novembre 2015], <https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/iisd-itn-may-2015-fr.pdf>
- YACKEE (J), « Traités d'investissement et corruption par l'investisseur : Une défense émergente pour les États d'accueil ? », *Investment treaty news - IIDD* [en ligne], octobre 2012, n°1. vol. 3, pp. 3-4, [consulté le 26 août 2018], [http://www.iisd.org/pdf/2012/iisd\\_itn\\_october\\_2012\\_fr.pdf](http://www.iisd.org/pdf/2012/iisd_itn_october_2012_fr.pdf)
- ZHAN (J) et ROSERT (D), « Les experts réunis à la CNUCED façonnent les possibilités de réforme des AII », *Investment treaty news – IISD* [en ligne], mai 2015, n° 2, vol. 6., pp. 9-11, [consulté le 09 avril 2018], <https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/iisd-itn-may-2015-fr.pdf>

## V- ARTICLE OU PAGE D'UN SITE EN LIGNE, UN BLOGUE

- ADEFULU (A) et ODUJINRIN (A), « Nigeria : National Treatment & Nigeria's New Local Content Legislation », sur *Mondaq* [en ligne], publié le 9 juin 2010, [consulté le 30 avril 2017], [www.mondaq.com/Nigeria](http://www.mondaq.com/Nigeria)
- Association Internationale de Techniciens, Experts et Chercheurs, « L'intérêt public et les politiques sociales et environnementales en danger : Changeons la politique d'investissement de l'UE – C'est l'heure ! », sur *AITEC* [en ligne] publié en janvier 2011, [consulté le 30 avril 2017], [aitec.reseau-ipam.org/...](http://aitec.reseau-ipam.org/)
- Banque Mondiale, *Des niveaux record d'envois de fonds vers les pays à revenu faible et intermédiaire en 2017*, [en ligne], publié le 23 avril 2018 [consulté le 14 mai 2018], <http://www.banquemondiale.org/fr/news/press-release/2018/04/23/record-high-remittances-to-low-and-middle-income-countries-in-2017>
- Conseil Canadien pour la Coopération Internationale, « Traités bilatéraux d'investissement : Guide d'introduction canadien », sur *CCCI* [en ligne], publié en avril 2010, [consulté le 21 novembre 2015], [http://www.ccic.ca/what\\_we\\_do/trade\\_investment\\_f.php](http://www.ccic.ca/what_we_do/trade_investment_f.php)
- COSBEY (A), MANN (H) et CUNNINGHAM (M), « Les traités bilatéraux d'investissement, l'exploitation minière et les champions nationaux : en assurer le succès », sur *IIDD* [en ligne], publié en juin 2014, [consulté le 11 juillet 2015], [https://www.iisd.org/sites/.../bilateral\\_investment\\_treaties\\_mining\\_national\\_uneca-fr](https://www.iisd.org/sites/.../bilateral_investment_treaties_mining_national_uneca-fr)
- COTULA (L), « Traités d'investissement et développement durable : vue d'ensemble », sur *IIED* [en ligne], publié en mai 2014, [consulté le 18 novembre 2015], <http://pubs.iied.org/17238FIIED>
- COTULA (L), « Traités d'investissement et développement durable : protection des investissements », sur *IIED* [en ligne], publié en mai 2014, [consulté le 18 novembre 2015], <http://pubs.iied.org/17240FIIED>
- COTULA (L), « Traités d'investissement et développement durable : libéralisation des investissements », sur *IIED* [en ligne], publié en mai 2014, [consulté le 18 novembre 2015], <http://pubs.iied.org/17239FIIED>
- DE FAZIO (R. S.), « Les nouvelles frontières de la paix et de la sécurité internationale entre ONU et organisations régionales africaines », sur *S.F.D.I.* [en ligne], publié le 25 février 2014 [consulté le 06 avril 2018], [www.sfdi.org](http://www.sfdi.org)
- LUTHER (M. M) et COLLINSON (H), « Accords d'investissement internationaux : Guide de sensibilisation pour la société civile », sur *SEATINI* et *TRAIDCRAFT* [en ligne], publié en 2015, [consulté le 20 avril 2016], <https://shareslide.org>
- MADRUGA (J), « Droits de l'homme dans les politiques commerciales et d'investissement : les perspectives offertes par un traité de l'ONU sur les sociétés transnationales et autres entreprises », sur *CIDSE* [en ligne], publié en avril 2017, 4 p. [consulté le 4 août 2017]. <https://www.cidse.org>
- MANN (H), « The SADC Model BIT Template : Investment for Sustainable Development », sur *Investment Treaty News* [en ligne], publié le 30 octobre 2012, [consulté le 25 mai 2018] <http://www.iisd.org/itn/2012/10/30/the-sadc-model-bit-template-investment-for-sustainabledevelopment/>.

- NIKIEMA (S. H.), « L'expropriation indirecte », sur *IIDD* [en ligne], publié en mars 2012, [consulté le 20 février 2018], [www.iisd.org/pdf/2012/best\\_practice\\_indirect\\_expropriation\\_fr.pdf](http://www.iisd.org/pdf/2012/best_practice_indirect_expropriation_fr.pdf)
- NIKIEMA (S. H.), « Indemnisation de l'expropriation », sur *IIDD* [en ligne], publié en mars 2013, [consulté le 17 mars 2018], [https://www.iisd.org/sites/default/.../best\\_practice\\_compensation\\_expropriation\\_fr.pdf](https://www.iisd.org/sites/default/.../best_practice_compensation_expropriation_fr.pdf)
- NIKIEMA (S. H.), « Les prescriptions de résultat dans les traités d'investissements », sur *IIDD* [en ligne], publié en décembre 2014, [consulté le 20 avril 2016], [www.iisd.org/sites/.../best-practices-performance-requirements-investment-treaties-fr](http://www.iisd.org/sites/.../best-practices-performance-requirements-investment-treaties-fr)
- ONU, *Peuples autochtones en Afrique*, Douzième session de l'Instance permanente des Nations Unies sur les questions autochtones [en ligne], publié le 23 mai 2013, [consulté le 01 août 2017]. <https://www.un.org/.../sessions-de-linstance-permanente-questions-autochtones-2.html>
- OUMBA (P), « Le "développement durable" saisi par le droit international », publié le 24 mai 2016, [en ligne], [consulté le 30 juillet 2018], <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01319687>
- PERETZ (P), « Diasporas : en dehors de l'État, mais au sein de la nation », sur *La Vie des idées* [en ligne], publié le 6 mars 2008 [consulté le 11 mai 2018], <http://www.laviedesidees.fr/Diasporas-en-dehors-de-l-Etat-mais.html>
- RATHA (D) et PLAZA (S), « Mettre à profit les diasporas : L'Afrique peut mettre à contribution ses millions d'émigrants », sur *Finances & Développement* [en ligne], septembre 2011, [consulté le 16 septembre 2017], <https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/fre/2011/09/pdf/ratha.pdf>
- SEATINI et DIAKONIA, « Assessment study of the draft EAC Framework and Investment Model Treaty : Key provisions and proposals for pro-development investment policies and agreement », sur *SEATINI* [en ligne], publié en juin 2015, [consulté le 3 novembre 2016], [www.seatiniuganda.org](http://www.seatiniuganda.org)
- UA, *Stratégie Africaine sur les Changements Climatique* [en ligne], publié en mai 2014, [consulté le 18 septembre 2017], [www.un.org/fr/africa/osaa/pdf/au/cap\\_draft\\_aclimatestrategy\\_2015f.pdf](http://www.un.org/fr/africa/osaa/pdf/au/cap_draft_aclimatestrategy_2015f.pdf)
- UE, « Vers un nouveau moyen de régler les différends entre États et investisseurs », [en ligne], publié en mai 2015, [consulté le 18 septembre 2015], <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR>
- UE, « Protection des investissements et règlement des différends entre investisseurs et États dans les accords de l'UE », Fiche d'information de la Commission européenne [en ligne], publié en novembre 2013, [consulté le 18 septembre 2015], [trade.ec.europa.eu/doclib/html/152016.htm](http://trade.ec.europa.eu/doclib/html/152016.htm)

## VI- THESES

- ALVES (C-M), *La protection intégrée de l'environnement en droit communautaire*, [GRARD (L) (dir.)], thèse de doctorat, droit, Université Montesquieu-Bordeaux 4, 2002, 903 p.
- Aoustin (T), *L'évaluation environnementale des plans et programmes : vers l'ouverture d'un cadre stratégique au pilier procédural du droit de l'environnement*, [MONEDIAIRE (G) (dir.)], thèse de doctorat, droit public, Université de Limoges, 2015, 1213 p.
- BARTENSTEIN (K), *L'antagonisme « commerce et environnement » ou le principe de développement durable comme fil conducteur pour la réconciliation des intérêts commerciaux et environnementaux sous l'article XX du GATT*, Thèse, Faculté de droit, Université Laval, Québec, 2007, 512 p.
- BRIGHT (C), *L'accès à la justice civile en cas de violations des droits de l'homme par des entreprises multinationales* [en ligne], [MOREAU (M-A) (dir)] thèse de doctorat, droit, European University Institute, Florence, 2013, 268 p., [consulté le 13 janvier 2018], [cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/29602/2013\\_Bright.pdf](http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/29602/2013_Bright.pdf)
- DIAGANA (Y), *Le droit international du développement durable et le continent africain : mesure du degré de transposition des règles internationales de développement économique et de protection de l'environnement en Afrique de l'Ouest*, [MABA (A) et BLANC (F-P), (dir.)], thèse de doctorat, droit, Université de Perpignan, 2007, 531 p.
- FITZGERALD (P), *Les dispositifs juridiques internationaux de lutte contre la corruption des agents publics étrangers*, [GOUNELLE (M) (Dir.)], thèse de doctorat, droit public, Université du Sud Toulon-Var, 2011, 456 p.
- OUASSINI SAHLI (M), *La responsabilité de la société mère du fait de ses filiales* [en ligne], [GASTAUD J-P (dir.)], thèse de doctorat, droit, Université Paris Dauphine - Paris IX, 2014, 428 p., [consulté le 16 décembre 2017], [https://tel.archives-ouvertes.fr/tel.../file/pdf2star-1420468594-Ouassini\\_these\\_finale.pdf](https://tel.archives-ouvertes.fr/tel.../file/pdf2star-1420468594-Ouassini_these_finale.pdf)
- OURO-GNAOU (O-B), *Les États et la protection internationale de l'environnement: la question du changement climatique*, [FALL (A. B) et de KPODAR (A) (dir.)], thèse de doctorat, droit, Universités de Bordeaux et Université de LOMÉ, 2014, 648 p.
- PORTAS (L), *Les pratiques corruptrices dans les échanges économiques internationaux : Étude comparative France-Vietnam*, [MASCALA (C) (dir.)], thèse de doctorat, droit, Université Toulouse 1 Capitole, 2015, 581 p.



## VII- RAPPORTS, COLLOQUES, SEMINAIRES

- AYONG LE KAMA (A), *Horizon 2020 : l'État face aux enjeux du développement durable*, Paris, Rapport, Commissariat général du Plan, 2005, 205 p.
- BAfD, OCDE, PNUD, *Perspectives économiques en Afrique 2017 : Entrepreneuriat et industrialisation*, Paris, éditions OCDE, 2017, 341 p.
- BAfD, *Le développement du secteur privé comme moteur du développement économique en Afrique*, Rapport sur le développement en Afrique, Tunis, 2011, 197 p.
- BAfD/OCDE, *Flux financiers illicites, l'économie du commerce illicite en Afrique de l'ouest*, 2018, 8 p.
- Banque mondiale, *Doing Business 2017 : Egalité des chances pour tous*, Washington DC, 2017, 50 p.
- BEN HAMIDA (W), *La prise en compte de l'intérêt général et des impératifs de développement dans le droit des investissements*, Genève, CNUCED, Réunion d'experts sur les incidences sur le développement de l'élaboration de règles régissant l'investissement international, 28-29 juin 2007, 21 p.
- BIT, *Les entreprises multinationales et le travail décent : rapport sur la promotion et l'application de la Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale en Afrique, Unité des entreprises multinationales et de l'engagement auprès des entreprises*, Genève, 2015, 71 p.
- CEA, *Politiques d'investissement et accords bilatéraux d'investissement en Afrique : Implications pour l'intégration régionale*, Addis-Abeba (Éthiopie), 2016, 107 p.
- CEA, UA, BAfD et PNUD, *Rapport sur le développement durable en Afrique : Suivi des progrès accomplis dans la mise en œuvre de l'Agenda 2063 et des objectifs de développement durable*, Addis-Abeba (Éthiopie), 2017, 15 p.
- CEA, doc. E/ECA/CRCI/9/5, *Situation relative aux accords d'investissement en Afrique*, Rapport de la 9<sup>ème</sup> session du Comité de la coopération et de l'intégration régionale, Addis Abeba, 7-9 décembre, 2015, 16 p.
- CMED, *Notre avenir à tous*, éd. du Fleuve, Montréal, 1987, 432 p.
- CNUCED, *World Investment Report : Investment and new industrial policies*, New York et Genève, 2018, 193 p.
- CNUCED, *Rapport sur le commerce et le développement 2017, au-delà de l'austérité – vers une nouvelle donne mondiale*, New York et Genève, 2017, 33 p.
- CNUCED, *Rapport 2017 sur le développement économique en Afrique : Le tourisme au service d'une croissance transformatrice et inclusive*, New York et Genève, 2017, 191 p.
- CNUCED, *Rapport sur l'investissement dans le monde 2017, l'investissement et l'économie numérique : Repères et vue d'ensemble*, New York et Genève, 2017, 46 p.
- CNUCED, *Global investment trends monitors*, New York et Genève, 2016, 33 p.
- CNUCED, *World Investment Report : Investing in the Sustainable Development Goals - An Action Plan*, New York et Genève, 2014, 228 p.
- CNUCED, *World investment Report : towards a new generation of investment policies*, 2012, 204 p.

- Commission de l'UA, *Agenda 2063 : l'Afrique que nous voulons*, Addis Abeba (Éthiopie), 2015, 24 p.
- Commission de l'UA, doc. SP15831, *Agenda 2063 : L'Afrique que nous voulons. Cadre stratégique commun pour une croissance inclusive et un développement durable : Premier plan décennal de mise en œuvre 2014-2023*, Addis Abeba (Éthiopie), septembre 2015, 199 p.
- Commission des droits de l'homme, *Rapport de la Haut-commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme sur la responsabilité en matière de droits de l'homme des sociétés transnationales et autres entreprises*, E/CN.4/2005/91, 15 février 2005
- Commission des droits de l'homme, *Rapport intérimaire du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises*, E/CN.4/2006/97, 22 février 2006
- Conseil de l'Europe, *Participation démocratique des diasporas de migrants*, Strasbourg, *Rapport de la Commission des migrations, des réfugiés et des personnes déplacées*, 2014, 20 p.
- DE FAZIO (R. S.), « Les nouvelles frontières de la paix et de la sécurité internationale entre ONU et organisations régionales africaines », in *Développement et maintien de la paix et de la sécurité*, SFDI - Colloque de Lyon, [en ligne], publié le 25 février 2014 [consulté le 06 avril 2018], 13 p.
- ONU, doc A/RES/69/313, *Programme d'action d'Addis-Abeba issu de la troisième Conférence internationale sur le financement du développement (Programme d'action d'Addis-Abeba)*, Résolution adoptée par l'Assemblée générale le 27 juillet 2015, 43 p.
- ONU, *Rapport du Comité intergouvernemental d'experts sur le financement du développement durable*, New York, 2015, 56 p
- ONU, *Objectifs du Millénaire pour le développement*, Rapport 2015, New York, 72 p.
- ONU, doc. A/CONF.216/L.1., *L'avenir que nous voulons*, Rio de Janeiro, Rio+20, Conférence des Nations Unies sur le développement durable, Brésil, 20-22 juin 2012. Document approuvé par consensus par l'Assemblée Générale des Nations Unies dans la résolution A/RES/66/288 du 27 juillet 2012
- ONU, doc /A/Conf.151/6/Rev.1, *Agenda 21 de Rio (1992) sur l'environnement ; Agenda 21 : Program of Action for Sustainable Development*, Report of the UNCED, vol. U.N. GAOR, 46<sup>th</sup> Sess., Agenda Item, (1992).
- ONU, A/CONF.212/L.1/Rev.1\*\*, *Déclaration de Doha sur le financement du développement : document final de la Conférence internationale de suivi sur le financement du développement, chargée d'examiner la mise en œuvre du Consensus de Monterrey*, 14 janvier 2009
- ONU, doc., A/CONF.199/20, *Rapport du Sommet mondial pour le développement durable*, Johannesburg, 26 août - 4 septembre 2002
- ONU, doc A/CONF.198/11, *Rapport de la Conférence internationale sur le financement du développement*, Monterrey (Mexique), 18 - 22 mars 2002
- ONU, doc. A/CONF.166/9, *Rapport du Sommet mondial pour le développement social : Déclaration de Copenhague sur le développement social et programme d'action du Sommet mondial pour le développement social*, Copenhague, 6-12 mars 1995

- ONU, doc. A/CONF.151/26/Rev.1 (vol. I), *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement*, Rio de Janeiro, 3-14 juin 1992.
- ONU, *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa trente-deuxième session*, Ann. CDI, 1980, vol. II, deuxième partie, pp. 29 ss.
- ONU, doc. A/CONF.14/48/Rev.1, *Rapport de la Conférence des Nations unies sur l'environnement humain*, Stockholm, 5-16 juin 1972.
- ONU, « Rapport final du groupe d'étude sur la clause de la nation la plus favorisée », *Annuaire de la Commission de droit international*, 2015, vol. II, 2<sup>ème</sup> partie.
- JARROSSON (C), « Convention d'arbitrage et groupes de sociétés », in *Groupe de sociétés : contrats et responsabilités* (actes de la journée d'études du 19 novembre 1993 organisée par le Laboratoire d'études et de recherches appliquées en droit privé (LERADP) de l'Université de Lille II et École des Hautes Études commerciales du Nord (EDHEC)), L.G.D.J., 1994.
- MANN (H) et VON MOLTKE (K), *Protecting Investor Rights and the Public Good: Assessing NAFTA's Chapter 11*, document de travail pour les ateliers trinationaux de l'IISD sur les politiques Mexico (13 mars), Ottawa (18 mars), Washington (11 avril 2002), IIDD, Winnepeg, 25 p.
- Rapport initiative africaine pour les énergies renouvelables mise en place à la COP 21 [en ligne], publié en novembre 2016 [consulté le 15 mai 2018], [https://www.ecologique-solidaire.gouv.fr/.../16184-2-FR\\_rapport-afrique\\_44p\\_A4\\_D](https://www.ecologique-solidaire.gouv.fr/.../16184-2-FR_rapport-afrique_44p_A4_D)
- Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'Homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, « Entreprises et droits de l'homme : étude relative à l'étendue et aux types de violations présumées des droits de l'homme mettant en cause des entreprises », A/HRC/8/5/Add.2, 23 mai 2008
- Rapport de la Haut-commissaire des Nations Unies aux droits de l'Homme sur la responsabilité en matière de droits de l'homme des sociétés transnationales et autres entreprises, E/CN.4/2005/91, 15 février 2005
- SALDER (B), *L'évaluation environnementale dans un monde en évolution : Évaluer la pratique pour améliorer le rendement*, Rapport final de l'étude internationale sur l'efficacité de l'évaluation environnementale, Agence canadienne d'évaluation environnementale, 1996, 22 p.
- THOUVENIN (J-M), « Le 'mode d'emploi' des déclarations interprétatives », in FORTEAU (M), UBEDA-SAILLARD (M) (dir.), *Actualité des réserves aux traités*, SFDI, Pedone, 2014, pp. 65-74
- UA/CEA, *Flux financiers illicites*, Rapport du Groupe de haut niveau sur les flux financiers illicites en provenance d'Afrique, Addis-Abeba, 2013, 124 p.
- UA (2005), *Report of the meeting of experts from member states on the definition of the african diaspora*, [en ligne], [consulté le 25 octobre 2017], <http://www.dirco.gov.za/diaspora/fr/definition.html>
- VAN LOHUIZEN (K), *Pétrole, pollution et pauvreté dans le delta du Niger : un environnement sain, c'est un droit humain* [en ligne], Rapport Amnesty International, juin 2009, [Consulté le 28 avril 2018]. <https://www.amnesty.org/download/Documents/AFR440182009FRENCH.PDF>

## VIII- AUTRES DOCUMENTS

- AGUNIAS (D.R.), NEWLAND (K), *Comment associer les diasporas au développement : Manuel à l'usage des décideurs et praticiens dans les pays d'origine et d'accueil*, Genève et Washington, Organisation Internationale pour les Migrations (OIM) – Migration Policy Institute (MPI), 2012, 272 p.
- BAFD/OCDE, *Flux financiers illicites, l'économie du commerce illicite en Afrique de l'ouest*, 2018, 8 p.
- BRODEUR (C), *Introducing... Human Rights Impact Assessments*, Montreal, International Centre for Human Rights and Democratic Development (Rights & Democracy), 2011, 6 p.
- CEA, *État de l'intégration régionale en Afrique V : Vers une zone de libre-échange continentale africaine*, rapport UNECA [en ligne], publié en juin 2012, [consulté le 21 janvier 2016], [https://www.uneca.org/sites/default/files/PublicationFiles/aria5\\_french.pdf](https://www.uneca.org/sites/default/files/PublicationFiles/aria5_french.pdf)
- CEDEAO, *La politique environnementale de la CEDEAO*, Commission de la CEDEAO, Abuja, Nigeria, 2008, 40 p.
- CEDEAO, *L'approche commune de la CEDEAO sur la migration*, 33<sup>ème</sup> Session ordinaire de la Conférence des Chefs d'État et de Gouvernement, Ouagadougou, Commission de la CEDEAO, Abuja, Nigeria, 2008, 11 p.
- CEREEC, « La CEDEAO s'engage à soutenir l'initiative énergie durable pour tous en Afrique de l'ouest », mars 2013, n°6, 14 p.
- D'ALMEIDA (K), *Cadre institutionnel législatif et réglementaire de l'évaluation environnementale dans les pays francophones d'Afrique et de l'Océan Indien : Les indicateurs de fonctionnalité, les écarts fondamentaux et les besoins prioritaires. Essai de typologie*, Québec, IÉPF & Secrétariat francophone de l'AIEI/IAIA, Collection Évaluations Environnementales 2001, vol. 1, 103 p.
- DE SCHUTTER (O), *Guiding principles on human rights impact assessments of trade and investment agreements*, Human Rights Council (HRC), nineteenth session, A/HRC/19/59/Add.5, 19 december 2011, 15 p.
- DEVILLARD (A), BACCHI (A) et NOACK (M), *Enquête sur les politiques migratoires en Afrique de l'Ouest*, Vienne et Dakar, International Centre for Migration Policy Development (ICMPD) et l'Organisation internationale pour les migrations (OIM - Bureau régional pour l'Afrique de l'Ouest et du Centre), 2015, 346 p.
- Environmental Law Alliance Worldwide (ELAW), *Guide pour l'évaluation des EIE de projets miniers*, Eugene, juillet 2010, 118 p.
- Fonds pour l'Environnement Mondial, *Transfert de technologies écologiquement rationnelles*, Washington DC, FEM, 2012, 44 p.
- FIDH, *Entreprises et violations des droits de l'homme, un guide pratique sur les recours existants à l'intention des victimes et des ONG*, Paris, 2012, 597 p.
- FIDH, *Droits de l'Homme et entreprises : Pour la cohérence et le respect des droits de l'Homme*, Note de position à l'attention du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'Homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, Paris, 2009, 16 p.

- HCDH, *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme, mise en œuvre du cadre de référence « protéger, respecter et réparer » des Nations Unies*, New York et Genève, 2011, 41 p.
- HCDH, *Droits de l'Homme : guide à l'usage des parlementaires*, Genève, 2005, 189 p.
- IFC-World Bank Group, *Système de gestion environnementale et sociale : Manuel d'application - général*, Washington DC, novembre 2015, 64 p.
- MANBY (B), *La nationalité, la migration et l'apatridie en Afrique de l'Ouest*, une étude pour le compte du HCR et de l'OIM, juin 2015, 128 p.
- OCDE, *Principes de gouvernance d'entreprise du G20 et de l'OCDE*, Paris, 2015, 72 p.
- OECD, *Outil de sensibilisation au risque de l'OCDE destiné aux entreprises multinationales opérant dans les zones à déficit de gouvernance*, Paris, 2006, 49 p.
- OCDE, *Principes de gouvernement d'entreprise de l'OCDE*, Paris, 2004, 74 p.
- OCDE, *Trade, Employment and Labour Standards : A Study of Core Worker's Rights and International Trade*, OECD, Paris, 1996, 248 p.
- OCDE, *Gouvernement d'entreprise et crise financière : conclusions principales et messages clés*, Paris, 2009, 57 p.
- ONU, *Guide de la pratique sur les réserves aux traités*, New York, 2011, 32 p.
- Sciences Po, École de Droit, *Entreprises et droits de l'Homme, Réflexion sur la responsabilité juridique des multinationales* [en ligne], Étude réalisée par la Clinique de l'École de Droit de Sciences Po en partenariat avec Amnesty International France, CCFD-Terre Solidaire, Collectif Éthique sur l'Étiquette et Sherpa, publié en novembre 2013, 38 p. [consulté le 27 décembre 2017]. <http://www.sciencespo.fr/ecole-de-droit/fr/content/entreprises-et-droits-de-lhomme-reflexion-sur-la-responsabilite-juridique-des-multinationale>
- Transparency International, *Les conventions contre la corruption en Afrique : que peut faire la société civile pour qu'elles fonctionnent ? Guide de plaidoyer pour la société civile*, Berlin, 2006, 127 p.
- UICN, PNUE, WWF, *Stratégie mondiale de la conservation : La conservation des ressources vivantes au service du développement durable*, Gland (Suisse), 1980, 64 p.
- VILAR (E.D.), *Les énergies renouvelables dans la CEDEAO : statuts, expériences et tendances*, Praia, Centre pour les énergies renouvelables et l'efficacité énergétique de la CEDEAO (CEREEC), Département des énergies renouvelables, Institut Technologique des Canaries (ITC), CASA ÁFRICA, 2012, 370 p.
- WOLFF (V), OPOKU-OWUSU (S), *L'engagement de la diaspora dans le domaine de l'investissement et de l'entrepreneuriat : Principales stratégies et pratiques notables dans la région du Processus de Rabat*, Centre International pour le Développement des Politiques Migratoires (CIDPM) & African Foundation for Development (AFFORD), Bamako, octobre 2016, 29 p.
- World Bank, *Diaspora for development in Africa*, PLAZA, (S), RATHA (D) editors, Washington D.C, 2011, 328 p.
- YONKEU (S), *Système de gestion environnemental*, In 15<sup>ème</sup> École d'été en évaluation environnementale : Évaluation de la durabilité du développement urbain et industriel : outils d'analyse de l'empreinte écologique et des impacts sociaux et sanitaires, Douala, OIF, IEPF et SIFEE, 5-10 septembre 2011, 38 p.

## **IX- JURISPRUDENCE**

### **Décisions impliquant des États africains**

#### CEDEAO

- Cour CEDEAO, arrêt n° ECW/CCJ/JUD/06/08, Affaire *Dame Koraou c/ République du Niger*, 27 octobre 2008
- Cour CEDEAO, arrêt n° ECW/CCJ/JUG/04/09, Affaire *Amouzou Henri et autres c/ République de Côte d'Ivoire*, 17 décembre 2009
- Cour CEDEAO, arrêt n° ECW/CCJ/APP/07/10, Affaire *Socio-Economic Rights and Accountability PROJECT (SERAP) c/ État du Nigéria et autres*, 30 novembre 2010
- Cour CEDEAO, arrêt n° 01/04/04, Affaire *Afolabi Olajidé vs Federal Republic of Nigeria*, 27 avril 2004

#### SADC

- *Mike Campbell (Pvt) Ltd. v. Zimbabwe*, n° 2/2007 [2008] SADC (T) 2, 28 novembre 2008

#### CIRDI et CNUDCI

- *Atlantic Triton Co., Ltd. v. Guinée*, CIRDI, Aff. n° ARB/84/1, sentence du 21 avril 1986
- *Biloune and Marine Drive Complex Ltd v. Ghana Investments Centre and the Government of Ghana*, CNUDCI, sentences du 27 octobre 1989 et du 30 juin 1990
- *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, CIRDI Aff. n° ARB/05/22, décision finale du 24 juillet 2008.
- *Gustav F.W. Hamester GmbH & Co. v. Ghana*, CIRDI Aff. n° ARB/07/24, sentence du 18 juin 2010
- *MINE v. Guinée*, CIRDI, Aff. n° ARB/84/4, sentence du 6 janvier 1988.
- *Piero Foresti, Laura de Carli & Others v. The Republic of South Africa*, CIRDI, Aff. n° ARB(AF)/07/01, sentence du 4 août 2010
- *Standard Chartered Bank c. La République-Unie de Tanzanie*, CIRDI, Aff. n° ARB /10/12, sentence du 2 novembre 2012
- *Wena Hotels contre l'Égypte*, CIRDI, Aff. n° ARB /98/4, sentence du 8 décembre 2000
- *World Duty Free Co. Ltd. v. la République du Kenya*, CIRDI, Aff. n° ARB/00/7, sentence du 4 octobre 2006

### **Décisions impliquant des États tiers (hors Afrique)**

#### CIRDI

- *ADF Group Inc. contre les États-Unis d'Amérique*, CIRDI, Aff. ARB(AF)/00/1, sentence du 9 janvier 2003
- *CMS Gas transmission company c. Argentine*, CIRDI, Aff. n° ARB/01/8, sentence du 12 mai 2005
- *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. c. Costa Rica*, CIRDI, Aff. n° ARB/96/1, sentence du 17 février 2000

- *Enron Corporation Ponderosa Assets L.P. c. la République d'Argentine*, CIRDI, Aff. n°ARB/01/03, sentence du 22 mai 2007
- *Impregilo S.p.A. c. République d'Argentine*, CIRDI, Aff. n°ARB/07/17, opinion concordante et dissidente du Professeur Brigitte Stern, 21 juin 2011
- *LG&E Energy Corp. et al. c. Argentine*, décision sur la responsabilité, CIRDI, Aff. n°ARB/02/1, 3 octobre 2006
- *Maffezini c. Espagne*, CIRDI, Aff. n°ARB/97/7, sentence sur la compétence du 25 janvier 2000, ICSID Reports vol. 5
- *Marvin Roy Feldman Karpa c. Mexique*, Aff. ARB/99/1, sentence du 16 décembre 2002
- *Metalclad Corporation c. United Mexican States*, CIRDI, Aff. n° ARB/AF/97/1, décision du 30 août 2000
- *Occidental Exploration and Production Co. c. Équateur*, sentence finale du 1<sup>er</sup> juillet 2004
- *Pakerings-Companiet AS c. République de Lituanie*, CIRDI, Aff. n°ARB/05/08, sentence du 11 septembre 2007
- *S.D. Myers c. Canada*, sentence partielle du 13 novembre 2000, ICSID Reports vol. 8, p. 18
- *Siemens A.G. c. Argentine*, CIRDI, Aff. n°ARB/02/8, décision du 3 août 2004
- *Siemens A.G. c. Argentine*, CIRDI Aff. n°ARB/02/8, décision du 6 février 2007
- *Tecmed c. Mexique*, CIRDI, Aff. ARB/00/2, sentence du 29 mai 2003

#### CNUDCI

- *AWG Group Ltd. c. La République d'Argentine*, décision sur la compétence du 3 août 2006
- *Methanex v. United States of America*, sentence finale du 3 août 2005.
- *Pope & Talbot Inc. c. le Gouvernement du Canada*, sentence intérimaire du 10 avril 2001
- *Saluka Investments BV c. République tchèque*, CNUDCI, sentence partielle du 17 mars 2006

#### CIJ

- *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, CIJ, arrêt du 27 juin 1986
- *Argentine c/ Uruguay*, CIJ, Affaire relative à des usines de pâte de papier le long du fleuve Uruguay, 20 avril 2010, *RJE*, n° 4-2010, p. 605 et s.,
- *Plateformes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, CIJ, arrêt du 6 novembre 2003

#### Autres instances

- *Association canadienne contre l'impunité (ACCI) c Anvil Mining Ltd*, Cour Supérieure du Québec, QCCS 1966, 27 April 2011
- *Akzo Nobel NV et autres contre Commission des Communautés européennes*, CJCE, Arrêt n° C-97/08, 10 septembre 2009
- *Saramaka People v. Suriname*, Cour interaméricaine des droits de l'Homme, sentence du 28 novembre 2007
- *Neer c. Mexico*, Recueil des sentences arbitrales des Nations Unies, 15 octobre 1926

## X- Dictionnaires

- ALLAND (D), RIALS (S), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy PUF, 2003, 1649 p.
- CABRILLAC (R), *Dictionnaire du vocabulaire juridique 2018*, 9<sup>ème</sup> éd., Paris, LexisNexis, 2017, 530 p.
- CORNU (G), *Vocabulaire juridique*, 11<sup>ème</sup> éd, Paris, PUF, 2015, 1101 p.
- GUINCHARD (S), MONTAGNIER (G), *Lexique des termes juridiques*, 16<sup>ème</sup> éd, Lyon et Paris, Dalloz, 2007, 699 p.

## XI- REFERENCES ELECTRONIQUES

- Banque Mondiale, *La diaspora africaine* [en ligne], [consulté le 11 mai 2018], [worldbank.org](http://worldbank.org)
- Banque Mondiale, *Des niveaux record d'envois de fonds vers les pays à revenu faible et intermédiaire en 2017*, [en ligne], publié le 23 avril 2018 [consulté le 14 mai 2018]. <https://www.banquemondiale.org/.../record-high-remittances-to-low-and-middle-inco...>
- Business & Human Right Resource Centre : <https://www.business-humanrights.org/.../pdf-association-canadienne-contre-limpunité>
- CEREEC, *La structure organisationnelle* [en ligne], [consulté le 15 mai 2018], <http://www.ecreee.org/fr/page/la-structure-organisationnelle>
- Commission du libre-échange de l'ALENA, *Notes d'interprétation de certaines dispositions du chapitre 11*, 31 juillet 2001 [en ligne] [consulté le 18 septembre 2015] [www.international.gc.ca/trade-agreements-accords.../topics.../NAFTA-Interpr.asp](http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords.../topics.../NAFTA-Interpr.asp)
- Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, *À propos de la CNUDCI* [en ligne], [consulté le 07 septembre 2018] <http://www.uncitral.org/uncitral/fr/index.html>
- CIF-OIT, *Activité de formation des organismes de promotion de l'investissement pour une facilitation efficace de l'investissement axé sur le développement durable* [en ligne], [consulté le 17 mai 2018], <https://www.itcilo.org/.../activite-de-formation-des-organismes-de-promotion-de-linvest>
- CEA, *Forum régional africain pour le développement durable*, Le Caire, NU, 17-19 mai 2016, p. 1 et 9, [en ligne] [consulté le 11 juillet 2017], <https://www.uneca.org/fr/arfsd2016>
- ONU, United Nations Division for Sustainable Development, *United Nations Conference on Environment & Development Rio de Janeiro, Brazil, 3 to 14 June 1992, AGENDA 21* [en ligne], [consulté le 18 septembre 2017], <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/Agenda21.pdf>
- IFC-World Bank, *IFC Performance Standards on Environmental and Social Sustainability* [en ligne], January 2012 [consulté le 01 juin 2017], <https://www.ifc.org>
- IHRDA, *Le Tribunal du Southern African Development Community (SADC)* [en ligne], [consulté le 04 septembre 2016], <http://www.ihrda.org/fr/le-tribunal-du-southern-african-development-community-sadc/>



- OIT, *A propos de la CIT* [en ligne], [consulté le 24 avril 2018], [www.ilo.org/ilc/AbouttheILC/lang--fr/index.htm](http://www.ilo.org/ilc/AbouttheILC/lang--fr/index.htm)
- OIT, *A propos de l'OIT* [en ligne], [consulté le 24 avril 2018], <http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/lang--fr/index.htm>
- OIT, *Normes du travail en Afrique* [en ligne], [consulté le 24 avril 2018], <http://www.ilo.org/addisababa/areas-of-work/labour-standards/lang--fr/index.htm>
- ONU, *Droits des populations autochtones*, [en ligne], [consulté le 01 août 17], <http://www.un.org/fr/rights/overview/themes/indigenous.shtml>
- ONU, *Paix, justice et institutions efficaces : pourquoi sont-elles importantes ?* [en ligne], [consulté le 30 juillet 2017], [www.undp.org/content/undp/fr/.../goal-16-peace-justice-and-strong-institutions.html](http://www.undp.org/content/undp/fr/.../goal-16-peace-justice-and-strong-institutions.html)
- ONU, *Éliminer la pauvreté, c'est possible : Objectifs du millénaire pour le développement et l'après 2015* [en ligne], [consulté le 30 juillet 2017], <http://www.un.org/fr/millenniumgoals/>
- ONU, *Égalité : pourquoi est-elle importante ?* [en ligne], [consulté le 30 juillet 2017]. [https://www.un.org/.../fr/wp-content/.../sites/.../Why\\_it\\_matters\\_Goal\\_10\\_French.pdf](https://www.un.org/.../fr/wp-content/.../sites/.../Why_it_matters_Goal_10_French.pdf)
- ONU, *Objectifs de développement durable* [en ligne], [consulté le 30 août 2018] <https://www.un.org/sustainabledevelopment/fr>
- ONU, *Peuples autochtones, Voix autochtones : Déclaration sur les droits des peuples autochtones*, [en ligne], [consulté le 15 juillet 2017] [https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/faq\\_driips\\_fr.pdf](https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/faq_driips_fr.pdf)
- United Nations Division for Sustainable Development, *United Nations Conference on Environment & Development Rio de Janeiro, Brazil, 3 to 14 June 1992, AGENDA 21* [en ligne], [consulté le 18 septembre 2017]. <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/Agenda21.pdf>
- Organisation internationale de normalisation (ISO), *Une introduction à la norme ISO 14001* [en ligne], Genève, 2015, p. 1, [consulté le 22 avril 2018]. [https://www.iso.org/iso/fr/introduction\\_to\\_iso\\_14001\\_fr\\_ld.pdf](https://www.iso.org/iso/fr/introduction_to_iso_14001_fr_ld.pdf)
- SERAP, [en ligne], [consulté le 10 mai 2018], <http://serap-nigeria.org/>
- UA (2005), *Report of the meeting of experts from member states on the definition of the african diaspora*, [en ligne], [consulté le 25 octobre 2017], [https://au.int/.../30969-doc-report\\_of\\_the\\_technical\\_experts\\_meeting](https://au.int/.../30969-doc-report_of_the_technical_experts_meeting)
- UA (2012), *Sommet mondial de la diaspora africaine*, [en ligne], [consulté le 6 novembre 2017], [http://www.au.int/en/sites/default/files/Article%20for%20publication%20on%20Global%20Diaspora%20Summit%202017.05.12\\_1.pdf](http://www.au.int/en/sites/default/files/Article%20for%20publication%20on%20Global%20Diaspora%20Summit%202017.05.12_1.pdf) ; <http://www.dirco.gov.za/diaspora/fr/definition.html>.
- World Association of Investment Promotion Agencies (WAIPA), [en ligne], [consulté le 18 mai 2018], <https://www.waipa.org/>

---

---

## **INDEX**

---

---



---

**Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphe.**

**A**

Accord sur l'investissement ..... 79, 119, 339  
Acte additionnel sur l'investissement 36, 49, 81-82, 88, 91, 94, 97, 99, 101, 103, 111, 131, 152, 155, 163, 179, 187, 207, 215, 234, 238, 242, 261, 265, 273, 276, 306, 313, 321, 335, 340, 345, 355-356, 361, 367, 373, 377-378, 383, 394, 407, 420-421, 432, 434, 437, 439  
Afrique 23-25, 29, 31, 34, 37-38, 43, 51, 156, 192, 199, 211, 302, 364, 396, 399, 401, 435, 451

---

**C**

CEDEAO 23, 30, 33-36, 43, 45-46, 48-49, 51, 56-58, 64, 75-76, 78-79, 81-83, 88, 90-91, 94-95, 97-99, 101, 103, 105, 107, 111, 114-116, 118, 122, 125-126, 131, 133, 148-149, 152, 155, 163, 170-172, 177, 179, 181, 183, 185, 187, 198, 200, 203, 207, 215-218, 223-224, 226, 228, 231, 234-235, 238, 242, 252-254, 256-258, 260-261, 273-276, 279, 287, 290-291, 296, 300, 302-303, 306, 311, 313, 318, 321, 323-324, 326-327, 331, 334-335, 337, 340, 345, 347, 350-353, 355-357, 359, 361-364, 366, 370-373, 376-377, 381, 383, 385-390, 393-394, 396, 398, 404, 407, 410, 415, 420-421, 423, 425-427, 430, 432, 434, 437-439, 443, 446-448  
Communautaire ..... 30, 238, 331, 363, 371, 392, 398  
Communauté économique africaine ..... 437  
Corruption 210, 300, 306-307, 309, 317, 334-338, 340, 351, 381-383, 385-390, 392, 420-424, 446-448

---

**D**

Développement durable 1-24, 26, 28-30, 32-33, 35, 38-40, 43-46, 49, 51, 53-56, 59, 62-64, 68, 72, 81, 84, 104, 106, 121, 126, 129, 135, 138, 142, 148, 153, 162, 174-175, 177, 189, 196, 203-204, 206, 211, 227, 236, 244, 246-247, 252-257, 259, 265, 272, 276, 281, 286, 290-291, 297, 302, 306, 312, 337-339, 341, 349, 351-353, 365, 375, 382, 396, 401, 403, 405, 408, 441, 445-448, 450-451  
Droit conventionnel. 31, 77, 127, 136, 148, 251, 254, 404  
Droits de l'homme 12, 38, 202, 210, 269, 356-358, 362-363, 373, 416

Droits humains 206, 268, 284, 293, 307, 320, 327, 331, 338, 351, 355, 360, 363-364, 368, 370-371, 378-380, 412, 446-447

---

**E**

Économie ..... 73, 93, 154, 174, 439  
Environnement 7-11, 13, 19, 28-29, 50, 63-65, 99, 138, 142, 144-146, 175, 189, 194-195, 206-209, 211, 245-246, 261-264, 266, 270, 274, 276, 278, 284, 287, 300, 307, 315, 320, 326-327, 331, 338, 349, 369, 374, 380, 412, 441, 445, 447-448, 451  
États d'accueil 88, 94, 116-117, 125, 278, 303, 404, 407-409, 425  
États d'origine 369, 407, 410, 415, 417, 420, 426, 440, 443  
États parties 38-39, 51, 73, 82, 107, 115, 118-119, 121, 123, 126, 129, 176, 185-186, 192, 200, 205-209, 224, 232, 248, 251, 254, 256, 283, 305, 307, 330, 342, 352-354, 361, 371, 375-376, 382, 385-386, 388, 391-392, 421, 423-424, 432  
Évaluation des impacts 258-259, 267, 269, 272, 275, 280, 345, 351

---

**I**

Instruments 3, 6, 21-22, 24, 26, 43, 45-46, 57, 60, 62, 64, 70, 72, 79, 98, 101, 106, 116, 118, 126, 133, 144, 149, 152, 164, 182-183, 185, 191, 203, 209, 219, 235, 242, 253, 257, 260, 263, 272, 276, 284, 297, 307, 320, 343, 352, 355-356, 358, 360-361, 364, 366-367, 370, 376, 378, 381-382, 386, 389-390, 392-393, 403-404, 421, 423, 440, 446, 448-449, 451  
Intégration ..... 12-14, 33-34, 38, 43, 97-98, 100, 439  
Investissements 1-5, 16-23, 25, 28, 31, 35, 38-41, 43, 46-47, 49, 51-52, 56-58, 63, 65, 73, 78-83, 85-86, 88, 94, 104, 106-107, 111-112, 114, 116, 121-122, 126, 128, 136-137, 146, 148-149, 154-156, 159-160, 166, 169-171, 173-174, 177, 179-180, 183, 197, 201, 205, 211, 216, 221, 226-227, 235, 250-255, 257, 261, 273, 276, 278-280, 287-288, 290-291, 294, 302, 305, 307, 313, 335, 338, 343, 350-351, 353, 375-376, 381-382, 385, 393, 397-402, 407, 412, 415, 422, 426, 434, 437, 439, 443, 445-451  
Investisseurs 2, 21, 27-32, 39, 50-54, 57-59, 61, 65-66, 70, 73, 75-79, 81, 83-86, 88, 93-95, 97-99, 101-102, 105-109, 111-113, 116-117, 119-120, 122, 135-137, 139, 387

141, 148, 150, 152, 154, 160-161, 163, 167, 170, 172-173, 176-177, 179-180, 187, 190, 199, 201, 209, 212-213, 216-217, 221, 226, 228, 230-237, 239, 241, 253, 255-258, 261, 270, 273, 275-276, 280, 284-301, 303-307, 309-320, 322, 325, 327, 332-335, 337-338, 340-344, 346, 348-352, 366, 374-376, 392, 402, 404-411, 414-415, 419-420, 422, 428-429, 433-437, 440, 443, 445-449

---

## **O**

Obligations 27, 39, 88, 90, 102, 105, 114, 116, 120, 146, 158, 163, 167, 169-172, 186-187, 192, 199, 201, 206-207, 210, 212, 224, 236, 253, 256-258, 283-285, 288, 290, 292-293, 296, 299-300, 307, 310, 313, 322, 324-325, 333-334, 338-349, 351-356, 359-361, 363, 366-368, 375, 377-379, 381-382, 392, 403-404, 407, 411, 414, 423, 425, 436, 446-447

Organisations régionales ..... 1, 31

---

## **P**

Promotion des investissements 18, 39-40, 124, 215-216, 221, 404, 425, 427, 432-433, 443-444, 450

Protection des investissements 23, 27, 35, 40, 47, 49-50, 249, 341, 377-378, 425

---

## **R**

Régional 33, 35-36, 40-41, 46, 48, 63-64, 80, 83-84, 95, 99-101, 153, 163, 194, 211, 227, 238-239, 265, 274, 309, 335, 337, 340, 344, 348, 356, 371, 386-387, 395, 409, 413, 426-427, 431, 436-437

Règlement des différends 30, 32, 39, 88, 102, 205, 216, 219, 223, 226, 230, 235, 239-241, 310, 333, 335-337, 345-346, 420

Responsabilité 14, 51, 123, 146, 162, 187, 191, 237, 296, 310-314, 316-318, 320, 322, 324-325, 327, 330-332, 343, 351, 360, 374, 379, 405, 412, 414-415, 418-419, 422, 436, 448

---

## **S**

SADC 6-7, 23, 30, 33, 36-41, 43, 45-46, 48-49, 51, 57-58, 63, 72, 78-81, 105, 107, 114-118, 121, 123, 125-126, 128, 130, 132-133, 144-145, 148-149, 152-153, 155, 176-177, 179-182, 184-186, 188, 192-193, 195, 198-199, 203, 205-206, 208-209, 211, 213, 215-218, 223-224, 226, 228, 232-233, 235, 239, 243-245, 247, 249, 252-254, 256-258, 260, 267, 275, 279-280, 286, 288, 290-291, 299-301, 304-305, 308, 311, 318, 322-324, 326-327, 331, 344, 347, 350-353, 364-366, 376, 381, 386-388, 390, 404, 407, 415, 419, 423, 425, 428, 430-432, 435, 437-438, 441, 446-448

Social 6-7, 13, 15, 19, 31, 210, 265, 267, 270-271, 275, 282, 291, 328, 330, 349, 365, 383, 397, 410, 413, 416

---

## **T**

TBI modèle 38-41, 49, 57, 63, 72, 74, 78, 80-81, 117-118, 123, 125, 128, 130, 132, 144-145, 152, 172-173, 180, 186, 188, 194, 197, 205-206, 208-209, 213, 223, 226, 233, 239, 243-245, 247, 250, 267, 275, 279-280, 282, 286-287, 289, 291, 295, 301-302, 304-305, 308-309, 322, 343-344, 350, 386, 388, 407, 415, 417, 419, 428, 435-436

TBI type 40, 117, 130, 155, 179, 193, 199, 215, 248, 267, 288, 305

Traité d'investissement 90, 95, 102, 125, 183, 266, 290, 335, 388, 393, 449

Traités bilatéraux d'investissement ..... 27

Traités régionaux 2, 23-24, 26, 30, 44, 46, 53-56, 59, 61-63, 66-67, 69, 71, 79, 104-105, 115, 117-118, 122, 127, 135, 150, 155, 170, 176, 179-180, 186, 188-189, 200, 204, 207, 222, 226, 229, 240, 253, 259, 272, 276, 280, 292-294, 297, 302, 310-311, 313, 317, 321, 332-333, 338, 341-342, 349, 351-352, 354, 373, 377, 392, 405-406, 414-415, 437, 446, 448, 450

---

## **Z**

Zone de libre-échange ..... 99

---

---

## **TABLE DES MATIÈRES**

---

---



<b>SOMMAIRE</b> .....	<b>9</b>
<b>RÉSUMÉ ET MOTS-CLÉS – SUMMARY AND KEYWORDS</b> .....	<b>13</b>
<b>LISTE DES ABRÉVIATIONS, SIGLES ET ACRONYMES</b> .....	<b>17</b>
<b>INTRODUCTION</b> .....	<b>25</b>
§ 1 - Développement durable et investissement : un tandem convergent.....	29
A. Le développement durable : un concept et un objectif.....	29
B. L'importance des investissements dans la perspective du développement durable .....	36
§ 2- Développement durable et droit des investissements : entre contradictions et réformes conciliatrices des organisations régionales africaines .....	38
A. Les contradictions du couple développement durable et droit des investissements .....	38
B. L'émergence de réformes conciliatrices au sein des organisations régionales africaines .....	45
§ 3 - Intérêt du sujet, problématique et annonce du plan.....	52
A. Intérêt du sujet.....	52
B. Problématique et annonce du plan .....	52
<b>PARTIE I. DES TRAITÉS ADAPTÉS AU DÉVELOPPEMENT DURABLE</b> .....	<b>55</b>
<b>TITRE I. LA RÉORIENTATION DES RÈGLES DE PROTECTION DES INVESTISSEMENTS</b> .....	<b>61</b>
<b>Chapitre I. LA RÉORIENTATION DES RÈGLES DE PROTECTION PAR RENVOI</b> .....	<b>65</b>
Section I. La clarification de la règle du traitement national.....	69
§ 1. L'intégration du concept des « circonstances analogues ».....	69
A. L'énoncé du concept .....	69
B. La précision du concept .....	73
1. L'inclusion de critères sociaux et environnementaux .....	73
2. L'inclusion d'autres facteurs pertinents à l'examen des circonstances analogues .....	75
§ 2. La limitation du champ d'application .....	78
A. La limitation du champ d'application matériel .....	78
B. La limitation du champ d'application spatial .....	80
C. La limitation du champ d'application temporel .....	81
Section II. L'encadrement de la règle de la nation la plus favorisée .....	85
§ 1. Les restrictions aux domaines d'application .....	85
A. Les restrictions au domaine d'application matériel.....	86
1. Une clause soumise au principe d'analogie des circonstances .....	86
2. Une clause limitée aux dispositions de fond.....	88
B. Les restrictions du domaine d'application temporel .....	90
1. Une clause limitée à la phase post-établissement .....	90
2. Une clause limitée aux accords futurs .....	91
§ 2. Les exclusions à l'obligation.....	92
A. L'exclusion des accords d'intégration économique .....	92
B. L'exclusion des mesures fiscales .....	94



<b>Chapitre II. LA RÉORIENTATION DES RÈGLES DE PROTECTION DÉFINIES DANS L'ABSOLU</b>	<b>97</b>
.....	.....
Section I. L'affinement des standards de traitement .....	101
§ 1. La réforme de la règle du traitement juste et équitable .....	101
A. Position du problème : une norme au sens ambiguë .....	102
B. Les solutions apportées : entre précision et substitution de la norme.....	105
§ 2. L'inclusion d'autres obligations visant un traitement équitable.....	108
A. Des exigences classiques rationalisées.....	108
B. Des exigences émergentes tempérées.....	111
Section II. Le recadrage des règles relatives à l'expropriation.....	115
§ 1. La révision des conditions de compensation financière .....	116
A. La révision des modalités d'estimation de la compensation due .....	116
B. La révision des modalités de versement de la compensation due .....	118
§ 2. Les exclusions : un remède à l'imprévisibilité de la notion d'expropriation indirecte.....	121
A. La problématique de l'expropriation indirecte.....	121
B. Les exclusions envisagées.....	126
<b>Conclusion du Titre I .....</b>	<b>129</b>
<b>TITRE II. LE RENFORCEMENT DES MARGES DE MANŒUVRE DES ÉTATS.....</b>	<b>133</b>
<b>Chapitre I. UN RENFORCEMENT PAR LES RÈGLES SUBSTANTIELLES .....</b>	<b>137</b>
Section I. Des prérogatives étatiques réaffirmées : cas du droit de recourir aux exigences de rendement... 141	
§ 1. Les contours de la notion d'exigences de rendement.....	141
A. La dimension conceptuelle et utilitaire des exigences de rendement.....	141
B. Les différentes formes d'exigences de rendement .....	145
§ 2. Le recours aux exigences de rendement.....	148
A. Les obstacles potentiels.....	148
B. Les solutions éventuelles.....	151
Section II. Des exceptions aux règles de protection réitérées.....	155
§ 1. Les exceptions économique et sécuritaire .....	155
A. Les exceptions économiques.....	155
B. Les exceptions liées à la paix et à la sécurité .....	159
§ 2. Les exceptions d'ordre environnemental et social .....	162
A. Des exceptions inspirées de l'article xx du gatt .....	162
B. L'exception au profit des catégories défavorisées.....	165
<b>Chapitre II. UN RENFORCEMENT PAR LES RÈGLES RELATIVES AUX LITIGES .....</b>	<b>169</b>
Section I. La valorisation de la prévention et de règlement extra-judiciaire des différends.....	173
§ 1. L'incorporation d'un « droit d'anticiper » .....	173
A. Un mode de prévention des différends entre États.....	174
B. Un mode de prévention des différends investisseur-État .....	177

§ 2. La consécration du droit de « se rattraper » .....	180
A. L'exigence d'une négociation directe .....	180
B. L'ouverture à une négociation assistée .....	183
Section II. L'ajustement du règlement juridictionnel des différends.....	187
§ 1. Un ajustement institutionnel .....	187
A. Le repositionnement des juridictions nationales .....	187
B. Le positionnement des mécanismes régionaux .....	191
§ 2. Un ajustement procédural .....	195
A. L'organisation d'une procédure plus transparente .....	195
B. L'intégration des déclarations interprétatives .....	198
<b>Conclusion du Titre II.....</b>	<b>201</b>
<b>Conclusion de la Partie I.....</b>	<b>205</b>
<b>PARTIE II. DES TRAITÉS INNOVANTS DANS L'OPTIQUE DU DÉVELOPPEMENT</b>	
<b>DURABLE .....</b>	<b>209</b>
<b>TITRE I. L'INTRODUCTION D'OBLIGATIONS À L'ÉGARD DES INVESTISSEURS .....</b>	<b>213</b>
<b>Chapitre I. L'EXPOSÉ D'OBLIGATIONS AUDACIEUSES .....</b>	<b>217</b>
Section I. L'obligation préalable d'évaluation des impacts.....	221
§ 1. L'objet de l'évaluation des impacts .....	221
A. Une évaluation des impacts environnementaux et sociaux .....	221
B. Une évaluation des impacts sur les droits de l'homme .....	225
§ 2. Les modalités de l'évaluation des impacts .....	228
A. La question des critères d'examen .....	228
B. L'application du principe de précaution.....	230
C. La divulgation des informations et la participation du public .....	231
Section II. Les obligations postérieures à l'établissement.....	234
§ 1. Les obligations liées à l'environnement et aux droits humains.....	234
A. Le respect des bonnes pratiques de gestion environnementale .....	234
B. Le respect des droits de l'homme.....	237
1. L'obligation générale de respect.....	237
2. L'obligation spécifique de respect des droits des travailleurs.....	241
§ 2. L'inclusion d'obligations provenant de diverses sources de régulation.....	244
A. L'observation des normes de gouvernance d'entreprise .....	244
B. L'engagement à s'abstenir d'actes de corruption.....	247
<b>Chapitre II. LES MÉCANISMES D'EXÉCUTION DES OBLIGATIONS.....</b>	<b>251</b>
Section I. L'ébauche périlleuse d'une responsabilité civile devant les juridictions nationales .....	255
§ 1. La responsabilité civile dans l'État d'accueil.....	255
A. Une action nécessaire.....	255
B. Une action limitée .....	259

§ 2. La responsabilité civile dans l'État d'origine.....	261
A. Une action incertaine .....	261
B. Les perspectives d'actions envisageables.....	264
Section II. La mise en jeu d'une responsabilité juridique en matière de règlement des différends.....	267
§ 1. Les cas ouvrant à l'abrogation du droit de recours au règlement .....	267
A. La commission d'actes de corruption .....	267
B. L'hypothèse du défaut constant de respect des obligations.....	270
§ 2. Les actions retenues dans le cadre d'une instance.....	272
A. Les actions prévues dans le cadre d'une demande initiale .....	272
B. L'inclusion d'une demande reconventionnelle .....	274
<b>Conclusion du Titre I .....</b>	<b>277</b>
<b>TITRE II. L'INTRODUCTION D'OBLIGATIONS À L'ÉGARD DES ÉTATS.....</b>	<b>281</b>
<b>Chapitre I. LES OBLIGATIONS COMMUNES AUX PARTIES.....</b>	<b>285</b>
Section I. Des obligations relatives aux droits de l'homme .....	289
§ 1. Fondement des obligations.....	289
A. Le renvoi aux instruments internationaux.....	289
B. Le renvoi aux instruments régionaux .....	293
§ 2. Implications des obligations.....	296
A. L'obligation de respecter .....	296
B. L'obligation de protéger.....	300
Section II. Des obligations impliquant des valeurs marchandes .....	305
§ 1. L'obligation de lutte contre la corruption.....	305
A. L'incrimination de la corruption .....	305
B. La sanction de la corruption.....	308
§ 2. L'engagement à faciliter les investissements de la diaspora .....	311
A. La reconnaissance de la diaspora.....	311
B. La facilitation des investissements de la diaspora.....	314
<b>Chapitre II. LES OBLIGATIONS SPÉCIFIQUES À L'ÉTAT D'ORIGINE.....</b>	<b>317</b>
Section I. L'obligation de collaboration dans la régulation des investisseurs .....	321
§ 1. Une collaboration par la fourniture de renseignements.....	321
A. Des renseignements sur les activités des investisseurs .....	321
B. Des renseignements sur les pratiques domestiques appliquées aux investisseurs .....	324
§ 2. Une collaboration dans la mise en œuvre de la responsabilité des investisseurs .....	326
A. La mise en œuvre de la responsabilité civile.....	326
B. La mise en œuvre de la responsabilité dans le cadre d'un processus de résolution des litiges.....	329
Section II. L'obligation de promotion des investissements.....	331
§ 1. L'incitation des opérateurs nationaux .....	332
A. L'instigation d'activités conjointes .....	332

---

B. L'appui économique et financier.....	335
§ 2. L'assistance des pays récepteurs.....	337
A. Le transfert de technologies.....	337
B. Le renforcement des capacités.....	339
<b>Conclusion du Titre II.....</b>	<b>343</b>
<b>Conclusion de la Partie II.....</b>	<b>347</b>
<b>CONCLUSION GÉNÉRALE.....</b>	<b>351</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE.....</b>	<b>355</b>
<b>I- TRAITÉS, MANUELS, OUVRAGES GÉNÉRAUX.....</b>	<b>357</b>
<b>II- OUVRAGES SPÉCIALISÉS ET DOCUMENTS INSTITUTIONNELS AFFILIÉS.....</b>	<b>361</b>
<b>III- TRAITÉS, PROTOCOLES, LOIS ET AUTRES INSTRUMENTS.....</b>	<b>363</b>
<b>IV- ARTICLES DE REVUE.....</b>	<b>367</b>
<b>V- ARTICLE OU PAGE D'UN SITE EN LIGNE, UN BLOGUE.....</b>	<b>373</b>
<b>VI- THÈSES.....</b>	<b>375</b>
<b>VII- RAPPORTS, COLLOQUES, SEMINAIRES.....</b>	<b>376</b>
<b>VIII- AUTRES DOCUMENTS.....</b>	<b>379</b>
<b>IX- JURISPRUDENCE.....</b>	<b>381</b>
<b>X- DICTIONNAIRES.....</b>	<b>383</b>
<b>XI- RÉFÉRENCES ÉLECTRONIQUES.....</b>	<b>383</b>
<b>INDEX.....</b>	<b>385</b>
<b>TABLE DES MATIÈRES.....</b>	<b>389</b>